

REVISTA

do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

ANO XIX - N. 136 - JANEIRO / MARÇO DE 2018 - ISSN 1982-1506

NESTA EDIÇÃO:



- ♦ **Responsabilidade civil dos provedores de internet e a proteção da imagem**

Leonardo Estevam de Assis Zanini

- ♦ **Judiciário, políticas públicas e contraditório real**

Ricardo Geraldo Rezende Silveira

- ♦ **Audiência de custódia: da (in)constitucionalidade à dignidade da pessoa humana**

Elídia Aparecida de Andrade Corrêa

- ♦ **Da produção antecipada de provas nos benefícios mantidos no âmbito da Seguridade Social**

Vanessa Vieira de Mello e Gabriela Azevedo Campos Sales

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

REVISTA

Diretor da Revista

Desembargador Federal André Nekatschalow

Publicação Oficial

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

ISSN 1982-1506

Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região	São Paulo	Ano XIX	n. 136	p. 1-507	Jan./Mar. 2018
---	-----------	---------	--------	----------	----------------

Expediente

DIRETOR DA REVISTA: Desembargador Federal André Nekatschalow

ASSESSORA: Simone de Alcantara Savazzoni

EQUIPE:

Maria José Lopes Leite / Renata Bataglia Garcia

Capa, projeto gráfico e ilustrações: Mazé Leite

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

Bimestral a partir de 2001.

Trimestral a partir de julho de 2012.

Repositório Oficial de Jurisprudência do TRF 3ª Região.

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

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

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

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

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

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



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

DESEMBARGADORES FEDERAIS⁽¹⁾

THEREZINHA Astolphi CAZERTA - 02/10/98 - Presidente⁽²⁾
 NERY da Costa JÚNIOR - 17/6/99 - Vice-Presidente⁽³⁾
 Luís CARLOS Hiroki MUTA - 13/6/2002 - Corregedor-Regional ⁽⁴⁾
 DIVA Prestes Marcondes MALERBI - 30/3/89
 Paulo Octavio BAPTISTA PEREIRA - 04/8/95
 ANDRÉ NABARRETE Neto - 04/8/95
 MARLI Marques FERREIRA - 04/8/95
 NEWTON DE LUCCA - 27/6/96
 Otavio PEIXOTO JUNIOR - 21/5/97
 FÁBIO PRIETO de Souza - 24/4/98
 CECÍLIA Maria Piedra MARCONDES - 14/8/98
 MAIRAN Gonçalves MAIA Júnior - 27/1/99
 CONSUELO Yatsuda Moromizato YOSHIDA - 12/7/2002
 MARISA Ferreira dos SANTOS - 13/9/2002
 Luís Antonio JOHONSOM DI SALVO - 13/9/2002
 NELTON Agnaldo Moraes DOS SANTOS - 07/1/2003
 SÉRGIO do NASCIMENTO - 02/4/2003
 ANDRÉ Custódio NEKATSCHALOW - 21/5/2003
 LUIZ de Lima STEFANINI - 06/10/2003
 Luís Paulo COTRIM GUIMARÃES - 06/10/2003
 ANTONIO Carlos CEDENHO - 15/6/2004
 Maria LUCIA Lencastre URSALA - 01/7/2010
 JOSÉ Marcos LUNARDELLI - 01/7/2010
 DALDICE Maria SANTANA de Almeida - 22/12/2010
 FAUSTO Martin DE SANCTIS - 28/1/2011 ⁽⁵⁾
 PAULO Gustavo Guedes FONTES - 24/2/2012
 NINO Oliveira TOLDO - 24/4/2013
 MÔNICA Autran Machado NOBRE - 24/4/2013
 TORU YAMAMOTO - 04/10/2013
 MARCELO Mesquita SARAIVA - 04/10/2013
 TÂNIA Regina MARANGONI - 04/10/2013
 Luiz Alberto de SOUZA RIBEIRO - 04/10/2013
 DAVID Diniz DANTAS - 04/10/2013
 MAURÍCIO Yukikazu KATO - 11/12/2014
 HÉLIO Egidio de Matos NOGUEIRA - 11/12/2014
 GILBERTO Rodrigues JORDAN - 11/12/2014
 PAULO Sérgio DOMINGUES - 11/12/2014
 WILSON ZAUHY Filho - 16/02/2016
 ANA Lúcia Jordão PEZARINI - 16/02/2016
 NELSON de Freitas PORFÍRIO Junior - 16/02/2016
 VALDECI DOS SANTOS - 16/02/2016
 CARLOS Eduardo DELGADO - 16/02/2016
 INÊS VIRGÍNIA Prado Soares - 16/03/2018

⁽¹⁾ Composição do TRF 3ª Região atualizada até 19/03/2018.

⁽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 - Presidente
WILSON ZAUHY
VALDECI DOS SANTOS

SEGUNDA TURMA:

PEIXOTO JUNIOR
COTRIM GUIMARÃES - Presidente
SOUZA RIBEIRO

SEGUNDA SEÇÃO

TERCEIRA TURMA:

CECÍLIA MARCONDES
MAIRAN MAIA
NELTON DOS SANTOS - Presidente
ANTONIO CEDENHO

SEXTA TURMA:

DIVA MALERBI - Presidente
FÁBIO PRIETO
CONSUELO YOSHIDA
JOHNSOM DI SALVO

QUARTA TURMA:

ANDRÉ NABARRETE
MARLI FERREIRA
MÔNICA NOBRE - Presidente
MARCELO SARAIVA

TERCEIRA SEÇÃO

SÉTIMA TURMA:

TORU YAMAMOTO - Presidente
PAULO DOMINGUES
CARLOS DELGADO
INÊS VIRGÍNIA

NONA TURMA:

MARISA SANTOS
DALDICE SANTANA
GILBERTO JORDAN - Presidente
ANA PEZARINI

OITAVA TURMA:

NEWTON DE LUCCA
LUIZ STEFANINI
TÂNIA MARANGONI - Presidente
DAVID DANTAS

DÉCIMA TURMA:

BAPTISTA PEREIRA - Presidente
SÉRGIO NASCIMENTO
LUCIA URSIA
NELSON PORFÍRIO

QUARTA SEÇÃO

QUINTA TURMA:

ANDRÉ NEKATSCHALOW
PAULO FONTES - Presidente
MAURÍCIO KATO

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 28/02/2018)

Sumário

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

- Responsabilidade civil dos provedores de internet e a proteção da imagem*
Leonardo Estevam de Assis Zanini 15
- Judiciário, políticas públicas e contraditório real*
Ricardo Geraldo Rezende Silveira 37
- Audiência de custódia: da (in)constitucionalidade à dignidade da pessoa humana*
Elídia Aparecida de Andrade Corrêa 49
- Da produção antecipada de provas nos benefícios mantidos no âmbito da Seguridade Social*
Vanessa Vieira de Mello e Gabriela Azevedo Campos Sales 67

JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

- Desapropriação indireta. Indenização pelo desapossamento administrativo.*
Ap 0204541-65.1998.4.03.6104
Desembargador Federal Paulo Fontes 83
- Contrato. Pleito de repactuação de contrato administrativo com o INSS. Equilíbrio econômico-financeiro. Reajuste do piso salarial da categoria. Reajuste do vale alimentação. Dissídio coletivo. Previsibilidade. Reajustamento do contrato. Inviabilidade.*
Ap 0005121-19.2007.4.03.6119
Desembargadora Federal Marli Ferreira 95
- INMETRO. Certificado de inspeção de produtos perigosos. Cancelamento de acreditação. Ausência de fiscalização. Certificados em branco em poder da empresa descredenciada. Emissão fraudulenta. Nova inspeção realizada. Danos materiais. Responsabilidade subsidiária.*
Ap 0004897-93.2011.4.03.6102
Juiz Federal Convocado Paulo Sarno 100

Militar temporário. Acidente em serviço. Ataque de animal silvestre (onça). Incapacidade definitiva para as atividades habitualmente exercidas. Concessão de reforma “ex officio”.

Ap 0011407-31.2011.4.03.6100

Desembargador Federal Cotrim Guimarães.....106

Mandado de Segurança. Concurso público. Mestrado. Exigência do edital para inscrição cumprida. Formação acadêmica suficiente.

ReeNec 0012766-88.2012.4.03.6000

Desembargador Federal André Nabarrete 113

Multa de trânsito. Excesso de peso. Autuação. Regular. Deve ser considerado embarcador o remetente ou expedidor da carga, mesmo se o frete for “a pagar”, sendo este o responsável pela infração relativa ao transporte de carga com excesso de peso.

Ap 0021252-53.2012.4.03.6100

Desembargador Federal Nery Júnior.....117

FUNPRESP. Regime de previdência complementar. Servidor egresso de outro ente federativo. Direito de opção. Lei nº 12.618/2012.

Ap 0004010-07.2014.4.03.6102

Desembargador Federal Valdeci dos Santos..... 121

SFH. Consolidação da propriedade. Lei nº 9.514/1997. Sistema de amortização constante - SAC. Inexistência de anatocismo. Cadastro dos órgãos de proteção ao crédito. Inscrição. Possibilidade.

AI 0011737-19.2016.4.03.0000

Desembargador Federal Peixoto Junior 125

Ação Civil Pública. Imprescindibilidade de registro profissional para o exercício de atividade na área da educação física, inclusive de magistério no ensino fundamental.

AI 0013876-41.2016.4.03.0000

Juíza Federal Convocada Giselle França 135

Suspensão de Execução de Liminar. Proibição à exportação de animais vivos para abate no exterior, em todo território nacional. Discussão a respeito da viabilidade do negócio chamado de “venda de gado em pé”. Alegações de risco sanitário e de que o produto deixa de agregar valor e empregos no comparativo com as vendas de carnes processadas. Necessidade de considerar que há demanda de consumo a ser atendida, com contratos já firmados lastreados por normas previamente estabelecidas pelo governo brasileiro que possui interesse no negócio.

SLAT 5001511-93.2018.4.03.0000

Desembargadora Federal Cecília Marcondes144

DIREITO CONSTITUCIONAL

Impressão da frase “Deus seja louvado” no papel moeda brasileiro. Definição dos termos Deus e religião. Liberdade religiosa e Constituição Federal. Precedente acerca do uso de crucifixos nas dependências de órgãos do Poder Judiciário.

ApReeNec 0019890-16.2012.4.03.6100

Desembargador Federal Johonsom Di Salvo..... 153

Ação Civil Pública. Compensação ambiental. Artigo 225 da CF. Princípio do poluidor-pagador. Obrigação de arcar com os custos de preservação e conservação em contrapartida a empreendimento de relevante impacto ambiental. Valores da compensação devem ser destinados às áreas de relevante interesse ecológico situadas na área de influência direta do empreendimento. Possibilidade de exame do ato da administração por parte do Judiciário.

ApReeNec 0001846-94.2013.4.03.6105

Desembargadora Federal Mônica Nobre 163

DIREITO DO CONSUMIDOR

Ação Civil Pública. Direito do consumidor. Competência da Justiça Federal. Comercialização de combustível em desconformidade com as normas fixadas pela ANP. Responsabilidade objetiva do fornecedor. Pessoa jurídica extinta. Sócio proprietário. Responsabilidade solidária. Dever de indenizar.

Ap 0004099-57.2011.4.03.6127

Desembargadora Federal Diva Malerbi 181

DIREITO PENAL

Moeda falsa. Conflito entre defesa técnica e vontade do réu. Prepondera o entendimento da defesa. Falsificação grosseira afastada. Descabida desclassificação para estelionato.

Ap. 0000854-23.2006.4.03.6124

Desembargador Federal Maurício Kato.....191

Delito do artigo 2º da Lei nº 8.176/1991 c/c artigo 71 do CP. Exploração clandestina de matéria-prima pertencente à União (granito), em concurso de pessoas. Materialidade e autoria delitivas incontroversas. Insuficiência de provas quanto ao dolo do coacusado e mero funcionário braçal. Tese de erro sobre os elementos do tipo factível na hipótese. Princípio constitucional da presunção de inocência.

Ap. 0003635-60.2006.4.03.6110

Desembargador Federal José Lunardelli.....198

Artigo 171, § 3º, c/c artigo 71, ambos do CP. Gerente da agência dos Correios e Banco Postal. Saques indevidos e realização de empréstimos nas contas de clientes sem o seu conhecimento. Fixação da pena-base. Concurso material não configurado. Majoração da pena em razão da continuidade delitiva. Reparação do dano.

Ap. 0008474-36.2007.4.03.6000

Desembargador Federal Nino Toldo 204

Artigo 293, § 1º, “b” e “c”, CP. Supressão de selos obrigatórios. Decisão do e. STJ. Desnecessidade de constituição do crédito tributário. Crime contra a fé pública. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Tipicidade, materialidade, autoria e dolo comprovados.

Ap. 0003110-88.2010.4.03.6126

Desembargador Federal Souza Ribeiro 215

Estelionato majorado. Fraude no recebimento de seguro-desemprego. Prescrição da pretensão punitiva na forma retroativa. Ocorrência. Materialidade e autoria comprovadas. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Continuidade delitiva. Afastamento. Fixação da reparação do dano suportado pelo erário. Possibilidade.

Ap. 0008318-73.2011.4.03.6108

Desembargador Federal Fausto De Sanctis 221

Tráfico internacional de entorpecentes. Porte de drogas para consumo próprio. Desclassificação do crime para artigo 28 da Lei nº 11.343/2006. Competência do Juizado Especial Criminal Federal.

Ap. 0000316-04.2012.4.03.6004

Desembargador Federal Wilson Zauhy 233

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Pensão por morte. Encarceramento anterior. Qualidade de segurado mantida.

ApReeNec 0001717-58.2010.4.03.6117

Desembargador Federal Carlos Delgado245

Benefício de renda mensal vitalícia. Recebido indevidamente por terceiro. Má-fé.

Ap 0001853-11.2012.4.03.6109

Desembargador Federal Baptista Pereira252

Recurso Especial. Possibilidade de reafirmação da DER (data de entrada do requerimento administrativo) mediante o cômputo de tempo de contribuição posterior ao ajuizamento da ação, para fins de implementação dos requisitos necessários à concessão de benefício previdenciário. Soluções jurídicas dissonantes em nossos tribunais.

REsp Ap 0007372-21.2013.4.03.6112

Desembargador Federal Mairan Maia255

Aposentadoria por tempo de serviço/contribuição. Comprovação das condições especiais. Explosivos. Mineiros de superfície. Implementação dos requisitos. DIB.

Ap 0039254-77.2013.4.03.9999

Desembargador Federal Paulo Domingues 258

Ação Rescisória. Pensão por morte. Filho nascido após o óbito do pai. Investigação de paternidade. Termo inicial. Data do nascimento.

EDcl AR 0019233-70.2014.4.03.0000

Desembargador Federal Luiz Stefanini 266

Aposentadoria por invalidez. Requisitos preenchidos. Interdição judicial. Depressão crônica. Incapacidade total para a vida independente atestada por perito judicial. Acréscimo de 25% concedido.

Ap 0039700-46.2014.4.03.9999

Desembargador Federal Toru Yamamoto 271

Aposentadoria especial. Tempo de serviço especial. Perfil profissiográfico previdenciário conflitante com prova emprestada. Necessidade de realização de perícia técnica.

Ap 0004116-80.2015.4.03.6183

Desembargador Federal David Dantas 274

Aposentadoria especial. Natureza especial das atividades laboradas reconhecida. Agente físico (ruído) e químico. Explosivos. Material bélico. Periculosidade. Possibilidade de conversão do tempo especial em comum mediante aplicação do fator previsto na legislação. Vinte e cinco anos de atividades especiais. Carência e qualidade de segurado comprovados.

Ap 0045117-43.2015.4.03.9999

Desembargador Federal Nelson Porfírio 278

Questão de Ordem. Aposentadoria por tempo de contribuição. Erro material. Correção. Tempo insuficiente. Aplicação do artigo 493 do novo CPC. Continuidade do vínculo com a previdência social. Cômputo do tempo posterior. Possibilidade. Benefício deferido. Regra 85/95. Fator previdenciário. Não incidência.

Ap 0015761-32.2017.4.03.9999

Desembargador Federal Sérgio Nascimento 287

Pensão por morte. Lei em vigor por ocasião do fato gerador. Vitaliciedade indevida (artigo 77, § 2º, V, “b”, da Lei nº 8.213/1991, com a redação dada pela Lei nº 13.135/2015).

Ap 0024471-41.2017.4.03.9999

Desembargadora Federal Lucia Ursai 292

Benefício de salário-maternidade. Legitimidade do INSS. Responsabilidade da empregadora. Presença dos requisitos legais. Consectários.

Ap 0031803-59.2017.4.03.9999

Desembargador Federal Gilberto Jordan 296

Benefício assistencial. Pessoa com deficiência: criança nascida em 2007. Artigos 5º XXXIII, 6º e 193 da CF. Leis nºs 12.470/2011 e 13.146/2015. Deficiência não verificada. Responsabilidade dos pais. Artigo 229 da CF. Ausência de impacto na vida familiar. Subsidiariedade da assistência social. Benefício indevido.

Ap 0032733-77.2017.4.03.9999

Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias 301

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Assistência judiciária gratuita concedida na ação de conhecimento. Extensão aos Embargos à Execução. Possibilidade. Condenação de beneficiário da justiça gratuita em honorários advocatícios. Possibilidade.

Ap 0001172-30.2011.4.03.6124

Desembargador Federal Newton De Lucca 315

Ação rescisória. Embargos de declaração do INSS. Desaposentação. Julgamento pelo STF do RE 661.256, em sede de repercussão geral. Atribuição de efeitos infringentes ao recurso. Violação a literal disposição de lei configurada. Desconstituição do julgado. Improcedência do pedido formulado na ação subjacente. Devolução de valores. Desnecessidade.

EDcl AR 0008858-73.2015.4.03.0000

Desembargadora Federal Marisa Santos 319

Mandado de Segurança. Perícia médica previdenciária. Localidade diversa do domicílio do segurado. Impossibilidade. Ilegalidade.

MS 0011972-83.2016.4.03.0000

Desembargadora Federal Ana Pezarini 329

Laudo pericial incompleto. Aposentadoria por invalidez. Auxílio-doença. Necessidade de nova perícia.

Ap 0033454-29.2017.4.03.9999

Desembargadora Federal Tânia Marangoni 334

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Revisão Criminal. Artigo 621, I, do CPP. Artigo 273, § 1º-B, I, do CP. Dosimetria da pena. Aplicação do preceito secundário do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006. Atenuante da menoridade. Inaplicabilidade do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006. Ausência de previsão legal de causa de diminuição para o delito do artigo 273 do CP.

RvC 0020354-70.2013.4.03.0000

Desembargador Federal Hélio Nogueira 341

“Habeas Corpus”. Regressão do regime de pena do paciente para o semiaberto. Expedição de mandado de prisão. Recusa do paciente em cumprir a prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária impostas.

HC 0004002-95.2017.4.03.0000

Desembargador Federal André Nekatschalow 348

DIREITO TRIBUTÁRIO

Representativo de controvérsia. REsp 1.124.507/MG. Artigo 543-B, § 7º, II, CPC. Exclusão do SIMPLES. Lei nº 9.317/1996. Lei Complementar nº 123/2006. Efeitos retroativos. Período em que esteve no SIMPLES. Cobrança dos débitos tributários. Possibilidade.

Ap 0012505-65.2004.4.03.6110

Desembargador Federal Nilton dos Santos.....353

Repercussão Geral. RE 574.706. COFINS. Base de cálculo. ICMS. Compensação de indébitos. Parâmetros. Juízo de retratação. Inversão dos ônus sucumbenciais.

Ap 0023287-59.2007.4.03.6100

Juíza Federal Convocada Denise Avelar 358

Embargos à Execução Fiscal. Conselho de Biblioteconomia. Imposição de multa ao município por ausência de bibliotecário em biblioteca municipal: impossibilidade.

Ap 0000415-79.2015.4.03.6129

Desembargador Federal Fábio Prieto367

ISSQN. Artigo 166 do CTN. Inexistência de repasse. Desnecessidade de comprovação. ECT. Imunidade tributária. Repetição de indébito. Juros moratórios e atualização monetária.

Ap 0017507-60.2015.4.03.6100

Desembargador Federal Marcelo Saraiva.....370

Tutela de urgência. Vinculação a depósito do débito. Poder geral de cautela do juiz. Classificação fiscal para importações futuras. Efeitos normativos. Inexistência. Conflito de interesses concreto e individual.

AI 0016123-92.2016.4.03.0000

Desembargador Federal Antonio Cedenho.....379

SENTENÇAS

Ação Penal. Delitos dos artigos 288 e 299 do CP. Ex-prefeito. Falsidade ideológica. Quadrilha ou bando. Sonegação fiscal. Simulação de transações comerciais e financeiras complexas de elevados valores. Ocultação de movimentações financeiras e renda de origem não comprovada.

0023348-47.2008.4.03.0000

Juíza Federal Valdirene Ribeiro de Souza Falcão387

Ação Civil Pública. Reparação de dano moral coletivo. Manifestações discriminatórias em artigo publicado.

0001359-45.2013.4.03.6002

Juíza Federal Ana Lúcia Petri Betto 450

Ação Regressiva promovida pelo INSS. Ressarcimento das parcelas vencidas e vincendas de pensão por morte paga a dependentes. Condenação do companheiro pela morte da segurada. Concessão de pensão por morte ao filho do casal.

0008805-39.2013.4.03.6119

Juíza Federal Caroline Scofield Amaral 454

Aposentadoria por tempo de contribuição. Reconhecimento de tempo especial trabalhado com exposição ao agente químico chumbo e ao agente físico ruído.

0024999-82.2015.4.03.6301

Juiz Federal Ricardo de Castro Nascimento 460

Pleito de reconhecimento da condição de anistiado político cumulado com pagamento de danos morais. Submissão à tortura durante período de prisão no DOI-CODI sob acusação de integrar a célula comunista denominada Ala Vermelha do PCdoB.

0004331-17.2016.4.03.6120

Juiz Federal Márcio Cristiano Ebert 465

Mandado de Segurança. Pedido liminar. Aplicação da redução das alíquotas de incentivo do REINTEGRA impostas pelos Decretos nºs 8.415/2015 e 8.543/2015 somente após 90 dias em respeito à anterioridade nonagesimal.

0004707-36.2016.4.03.6109

Juiz Federal Fernando Cezar Carrusca Vieira 474

Ação Civil Pública. Alteração da Resolução Normativa nº 338/2013 – ANS. Cobertura obrigatória de sessões de psicoterapia pelo tempo indicado pelo médico/psicólogo.

0009452-86.2016.4.03.6100

Juiz Federal Djalma Moreira Gomes 486

Embargos de terceiro. Beneficiárias de plano privado de previdência (VGBL). Penhora que teria atingido reserva de capital para plano de previdência de propriedade das embarcantes, terceiras em relação à execução.

0000599-58.2017.4.03.6131

Juiz Federal Mauro Salles Ferreira Leite 493

SÚMULAS

Súmulas do TRF da 3ª Região 501

Súmulas da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região 505



Artigos Doutrinários

Responsabilidade civil dos provedores de internet e a proteção da imagem

Leonardo Estevam de Assis Zanini



Livre-docente em Direito Civil pela USP (2017). Pós-doutorado em Direito Civil pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Alemanha). Pós-doutorado em Direito Penal pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Alemanha). Doutor em Direito Civil pela USP (2013), com estágio de doutorado na Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Alemanha). Mestre em Direito Civil pela PUC-SP (2010). Bacharel em Direito pela USP (2000). Juiz Federal. Professor Universitário. Pesquisador do grupo Novos Direitos CNPq/UFSCar. Pesquisador do grupo Direito e Desenvolvimento Público da Universidade de Araraquara (UNIARA). Autor de livros e artigos publicados nas áreas de Direito Civil, Direitos Intelectuais, Direito do Consumidor e Direito Ambiental. Foi bolsista da Max-Planck-Gesellschaft e da CAPES. Foi Delegado de Polícia Federal (2002-2005). Foi Procurador do Banco Central do Brasil (2002). Foi Defensor Público Federal (2002). Foi Diretor da Associação dos Juízes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul (2006-2011). Foi Diretor Acadêmico da Escola de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores da Justiça Federal em São Paulo (2012-2014).

RESUMO: O presente artigo analisa o quadro atual do direito à imagem diante da sociedade da informação. Distingue entre a responsabilidade por ato próprio e por ato de terceiro no que toca à colocação de conteúdo indevido na internet. Destaca que existem várias espécies de provedores de internet, havendo, igualmente, distinções relativas à responsabilidade civil dos diversos provedores de internet: provedor de *backbone*, provedor de acesso, provedor de hospedagem, provedor de conteúdo, provedor de busca ou pesquisa e provedor de correio eletrônico. O texto estuda a responsabilidade civil dos provedores antes e depois da Lei nº 12.965/2014, incluindo as exceções feitas pela referida lei ao regime geral de responsabilização dos provedores, ou seja, os direitos autorais e a pornografia de vingança.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à imagem. Direitos da personalidade. Responsabilidade civil. Internet. Provedores.

ABSTRACT: This article analyzes the current protection of the right to the image in the information society. It distinguishes between liability for own act and liability for act of third party regarding the placement of undue content on the internet. It points out that there are several types of internet providers, and there are also distinctions regarding the civil liability of various internet providers: backbone provider, access provider, hosting provider, content provider, search provider and e-mail provider. The text studies the civil liability of providers before and after the Law 12.965/2014, including the exceptions made by the Law 12.965/2014 to the general regime of civil liability of providers, that is, copyright and pornography of revenge.

KEYWORDS: Right to image. Personality rights. Civil liability. Internet. Providers.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Internet e Direito. 2. A imagem em ambiente virtual. 3. A publicação não consentida de imagens em redes de computadores. 4. Considerações gerais acerca dos provedores. 5. A responsabilidade civil dos provedores antes da Lei nº 12.965/2014. 6. A Lei nº 12.965/2014 e a responsabilidade civil dos provedores. 6.1. Responsabilidade do provedor de *backbone*. 6.2. Responsabilidade do provedor de acesso. 6.3. Responsabilidade do provedor de hospedagem. 6.4. Responsabilidade do provedor de conteúdo. 6.4.1. Provedor de conteúdo em sentido estrito e provedor de informação. 6.4.2. Responsabilidade do provedor de busca ou pesquisa. 6.5. Responsabilidade do provedor de correio eletrônico. 6.6. Exceções ao regime geral de responsabilização dos provedores. 6.6.1. Direitos autorais. 6.6.2. Pornografia de vingança. Considerações finais. Bibliografia.

Introdução

A sociedade da informação provocou o surgimento de reflexões angustiantes e intrigantes, causando grande impacto no âmbito dos direitos da personalidade,¹ particularmente no que toca ao direito à imagem. As inovações são tantas que, se lermos uma matéria da década passada em uma revista dedicada à tecnologia e fizermos uma comparação com os avanços disponíveis na atualidade, ficaremos com a impressão de que o texto analisava aparelhos com mais cem anos.

Com isso, é evidente que um tratamento completo dos problemas que envolvem o direito à imagem na sociedade da informação

é praticamente impossível, particularmente se considerarmos os novos desenvolvimentos que surgem todos os dias.

Diante disso, procuraremos realizar uma análise dos principais aspectos jurídicos ligados à evolução da técnica, que serão suficientes para traçar um panorama geral da situação atual do *ius imaginis* em face da sociedade da informação, o que também permitirá a construção de soluções para as constantes novidades que surgirão em função do desenvolvimento tecnológico.

De qualquer modo, é importante frisar que, se reputarmos tal área do direito como uma reação às novas possibilidades técnicas surgidas, de plano já ficará evidente que a matéria ainda está em plena construção, não havendo, no momento, uma estabilidade desejável no que concerne à produção normativa, doutrinária e jurisprudencial.²

¹ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Direitos da personalidade: o art. 20 do Código Civil e a biografia de pessoas notórias. In: CASSETTARI, Christiano (coord.). *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 128.

² FECHNER, Frank. *Medienrecht*. 15. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, p. 346.

1. Internet e Direito

A temática tem como ponto de partida o desenvolvimento de vários aspectos tecnológicos, entre os quais podemos destacar a computação, a eletrônica, as telecomunicações, as redes de computadores, a telefonia celular, bem como as máquinas fotográficas e as câmeras de vídeo digitais, que acabaram substituindo as analógicas e permitem uma perfeita conexão com o mundo virtual. Sem que tivéssemos tais avanços, não teriam surgido nem a chamada sociedade da informação e nem os problemas jurídicos dela decorrentes, o que certamente era inimaginável na década de 1970.

A internet, com o desenvolvimento da tecnologia de redes de computadores, foi ganhando cada vez mais relevância.³ No entanto, num primeiro momento, muitos consideraram que os conflitos surgidos nos meios virtuais não eram atribuição dos Estados, pois a internet seria um território livre. Também se pugnou pela resolução de conflitos em ambiente virtual, por meio de tribunais arbitrais, sem vinculação ou influência dos Estados.

Todavia, no final das contas, chegou-se felizmente à conclusão de que o meio virtual da internet não podia ser tido como um território livre.⁴ Foi rejeitada a ideia de que “esse meio de comunicação é ‘terra de ninguém’, zona neutra a afastar direitos subjetivos de terceiros, seja os de personalidade, seja direitos autorais”.⁵



Aliás, esse posicionamento se deve à ampliação do comércio eletrônico, que certamente transformou a liberdade e a privacidade na internet, visto que, ao lado da criação de tecnologias de identificação e de vigilância,⁶ fez-se igualmente necessária a regulamentação dessa atividade, que não poderia ficar isenta de controle estatal. E tal ampliação do comércio eletrônico também está associada a uma verdadeira transformação comportamental, uma vez que muitas

3 É importante deixar claro que, quando falamos em redes de computadores, tal expressão não se limita à internet, existindo várias outras redes, como é o caso da rede de computadores de uma determinada empresa, conhecida como intranet. De qualquer forma, dentre as redes de computadores, a internet é, sem dúvida, a mais importante e a mais conhecida. (*Ibidem*, p. 347)

4 HELLE, Jürgen. Persönlichkeitsverletzungen im internet. *Juristenzeitung*, v. 57, n. 12, jun. 2002, p. 593.

5 CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Direitos da personalidade: o art. 20 do Código Civil e a biografia de pessoas notórias. In: CASSETTARI, Christiano (coord.). *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 148.

6 GRECO, Rogério. *Comentários sobre o crime de invasão de dispositivo informático* - art. 154-A do Código Penal. Disponível em: <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=2183>>. Acesso em: 14 jan. 2016.

relações interpessoais, até então praticadas em ambiente real, passaram a ser realizadas em ambiente virtual.

Desse modo, tudo que ocorre no ambiente digital está sujeito ao ordenamento jurídico, tanto que, no Brasil, depois de mais de uma década de decisões judiciais embasadas em princípios e disposições gerais, foi promulgada a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, chamada de Marco Civil da Internet.

2. A imagem em ambiente virtual

A proteção da imagem em ambiente virtual, particularmente a sua publicação na internet, é um tema bastante atual e tem uma imensa repercussão em nossa sociedade. Diariamente são compartilhadas milhões de imagens e vídeos na internet, especialmente em redes sociais, as quais ficam acessíveis a um número incalculável de pessoas.⁷ O tempo de utilização de computadores e celulares pelas pessoas também tem aumentado vertiginosamente, o que redobra a importância de todo o material lançado no mundo virtual. Ainda, deve-se notar que o percentual da população brasileira e mundial que utiliza a internet vem aumentando, tendência que deve continuar sendo seguida nos próximos anos.

De qualquer modo, tratando-se de tutela *on-line* ou *off-line* do direito à imagem, o ponto de partida será o mesmo, ou seja, a Constituição e o Código Civil, não havendo que se falar, em linhas gerais, em construções muito especiais para a salvaguarda do *ius imaginis* em redes de computadores.⁸

Aliás, isso não poderia ser diferente, pois o fato de uma imagem ter sido colocada na internet não significa que ela está livre de tutela jurídica. De fato, as imagens colocadas na in-

ternet, especialmente em serviços de compartilhamento de fotos como o Instagram, Flickr, Imgur ou Snapchat, não são um repositório gratuito de arquivos, passível de utilização por qualquer pessoa a seu bel-prazer.⁹

Nesse contexto, reconhecida a proteção legal e afastada a existência de particularidades relevantes no tratamento da matéria, é certo que o mundo virtual cria um risco suplementar de atentado ao direito à imagem, uma vez que pode gerar danos em larga escala, em velocidade nunca antes imaginada e de contenção bastante difícil.

De fato, hoje qualquer um pode, sem maiores dificuldades, se conectar à internet e ter acesso, como remetente ou como destinatário, a uma infinidade de informações, que podem ser muito proveitosas, mas também podem conter as mais variadas formas de lesão a direitos da personalidade, afetando particularmente a privacidade, a honra e a imagem das pessoas. Graças à onnipresença da internet, as possibilidades de ofensa alcançaram novas dimensões nunca antes consideradas.¹⁰

Desse modo, diante dos questionamentos acerca da responsabilidade civil na rede, traremos a lume a questão da publicação de imagens sem consentimento no âmbito da internet, tema que envolve simplesmente a responsabilidade por ato próprio. Além disso, analisaremos a figura do provedor e sua responsabilização, visto que, muitas vezes, em face de um ato de terceiro, há uma espécie de contribuição do provedor para a ocorrência das lesões ao direito à imagem.

3. A publicação não consentida de imagens em redes de computadores

Em relação à publicação de imagens em redes de informática, o problema de mais fácil

7 A título de exemplo, o compartilhamento diário de fotografias, somente no Facebook, supera 250 milhões. (TOURINÓ, Alejandro. *El derecho al olvido y a la intimidad en internet*. Madrid: Catarata, 2014, p. 83)

8 GOUNALAKIS, Georgios. *Persönlichkeitsschutz im internet*. München: C.H. Beck, 2002, p. 35.

9 TOURINÓ, Alejandro. *El derecho al olvido y a la intimidad en internet*. Madrid: Catarata, 2014, p. 83.

10 HELLE, Jürgen. *Persönlichkeitsverletzungen im internet*. *Juristenzeitung*, v. 57, n. 12, jun. 2002, p. 593.

resolução diz respeito à responsabilização daqueles que publicam imagens sem o consentimento das pessoas fotografadas ou filmadas. É a situação mais comum de ilícito cometido no âmbito digital contra o *ius imaginis*. Como regra, a responsabilidade deve ser atribuída ao próprio internauta que perpetrar a conduta ilícita, mesmo porque constitui um caso de responsabilidade por ato próprio, ou seja, “decorrente da atividade do próprio sujeito a quem é imposta a obrigação de indenizar”.¹¹

Ora, o nosso ordenamento jurídico tutela a imagem de forma autônoma, independentemente da lesão a qualquer outro direito. A autorização é exigida ainda que se trate meramente de um retrato, que não tenha nenhuma relação com a esfera privada da pessoa. Assim sendo, a utilização não autorizada da imagem alheia no ambiente virtual, salvo casos excepcionais, gera a responsabilização do autor do ato ilícito.

A questão tem ganhado recentemente grande relevância, sendo muito comum a divulgação de fotos e vídeos de pessoas vítimas de acidentes ou de atentados terroristas, de pessoas que cometeram ou tentaram cometer suicídio, bem como de restos mortais de um indivíduo. Além disso, em virtude de crimes virtuais ou mesmo de furto ou roubo de equipamentos que guardam fotos ou vídeos, muitas pessoas veem as imagens ali contidas serem publicadas na internet, particularmente em redes. Outros ainda veem fotos e vídeos íntimos vazarem na rede mundial de computadores em função de vingança de ex-companheiro.

Todavia, afora essa plêiade de problemas envolvendo a publicação de imagens e vídeos, chamou-nos atenção, pela sua originalidade, um caso ocorrido na Argentina, que colocou em evidência a tutela autônoma do direito à imagem também nos ambientes digitais.

No início de 2012, uma página na internet incluiu fotografias de mulheres desconhecidas, com idade entre vinte e trinta anos, tiradas no interior de ônibus. As fotografias foram publicadas com a indicação da linha do ônibus onde foram tiradas e tinham, segundo seu criador, finalidade artística.¹²

Ocorre que as imagens foram captadas, em muitos casos, sem que as garotas notassem e sem o seu consentimento. Ademais, as fotos expostas na internet foram posteriormente apresentadas em uma galeria de arte em Palermo, o que provocou a reação de alguns grupos feministas, que denunciaram a situação como uma manifestação de violência de gênero.¹³

Diante do caso, que ficou conhecido como “*Chicas Bondi sin pose y sin permiso*”, a Defensoria Pública de Buenos Aires considerou que havia sido afetada a privacidade e a intimidade das jovens retratadas e ainda destacou a “violência simbólica” exercida sobre as mesmas, visto que tiveram sua imagem exposta e a sua inação poderia indicar estarem “disponíveis”. Aliás, acrescentou que a imagem é um dado pessoal que permite a identificação da pessoa, o que deve ser tratado segundo as disposições jurídicas em vigor.¹⁴

Pois bem, tal caso coloca em evidência, a nosso ver, tão somente a proteção do direito à imagem, pois a tomada de simples fotos no interior de um ônibus muito dificilmente poderia ser considerada como uma violação do direito à vida privada e muito menos da intimidade. O problema está mesmo na falta de consentimento para a realização das fotos e sua posterior publicação na internet, o que se agrava pelo fato de que as fotos podem ser disseminadas na rede com efeito viral e ainda por não existir nenhum permissivo para a conduta. Também não pode seu autor alegar que as imagens relatam acontecimentos de interesse

11 GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 3, p. 207.

12 TOMEIO, Fernando. *Redes sociales y tecnologias 2.0*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2014, p. 148.

13 *Ibidem*, p. 148.

14 *Ibidem*, p. 149.

público ou que a finalidade artística sobrepõe o direito à imagem das moças retratadas.

Por conseguinte, do caso exposto, verifica-se que inclusive no ambiente digital, particularmente na internet, a tutela autônoma da imagem encontra sistemática praticamente igual à do mundo não virtual, havendo apenas diferença no que toca ao suporte físico das imagens, o que nos permite reafirmar a responsabilidade por ato próprio das pessoas que publicam imagens sem consentimento ou justificativa plausível.

4. Considerações gerais acerca dos provedores

Os conflitos surgidos no meio digital da internet envolvem, em muitos casos, não somente o ofensor e a vítima, mas também podem decorrer de conduta de um provedor. Assim, a compreensão das atividades desenvolvidas pelos provedores, bem como seus contornos técnicos, são fundamentais para o delineamento completo do sistema de responsabilização civil a ser aplicado.¹⁵

Os provedores desenvolvem atividades bastante diversas, defluindo daí distintas categorias de provedores, que logicamente assumem responsabilidade diferente em função da amplitude de sua participação para a violação de direitos da personalidade.¹⁶ Em uma acepção genérica, pode-se definir o provedor como a pessoa natural ou jurídica que fornece serviços relacionados ao funcionamento da internet, ou por meio dela. No entanto, deve-se lembrar que a expressão provedor constitui um gênero que comporta várias espécies.¹⁷

De fato, a classificação dos provedores de internet em distintas categorias é um tema bastante polêmico em nosso país. Apesar das divergências, podemos considerar que a expressão provedor de serviços é genérica, abrangendo as seguintes espécies: provedor de *backbone*, provedor de acesso, provedor de hospedagem, provedor de correio eletrônico, provedor de conteúdo, provedor de informação¹⁸ e provedor de busca. E não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça ao analisar casos envolvendo danos causados por meio da internet, senão vejamos:

Os provedores de serviços de internet são aqueles que oferecem serviços ligados ao funcionamento dessa rede mundial de computadores, ou por meio dela. Trata-se de gênero do qual são espécies as demais categorias, como: (i) provedores de *backbone* (espinha dorsal), que detêm estrutura de rede capaz de processar grandes volumes de informação. São os responsáveis pela conectividade da internet, oferecendo sua infraestrutura a terceiros, que repassam aos usuários finais acesso à rede; (ii) provedores de acesso, que adquirem a infraestrutura dos provedores *backbone* e revendem aos usuários finais, possibilitando a estes conexão com a internet; (iii) provedores de hospedagem, que armazenam dados de terceiros, conferindo-lhes acesso remoto; (iv) provedores de informação, que produzem as informações divulgadas na internet; e (v) provedores de conteúdo, que disponibilizam na rede os dados criados ou desenvolvidos pelos provedores de informação ou pelos próprios usuários da web.¹⁹

Nessa senda, em linhas gerais, tratando-se de conteúdo próprio ou direto, isto é, ela-

15 SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações de internet: evolução jurisprudencial e os impactos da Lei nº 12.695/2014 (Marco Civil da Internet). In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 793.

16 HETMANK, Sven. *Internetrecht*. Wiesbaden: Springer, 2016, p. 181.

17 LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 19.

18 LEONARDI, Marcel. Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2592, 6 ago. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17128>>. Acesso em: 13 dez. 2015.

19 STJ, Terceira Turma, REsp 1.316.921/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 26/06/2012, DJe 29/06/2012.

borado pelo próprio pessoal da empresa que administra o provedor, estaremos diante de um provedor de informação, que poderá ser responsabilizado objetivamente como autor da ofensa. É o caso do provedor que elabora noticiário eletrônico, difunde notícias, apresenta comentários e eventualmente veicula imagens de terceiros sem autorização, que logicamente estará sujeito ao pagamento de indenização.

A Lei nº 12.965/2014 trata, em seu artigo 5º, particularmente de dois tipos de provedores, isto é: aqueles dedicados a prover o acesso à internet e aqueles que disponibilizam as mais diversas aplicações ou funcionalidades na rede (*e.g.* armazenamento de dados, serviços de mensagens eletrônicas, acesso a informações e disponibilização de conteúdos).²⁰ Assim sendo, a partir de sua entrada em vigor, a temática da responsabilidade civil dos provedores passou a contar com previsão normativa, ficando afastadas as construções doutrinárias ou jurisprudenciais em sentido contrário.

Apesar disso, antes de examinarmos a responsabilidade de cada tipo de provedor diante da Lei nº 12.965/2014, parece-nos salutar uma breve menção das discussões e soluções propostas anteriormente à entrada em vigor do Marco Civil da Internet.

5. A responsabilidade civil dos provedores antes da Lei nº 12.965/2014

Antes da Lei nº 12.965/2014, a jurisprudência brasileira era bastante inconstante, mas chegou a construir três posicionamentos preponderantes sobre a responsabilidade civil dos provedores.

O primeiro deles no sentido de que o provedor não responde pelos atos de seus usuários. Tal posicionamento encontra respaldo em decisões que identificam a figura

do provedor como mero intermediário entre o usuário que causou a ofensa e a vítima do dano. Como não haveria conduta do provedor, não estaríamos diante de responsabilidade deste pela conduta de outrem, cabendo ao provedor apenas colaborar com a vítima para a identificação do agente causador do dano.²¹

Um segundo entendimento reputa existir responsabilidade objetiva do provedor, não havendo que se falar na necessidade do elemento culpa, o que poderia ser fundamentado no conceito de risco da atividade desenvolvida (art. 927, parágrafo único, do Código Civil)²² ou no de defeito da prestação do serviço em uma relação de consumo.

Por outro lado, considerando as situações em que não há interferência no conteúdo que o usuário coloca na internet, uma terceira concepção defende que a responsabilidade dos provedores somente terá lugar se ocorrer alguma modalidade de culpa. Partindo desse ponto de vista, existem aqueles que sustentam já restar configurada a responsabilidade após o provedor ter tomado ciência do conteúdo lesivo e não ter providenciado a sua retirada. Outros aduzem que o provedor somente poderá ser responsabilizado em caso de não cumprimento de decisão judicial determinando a retirada do material ofensivo da internet.²³

Havia uma ampla gama de posicionamentos nos tribunais acerca da responsabilização dos provedores. Era bastante

²⁰ ROCHA, Francisco Ilídio Ferreira. Da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 819.

²¹ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações de internet: evolução jurisprudencial e os impactos da Lei nº 12.695/2014 (Marco Civil da Internet). In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 794.

²² Art. 927, parágrafo único, do Código Civil: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

²³ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações de internet: evolução jurisprudencial e os impactos da Lei nº 12.695/2014 (Marco Civil da Internet). In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 793.

controvertida e difundida a concepção de que o provedor deveria fiscalizar, monitorar e filtrar os conteúdos colocados na rede por seus usuários. Desse modo, como ele viabilizava tecnicamente a atividade do internauta e se beneficiava economicamente ao fornecer os serviços, também seria responsável pelo controle de eventuais abusos e pela garantia dos direitos da personalidade. Nessa linha, o provedor seria tão responsável quanto os internautas que divulgam informações e imagens ofensivas à personalidade alheia, pelo que muitos julgados classificavam como uma hipótese de responsabilidade objetiva.

Posteriormente, o rigorismo da solução suprarreferida, que era muito acolhida, foi abrandado, entendendo o Superior Tribunal de Justiça que não cabe ao provedor o exame prévio de todo o conteúdo do material que transita pelo site, já que apenas disponibiliza as informações inseridas por terceiros. Assim sendo, não haveria que se falar em responsabilidade objetiva pelo conteúdo ilegal, visto que não se pode obrigar o provedor a exercer monitoramento prévio das informações veiculadas por terceiros, o que, em realidade, inviabilizaria a atividade econômica em questão.

Considerou-se, então, que a atividade de monitoramento prévio não se coadunava com o serviço prestado pelo provedor, motivo pelo qual a ausência de tal fiscalização não poderia ser tida como falha do serviço. Ainda, firmou-se entendimento, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que somente poderia haver responsabilidade objetiva se a atividade desenvolvida apresentasse um risco extraordinário e próprio da conduta em questão, o que não era o caso das atividades realizadas pelos provedores de serviço.²⁴

Ademais, houve uma estabilização da



jurisprudência, especialmente a do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, a partir do momento em que o provedor tomasse conhecimento da existência de conteúdo ilegal, deveria promover a sua remoção imediata,²⁵ senão poderia ser responsabilizado pelos danos daí decorrentes. É dizer: a simples notificação de conteúdo inadequado apontada por usuários seria suficiente, em quaisquer casos, para a responsabilização do provedor.²⁶ E, em função dessa responsabilidade, deveria o provedor dispor de meios que permitissem a identificação dos usuários, de forma a coibir o anonimato, sob pena de ser responsabilizado subjetivamente por *culpa in omittendo*.

Esse era o quadro instalado na jurisprudência brasileira até o advento do Marco Civil da Internet.

25 De um modo geral, as decisões tem determinado que a remoção do conteúdo ocorra de forma imediata ou dentro de 24 a 72 horas. (PINHEIRO, Patricia Peck. *Direito digital*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 417)

26 Nesse mesmo sentido, assevera Cíntia de Lima, acerca do conteúdo gerado por terceiros antes do Marco Civil da Internet, que “a sólida jurisprudência do STJ já tinha consolidado o entendimento que para serem responsabilizados bastava a ciência aos provedores que poderia ser feita pela própria vítima”. (LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 110, jan./dez. 2015, p. 157)

24 *Ibidem*, p. 798.

6. A Lei nº 12.965/2014 e a responsabilidade civil dos provedores

O regime da responsabilidade civil dos provedores, que até então vinha sendo delimitado pela jurisprudência, sofreu sensível alteração com a entrada em vigor da Lei nº 12.965/2014. No que toca aos ilícitos praticados pelos usuários da rede de computadores, não há responsabilidade do provedor, cabendo a responsabilização dessas pessoas por seus próprios atos, em especial quando há lesão ao direito à imagem. Por outro lado, apesar da legislação ter criado uma espécie de filtro, limitando os casos de responsabilidade, ainda assim é possível, excepcionalmente, a responsabilização dos provedores por atos próprios ou por atos praticados pelos usuários.

Entretanto, apesar das afirmações supramencionadas, é certo que cada espécie de provedor está submetida a determinadas particularidades ligadas justamente à sua forma peculiar de atuação, o que gera diferenciações quanto à responsabilidade civil, matéria que analisaremos a seguir.

6.1. Responsabilidade do provedor de *backbone*

O provedor de *backbone* (espinha dorsal) é a pessoa jurídica que possui infraestrutura de rede com capacidade para a movimentação de grande volume de dados, tendo a função precípua de interligar os demais provedores ao sistema da rede mundial de computadores. As relações jurídicas entabuladas por este tipo de provedor dizem respeito apenas aos demais provedores de internet, particularmente os de hospedagem e acesso, não existindo vínculo jurídico, como regra, entre o provedor de *backbone* e os usuários finais da internet.²⁷

Com isso, considerando que os provedores de *backbone* estabelecem relações jurídi-

cas com outros provedores e não diretamente com os finais usuários da internet, não será possível a sua responsabilização por ilícito praticado por usuário final da internet. Assim, em caso de violação ao direito à imagem, a conduta eventualmente exigível desse tipo de provedor seria apenas a identificação de provedores para os quais fornece seus serviços, cabendo a esses provedores a identificação e localização de eventuais usuários que estiverem praticando conduta ilícita na rede de computadores.

Desse modo, não há que se falar em responsabilidade do provedor de conexão (*backbone*) por criação de conteúdo ou armazenamento de dados e informações, o que inclusive conta com previsão expressa do artigo 18 da Lei nº 12.965/2014: “O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros”.

Por conseguinte, em caso de violação do direito à imagem por usuário final da internet (“por terceiros”), por expressa disposição legal, o provedor de *backbone* não poderá ser responsabilizado, visto que sua atuação se resume a simplesmente garantir o acesso à internet aos demais provedores.

6.2. Responsabilidade do provedor de acesso

A conexão à internet do usuário final ou de outros provedores é feita através do serviço dos provedores de acesso (*access provider*), que possibilitam “o acesso à internet, geralmente através de uma conexão a um *backbone*”.²⁸ São esses provedores que fornecem o endereço eletrônico da conexão, chamado de IP (*internet protocol*), que permite a individualização do terminal de acesso e a identificação dos usuários da internet.²⁹

²⁷ LEONARDI, Marcel. Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2592, 6 ago. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17128>>. Acesso em: 13 dez. 2015.

²⁸ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 110, jan./dez. 2015, p. 162.

²⁹ A definição de conexão à internet é dada pelo artigo 5º, V, do Marco Civil da Internet: “V – conexão à internet: a

Em função de sua atuação, é certo que os provedores de acesso não controlam o conteúdo das informações disponibilizadas na rede pelos usuários finais do serviço de conexão. De fato, por prestarem serviços meramente de conexão, agem apenas como intermediários de acesso à internet.³⁰

Com isso, não podem ser responsabilizados pelo fato de usuários colocarem imagens não autorizadas à disposição na internet, mesmo porque não podem impedir que o conteúdo seja divulgado na rede, pois não exercem domínio sobre essa atuação. Aliás, tal responsabilização tem sido rechaçada pelos tribunais nacionais e estrangeiros³¹ desde o final da década de noventa, visto que, se houvesse essa responsabilidade, ocorreria certamente o aumento de práticas relacionadas ao monitoramento em massa, o que não é só indesejado como de adequação legal controversa.³²

Nesse sentido, muito elucidativa é a comparação feita por Marco Aurélio Greco:

(...) no puro provimento de acesso, a situação jurídica do provedor de acesso é semelhante à da empresa de telefonia. Ela pode controlar apenas o fluxo de mensagens, sua periodicidade e tudo o mais pertinente que se relacione ao acompanhamento do funcionamento e

da eficiência do sistema, mas não tem poder para verificar conteúdos que por ali transmitem tal como a empresa de telefonia não tem o poder de verificar as conversas que tramitam pela sua rede.³³

Outrossim, apesar de não responderem pela visualização de conteúdo, possuem dever positivo de fornecer os dados cadastrais e de conexão, ou seja, os formulários preenchidos e o endereço IP dos usuários que utilizam seus serviços. Tal dever decorrerá necessariamente de requisição judicial, que afastará, em relação aos dados cadastrais e à conexão, o direito à privacidade de determinado usuário que praticou um ato ilícito.³⁴

Assim sendo, para cumprimento desse dever, os provedores necessitam possuir tecnologia adequada e recursos apropriados. Em caso de descumprimento, haverá responsabilidade civil subjetiva por ato próprio (art. 186 do Código Civil), o que decorrerá da falta de colaboração do provedor de acesso para a identificação de eventual autor de violação do direito à imagem.³⁵

Desse modo, em caso de ilícitos cometidos por terceiros, em princípio, não seria possível a responsabilização do provedor de acesso,³⁶ uma vez que este age apenas como intermediário, não exercendo domínio sobre o conteúdo colocado à disposição na rede. Nessa senda, a conduta do provedor não pode ser

habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP”.

30 ROCHA, Francisco Ilídio Ferreira. Da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 820.

31 Na Alemanha, por exemplo, os provedores de acesso, da mesma forma que no Brasil, não são responsáveis por conteúdo de terceiros (*fremde informationen*), desde que, logicamente, não se apropriem desse conteúdo, não alterem ou selecionem a informação a ser transferida e nem escolham a quem a informação será transferida. (FECHNER, Frank. *Medienrecht*. 15. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, p. 355)

32 SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações de internet: evolução jurisprudencial e os impactos da Lei nº 12.695/2014 (Marco Civil da Internet). In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 808-809.

33 GRECO, Marco Aurélio. Poderes da fiscalização tributária no âmbito da internet. In: GRECO, Marco Aurélio; WALD, Arnold. *Direito e internet: relações jurídicas na sociedade informatizada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 183.

34 LEONARDI, Marcel. Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2592, 6 ago. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17128>>. Acesso em: 13 dez. 2015.

35 Além da responsabilidade civil, é certo que qualquer empresa que opere no Brasil, mesmo sendo estrangeira, deve respeitar a legislação do nosso país e entregar as informações requeridas pela Justiça, o que, em caso de descumprimento, também poderá gerar sanções como: advertência, multa de até 10% de seu faturamento, suspensão temporária das atividades ou proibição de exercício das atividades (art. 12 da Lei nº 12.965/2014).

36 VANCIM, Adriano Roberto; NEVES, Fernando Frachone. *Marco civil da internet: anotações à Lei nº 12.965/2014*. Leme: Mundo Jurídico, 2014, p. 100.

enquadrada como causa direta e imediata do dano sofrido pela vítima, no que há o rompimento do nexo de causalidade.³⁷

Aliás, em função da atividade exercida, nem mesmo a notificação para remoção de conteúdo ilícito é possível, dado que o provedor de acesso não possui ingerência sobre o conteúdo veiculado na rede por terceiros, não podendo, por conseguinte, removê-lo (art. 18 da Lei nº 12.965/2014).

Por outro lado, apesar de não responder pelo conteúdo, o provedor de acesso pode ser responsabilizado por não interromper a prestação dos serviços de conexão ao usuário que utilize o serviço reiteradamente para a prática de atividades ilícitas.

6.3. Responsabilidade do provedor de hospedagem

O provedor de hospedagem (*hosting providers*) tem a função de garantir o armazenamento de dados em servidores próprios de acesso remoto, possibilitando que usuários tenham acesso a eles, conforme condições definidas em pactuação anterior.³⁸ Com isso, o *hosting provider*, respeitadas as normas de política de privacidade, disponibiliza aos internautas páginas ou arquivos de terceiros, que estão armazenados em seus servidores.³⁹

Trata-se de uma relação jurídica que se enquadra como relação de consumo, respondendo o provedor de hospedagem de forma

objetiva por falhas na prestação de serviços ao usuário, conforme dispõem os artigos 14 e 20 do Código de Defesa do Consumidor.⁴⁰ Nessa situação, não há dúvida no que toca à responsabilidade do provedor pelos danos que derivem diretamente do serviço prestado.⁴¹ Ademais, a falha do serviço decorrente de defeito de componente ou equipamento fornecido por terceiros e incorporado ao serviço não exime o provedor de responsabilidade civil, haja vista o estabelecido pelo artigo 25 do Código de Defesa do Consumidor.

Apesar do provedor de hospedagem ser responsável pelo armazenamento de arquivos e informações, não é ele o responsável pela criação, desenvolvimento, atualização e manutenção de *web site* contratado. Assim, não se configura responsabilidade civil do provedor de hospedagem por ilícitos cometidos por terceiros e associados ao conteúdo das informações armazenadas em seus servidores, mesmo porque não é sua função a realização de monitoramento do conteúdo dos textos, fotos, vídeos e dados inseridos pelos usuários, sob pena de restar configurada verdadeira censura prévia sobre o conteúdo disponibilizado na internet.⁴² É que a função primordial do *hosting provider* é simplesmente fornecer suporte técnico para que os dados possam ser armazenados e acessados pelos internautas.

Nesse contexto, não deve ser atribuído ao provedor de hospedagem o dever de controle editorial e fiscalização do conteúdo das páginas eletrônicas que disponibiliza. A responsabilidade por referido material cabe

37 SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações de internet: evolução jurisprudencial e os impactos da Lei nº 12.695/2014 (Marco Civil da Internet). In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 809.

38 LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2592, 6 ago. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17128>>. Acesso em: 13 dez. 2015.

39 Entre os provedores de hospedagem podemos citar as redes sociais, como o Facebook, o Twitter e o Instagram, bem como os sites e aplicativos voltados para a divulgação de imagens e vídeos, como o Youtube, o Flickr e o Snapchat. Deve-se observar, entretanto, que esses provedores podem ser classificados como de conteúdo, nos casos em que disponibilizam diretamente na internet as informações por eles mesmos criadas.

40 LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 111.

41 LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 110, jan./dez. 2015, p. 166.

42 SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações de internet: evolução jurisprudencial e os impactos da Lei nº 12.695/2014 (Marco Civil da Internet). In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 800.

ao autor da informação e não ao provedor, que apenas foi contratado para o fornecimento do serviço de hospedagem, mesmo porque não é o provedor o titular da página.

Assim sendo, ante a ausência de disposição sobre o conteúdo veiculado nos sites que hospeda, não é possível a responsabilização civil imediata do provedor de hospedagem pelo material posto na internet pelos seus usuários. Também não se deve atribuir ao provedor de hospedagem a responsabilidade pelo controle e fiscalização do conteúdo do material que armazena. É que sua contratação não vai além do oferecimento do serviço de hospedagem, não se aplicando a cláusula geral de responsabilidade objetiva, prevista no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil.

Aliás, a relação estabelecida entre o provedor e o usuário é muito bem esclarecida por uma analogia feita por Castro Filho, que compara o provedor de hospedagem e o site hospedado com a relação estabelecida entre um banco e um cofre colocado à disposição de seu cliente.⁴³ Nessa linha, no cofre poderá ser guardado o que o cliente quiser, ficando o banco sem saber a origem ou a natureza da coisa guardada. No entanto, no momento em que é verificada a ilegalidade do conteúdo depositado, assiste ao provedor “o direito de imediata interrupção do serviço, sob pena de também ser corresponsabilizado”.⁴⁴

Seguindo essa linha de raciocínio, mas com abrandamento na responsabilização do provedor de hospedagem, a matéria foi regulada no artigo 19 da Lei nº 12.965/2014, que estabeleceu:

Art. 19. Com intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

Desse modo, no que tange ao conteúdo gerado por terceiros, somente haverá responsabilidade do provedor de aplicação – expressão que abrange os provedores de hospedagem e conteúdo – se, após ordem judicial específica,⁴⁵ não forem tomadas as providências necessárias para tornar indisponível o conteúdo ilícito.⁴⁶

Ora, da leitura do dispositivo deflui que a responsabilidade civil somente existirá se houver o descumprimento de ordem judicial específica para a remoção de conteúdo ilícito, a qual deverá conter, sob pena de nulidade, a identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material (artigo 19, § 1º, da Lei nº 12.965/2014).⁴⁷ Assim, sem que

43 Outra analogia utilizada para reconhecer a incapacidade dos provedores quanto ao controle do conteúdo dos sites hospedados consiste em compará-los a uma livraria, que não responde pelo conteúdo dos livros vendidos. (VANCIM, Adriano Roberto; NEVES, Fernando Frachone. *Marco civil da internet: anotações à Lei nº 12.965/2014*. Leme: Mundo Jurídico, 2014, p. 97)

44 CASTRO FILHO, Sebastião de Oliveira. Da responsabilidade do provedor de internet nas relações de consumo. In: *Brasil. STJ. Doutrina: Edição Comemorativa – 15 anos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 173.

45 No Direito Comunitário Europeu, a matéria foi tratada de modo diverso, uma vez que o artigo 14 da Diretiva 2000/31 não exige a notificação judicial. Com isso, os provedores serão responsabilizados pelo conteúdo gerado por terceiros se forem notificados e após tal ato não tomarem nenhuma medida.

46 Anteriormente à entrada em vigor do Marco Civil da Internet, o Superior Tribunal de Justiça vinha entendendo – no que toca especificamente ao prazo – que, após a notificação relativa ao conteúdo ilícito de determinado texto ou imagem, o provedor deveria retirar o material do ar no prazo de 24 horas.

47 A previsão do artigo 19, § 1º, da Lei nº 12.965/2014 também pode gerar sérios problemas concernentes à eficácia do Marco Civil da Internet, visto que, ao exigir a localização específica dos dados infringentes, acaba por se tornar ineficaz contra os chamados conteúdos virais, que se espalham pela internet de forma descontrolada. Nessas situações, é praticamente inviável a elaboração de uma lista contendo todas as localidades nas quais o conteúdo ilícito pode ser encontrado, já que em questão de segundos os dados podem ser replicados em outros sítios, o que

haja o descumprimento dessa ordem, conforme determinação legal, não haverá o dever de indenizar. Todavia, mesmo sem ordem judicial, o provedor de hospedagem poderá, após notificação extrajudicial, retirar o conteúdo ilícito de seus equipamentos.

Apesar da existência de previsão legal, vale mencionar que o tema da responsabilização pela não remoção de conteúdo é bastante polêmico, tendo gerado muita discussão quando da aprovação do Marco Civil da Internet, mesmo porque a matéria não é uniformemente regulada em outros países.⁴⁸

Por um lado, pode parecer que a norma do Marco Civil da Internet não foi proporcional ao condicionar a indenização somente ao descumprimento de ordem judicial. Realmente, mesmo na hipótese de notificação ex-

trajudicial, os provedores podem estar diante de situações em que não há dúvidas quanto à ilegalidade de eventual conduta lesiva. Entretanto, em função da proteção legal, podem deixar de tomar imediatamente as providências necessárias, para fazê-lo somente após ordem judicial, o que pode ser extemporâneo, inviabilizando o caráter preventivo da medida judicial.

Em contrapartida, se a opção legal fosse a responsabilização a partir da simples contestação pelo usuário, enfrentaríamos outros problemas, também muito graves, relacionados, em primeiro lugar, com a subjetividade dos critérios a serem adotados pelos provedores para a retirada do conteúdo, particularmente no que toca ao direito à imagem, visto que haveria pouca transparência e muita subjetividade na retirada de conteúdo. Além disso, tal alternativa pressionaria os provedores a exercer um amplo e rigoroso controle sobre o material exibido, mediante critérios que, como já foi mencionado, seriam no mínimo discutíveis.⁴⁹

Com isso, haveria, sem dúvida, uma série de abusos, mesmo porque o provedor se veria numa situação em que o melhor caminho seria tão somente a retirada do conteúdo, sem maiores indagações, o que pode ser prejudicial para a liberdade de expressão e de imprensa, bem como para o próprio desenvolvimento de novas alternativas de exploração e comunicação na rede.⁵⁰

demandaria nova ordem judicial para retirada. (SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações de internet: evolução jurisprudencial e os impactos da Lei nº 12.695/2014 (Marco Civil da Internet). In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 800) Melhor era a jurisprudência do STJ anterior à lei, que considerava que o provedor deveria retirar o conteúdo ilícito independentemente de indicação precisa das páginas. (STJ, Quarta Turma, REsp 1.175.675/RS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, j. 09/08/2011, DJe 20/09/2011)

48 Na Alemanha, por exemplo, a *Telemediengesetz* (TMG) prevê, em seu § 10, que os provedores de hospedagem não são responsáveis civilmente, desde que não tenham conhecimento das informações armazenadas pelos usuários e, caso venham saber sobre atividades ou informações ilegais, providenciem imediatamente a sua retirada ou bloqueiem o seu acesso. Nessa linha, um provedor de hospedagem, a partir do momento em que toma conhecimento, tem o dever de retirar, por exemplo, o conteúdo de um blog que viole direitos da personalidade (FECHNER, Frank. *Medienrecht*. 15. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, p. 357). Na Espanha, por seu turno, existem três critérios para ciência do provedor acerca do conteúdo ilícito, o que foi estabelecido pelo artigo 16 da Lei nº 34, de 11 de junho de 2002, valendo a sua menção: 1) por meio de ordem judicial que declare a natureza ilícita do conteúdo; 2) se o provedor conheceu tal natureza desde procedimentos derivados de regimentos internos ou; 3) por outros meios de conhecimento que razoavelmente podem ser estabelecidos. Desse modo, a chamada responsabilização privilegiada dos provedores não é tão ampla como a prevista no Brasil, visto que nesses países não se faz necessário aguardar a ordem judicial e seu descumprimento, o que decorre de exigências feitas pelo Direito Comunitário Europeu, especificamente pela Diretiva 2000/31.

49 O mesmo raciocínio é adotado por Rocha, o qual assevera que essa “escolha do legislador, se por um lado, não incentiva os provedores a estabelecer controles mais rigorosos e eficazes sobre o conteúdo gerado por terceiros, por outro, permite o estabelecimento de bases precisas a partir das quais o provedor, com segurança, pode tornar indisponível uma determinada informação evitando indevidas limitações ao direito de liberdade de expressão de seus usuários”. (ROCHA, Francisco Ilídio Ferreira. Da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 836)

50 SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações de internet: evolução jurisprudencial e os impactos da Lei nº 12.695/2014 (Marco Civil da Internet). In: LEITE, George Salomão;

Esse é, sem dúvida, um dos pontos mais polêmicos da Lei nº 12.965/2014, já que os provedores deveriam, em uma primeira análise da temática, ser responsabilizados a partir do momento em que tomam ciência da existência de conteúdo evidentemente ilícito e não providenciam a sua remoção.⁵¹

Todavia, ainda que nesse ponto o Marco Civil da Internet pareça não ter andado bem, deixando de proteger adequadamente os direitos da personalidade, em contrapartida é certo que há maior preocupação com o direito à informação e com a liberdade de expressão, uma vez que a responsabilização a partir da mera notificação extrajudicial poderia ser muito mais prejudicial para todo o sistema.⁵²

De qualquer forma, não obstante a existência de ampla discussão,⁵³ o certo é que, a partir da leitura do artigo 19 da Lei nº 12.965/2014 – norma que evidentemente objetiva salvaguardar a liberdade de expressão e impedir a censura –, fica claro que o provedor de hospedagem somente poderá ser responsabilizado, de forma subjetiva, quando descumprir a ordem judicial específica para remover conteúdo ilícito armazenado nos seus servidores.⁵⁴

6.4. Responsabilidade do provedor de conteúdo

O provedor de conteúdo (*content provider*) é uma expressão genérica, que engloba, segundo parte da doutrina, três diferentes espécies: o provedor de conteúdo em sentido estrito, o provedor de informação e o provedor de busca ou pesquisa.

6.4.1. Provedor de conteúdo em sentido estrito e provedor de informação

O provedor de conteúdo em sentido estrito constitui a pessoa natural ou jurídica que disponibiliza na rede de computadores o material criado e desenvolvido pelos respectivos provedores de informações, o que é feito através de servidores próprios ou por meio de serviços de um provedor de hospedagem.⁵⁵ São aqueles que colocam à disposição das pessoas as páginas eletrônicas, tratando de todo tipo de conteúdo, dentre os quais podemos destacar os portais de notícias, especialmente os de jornais, de revistas e os *blogs*.

O que distingue esse tipo de provedor dos demais já analisados é o fato dele realizar, como regra, um controle editorial prévio sobre as informações disponibilizadas em seu site. Como é feita uma análise acerca das informações, os provedores de conteúdo poderão ser responsabilizados, de forma concorrente, com os provedores de informação, que são os verdadeiros autores do material ofensivo, os responsáveis pela criação das informações que serão divulgadas através da internet pelo provedor de conteúdo.⁵⁶

LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 803-804.

51 *Ibidem*, p. 810.

52 ROCHA, Francisco Ilídio Ferreira. Da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 836.

53 No que toca à aplicação do artigo 19 da Lei nº 12.965/2014, argumenta Cíntia de Lima que: “a tendência é pela não prevalência deste dispositivo por ser passível de inconstitucionalidade na medida em que a defesa do consumidor tem status constitucional e o artigo 19 do Marco Civil da Internet contraria o artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor. Outro argumento é quanto à interpretação do Direito como um sistema”. (LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 110, jan./dez. 2015, p. 172)

54 Vale notar que o artigo 19 da Lei nº 12.965/2014 foi muito criticado pelos estudiosos da matéria, mesmo porque destoa da legislação de muitos países. Chegou-se mesmo a considerar como ponto fraco da lei a criação de uma espécie de inimpugnabilidade civil, que existiria até a expedição

de ordem judicial específica para a remoção do conteúdo.

55 LEONARDI, Marcel. Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2592, 6 ago. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17128>>. Acesso em: 13 dez. 2015.

56 Embora parte da doutrina não distinga o provedor de conteúdo do provedor de informação, muitos estudiosos fazem tal distinção, pelo que se afirma que “o provedor de informação é aquele que, por meios próprios, cria ou gera as informações, sendo estas armazenadas por um provedor de conteúdo – ou de hospedagem – que oferece ao primeiro a plataforma tecnológica necessária para a divulgação das referidas informações na Rede Mundial de Computadores”. (ROCHA, Francisco Ilídio Ferreira. Da

Dessa maneira, em sendo verificado que o provedor realiza controle editorial sobre as informações divulgadas, demonstrada a publicação de material ilícito constante, por exemplo, de notas, artigos ou reportagens, restará comprovada a sua responsabilidade civil, que decorrerá de conteúdo gerado por terceiro.

Por outro lado, se o provedor de conteúdo tão somente permite a publicação das informações – o que é feito em tempo real, sem a realização de análise do conteúdo enviado pelos usuários –, então não haverá que se falar na sua responsabilização pelo material, devendo eventual indenização ser pleiteada somente daquele que publicou o conteúdo ilícito.

Assim, quando não foi exercido controle editorial prévio, conforme dispõe o artigo 19 da Lei nº 12.965/2014, tal como ocorre com o provedor de hospedagem, só haverá responsabilidade do provedor de conteúdo por atos ilícitos praticados por terceiros se, após ordem judicial determinando a retirada do conteúdo, não forem tomadas as providências pertinentes. Destarte, após a vigência do Marco Civil da Internet, não será possível a responsabilização do provedor de conteúdo se a notificação para retirada de conteúdo for meramente extrajudicial, como era anteriormente o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.⁵⁷

Outrossim, no que toca aos chamados provedores de informação, que constituem propriamente a pessoa que criou o material veiculado pelo provedor de conteúdo, sua responsabilidade não demanda maiores indagações. Tratando-se do efetivo autor do ilícito,

não há dúvida quanto à sua responsabilização pela violação de direitos da personalidade no âmbito digital, valendo aqui apenas mencionar que os provedores de informação e de conteúdo podem ser a mesma pessoa, que cumula diversas funções.

Ademais, temos ainda, na categoria dos provedores de conteúdo, o provedor de busca ou pesquisa, que trataremos a seguir em um item distinto, dada a sua grande relevância prática.

6.4.2. Responsabilidade do provedor de busca ou pesquisa

O provedor de busca também faz parte da categoria de provedor de conteúdo em sentido amplo. Tal provedor, partindo de termos ou expressões fornecidos pelos próprios usuários, indica os locais onde as informações, como arquivos ou páginas, podem ser encontradas. Não há que se falar, então, na criação ou disponibilização de qualquer conteúdo por parte desse provedor, que se limita a apresentar, a partir de uma solicitação do usuário, uma lista de endereços eletrônicos.⁵⁸

Apesar de integrar a categoria de provedor de conteúdo em sentido amplo, o provedor de busca não fiscaliza previamente o conteúdo dos resultados que apresenta aos usuários, surgindo, nesse ponto, uma grande discussão, visto que muitos internautas querem excluir das pesquisas os *links* que consideram ofensivos.

Esse foi o objeto, por exemplo, de uma ação ajuizada pela apresentadora de televisão Xuxa Meneghel contra o buscador da Google, na qual pretendia que o provedor não mostrasse *links* que associassem seu nome, escrito parcial ou integralmente, com as palavras “pornografia” e “pedofilia” ou, ainda, com qualquer tipo de prática criminosa. O STJ decidiu, entretanto, que a Google não precisava retirar as imagens e vídeos ofensivos de

responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 827)

57 LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 110, jan./dez. 2015, p. 172.

58 ROCHA, Francisco Ilídio Ferreira. Da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 825.

seus resultados de pesquisa. Entendeu que os provedores de busca não podem ser obrigados a limitar ou censurar a abrangência dos resultados, uma vez que não são responsáveis pela publicação e nem pelo conteúdo ilícito disponibilizado, mesmo porque tão somente indicam onde o conteúdo pode ser encontrado.⁵⁹

Ademais, a favor desses provedores, argumenta-se ainda que eles tratam as informações existentes na internet como um todo, sem realizar seleção. Com isso, seria impossível a delimitação das buscas obtidas, não sendo plausível tecnicamente a realização de uma filtragem prévia sobre todo o conteúdo veiculado na internet e disponibilizado pelo provedor de busca.⁶⁰

Por outro lado, há quem assevere que, ainda que não seja possível uma fiscalização prévia do conteúdo dos resultados apresentados aos usuários, seria admissível a exigência de retirada de determinada informação, caso fosse levado ao conhecimento do provedor a relação entre a realização da busca e a lesão a direitos subjetivos.

De qualquer forma, parece-nos que a melhor solução para o problema não está no bloqueio dos resultados das pesquisas, mas na própria eliminação das páginas com conteúdo ofensivo, devendo ser procurada, antes de tudo, a responsabilização do respectivo provedor de conteúdo ou de informação. Aliás, a retirada dos dados do provedor de pesquisas pode ser até ineficaz, considerando que outros buscadores e até mesmo páginas em *blogs* e redes sociais também podem tornar a informação acessível.

Desse modo, não se pode reconhecer uma proteção eficaz e completa no que toca ao provedor de pesquisa, visto que a informação permanece na internet, apenas não

sendo possível sua pesquisa pelo buscador.⁶¹ Por isso, do nosso ponto de vista, somente em situações muito excepcionais, extremamente graves, seria possível responsabilizá-lo pelo conteúdo ilícito lançado na internet e obrigá-lo a restringir as opções de pesquisa.

6.5. Responsabilidade do provedor de correio eletrônico

O provedor de correio eletrônico fornece uma conta pessoal aos seus usuários, que permite o envio de mensagens e o armazenamento de arquivos e de mensagens enviadas ao correio eletrônico até o limite de espaço permitido.⁶² Esse provedor presta ainda serviço de acesso à referida conta, assegurando o sigilo das informações armazenadas, bem como garante o acesso restrito à conta, que depende da utilização de um nome de usuário e de uma senha pessoal, ambos exclusivos.⁶³

Em relação aos ilícitos praticados por terceiros, como regra, o provedor de correio eletrônico não tem o dever de indenizar, mesmo porque não realiza o controle editorial do material constante das contas de e-mail, o que seria até mesmo ilícito, haja vista a inviolabilidade das correspondências (art. 5º, XII, da CF), que abrange a correspondência virtual.⁶⁴ Assim sendo, o provedor de correio eletrônico não responde caso o usuário receba mensagens indesejadas ou ofensivas a direitos da personalidade.

Outro problema associado a esse tipo de provedor é a violação da correspondência eletrônica. O usuário, ao contratar o provedor,

59 STJ, Terceira Turma, REsp 1.316.921/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 26/06/2012, DJe 29/06/2012.

60 ROCHA, Francisco Ilídio Ferreira. Da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 825.

61 CARO, María Álvarez. *Derecho al olvido en internet: el nuevo paradigma de la privacidad en la era digital*. Madrid: REUS, 2015, p. 117.

62 LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 110, jan./dez. 2015, p. 162.

63 LEONARDI, Marcel. Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2592, 6 ago. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17128>>. Acesso em: 13 dez. 2015.

64 FECHNER, Frank. *Medienrecht*. 15. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, p. 350.

espera que suas mensagens sejam enviadas e recebidas de forma segura, sem que haja interferência de terceiros. Por isso, devem ser tomadas pelo provedor todas as medidas necessárias para garantir a segurança e a inviolabilidade da correspondência eletrônica, caso contrário poderá haver sua responsabilização por má prestação dos serviços. E isso pode suceder, por exemplo, se uma foto ou vídeo, enviado como anexo de um correio eletrônico, for copiado por um terceiro, não destinatário da mensagem, ou mesmo se o provedor erroneamente a encaminhar a uma pessoa diversa do destinatário.



Nessa hipótese, tratando-se de responsabilidade por ato próprio, basta a comprovação do dano e do nexo causal para que haja a responsabilidade do provedor, que é, nessa situação, objetiva. E nem se argumente, para não enquadramento do provedor na categoria de fornecedor, que os serviços são prestados de modo não oneroso, uma vez que tal gratuidade é apenas aparente,⁶⁵ visto que a

publicidade veiculada pelo próprio provedor, a obtenção dos dados cadastrais e dos hábitos de navegação do internauta representam, no caso, uma forma de remuneração indireta.⁶⁶ Desse modo, o provedor somente conseguirá se isentar do eventual serviço mal prestado se demonstrar que decorreu das hipóteses previstas no artigo 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor.

Por derradeiro, no que toca à invasão de e-mail por hackers, há quem entenda que isso configuraria fato exclusivo de terceiro, não pertencente à cadeia produtiva da prestação de serviço, pelo que afastaria a responsabilidade do provedor. No entanto, parece-nos que o provedor se comprometeu a garantir a segurança da conta, somente sendo possível se pensar em exclusão da sua responsabilidade na hipótese de uma invasão que esteja além de qualquer conhecimento técnico até então disponível, prova bastante difícil e que caberá ao próprio provedor demonstrar.

6.6. Exceções ao regime geral de responsabilização dos provedores

A própria Lei nº 12.965/2014 apresenta duas exceções ao regime de responsabilização civil previsto no *caput* do artigo 19, que dizem respeito à violação de direitos autorais e aos casos de “pornografia de vingança”.

6.6.1. Direitos autorais

No que se refere aos direitos autorais, o Marco Civil da Internet fez ressalva quanto à aplicação do artigo 19, *caput*, de maneira que não modificou a prática anteriormente estabelecida, conhecida como *notice and take down*. Assim, poderá haver responsabilização do provedor de aplicação (hospedagem e conteúdo) a partir do momento em que lhe é enviada notificação para a retirada de conteúdo contrário à legislação autoral (Lei

65 LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 110, jan./dez. 2015, p. 169.

66 SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações de internet: evolução jurisprudencial e os impactos da Lei nº 12.695/2014 (Marco Civil da Internet). In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 799.

nº 9.610/1998) e não for tomada a medida atinente a sua remoção.⁶⁷

Ademais, apesar de não alterar a prática no que toca aos direitos de autor e aos direitos conexos, o Marco Civil da Internet esclarece que eventual legislação regulando as infrações aos mencionados direitos no ambiente virtual deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no artigo 5º da Constituição Federal.⁶⁸

E aqui surge uma situação interessante, pois se houver violação apenas ao direito à imagem, teremos a aplicação da responsabilidade civil prevista no *caput* do artigo 19. No entanto, se a mesma imagem também for protegida pelo direito de autor, a responsabilidade civil do provedor surgirá a partir da simples notificação para retirada de conteúdo, não se fazendo necessário, para tanto, o descumprimento de ordem judicial, como exige a regra geral.⁶⁹

Aliás, a situação chega a ser teratológica, pois o autor de uma fotografia terá direito à indenização do provedor a partir da notificação extrajudicial sem a correspondente retirada do material, enquanto que a pessoa representada na foto somente poderá pleitear

indenização se não for cumprida ordem judicial determinando a retirada do conteúdo. E mais, partindo-se da mesma linha de raciocínio, uma filmagem que se enquadre na proteção autoral terá maior proteção que um filme caseiro mostrando uma pessoa sendo gravemente agredida física e verbalmente.

Destarte, sem desmerecer a exceção feita aos direitos autorais, parece-nos que a tutela de direitos da personalidade talvez fosse também um caso a ser excepcionado pelo Marco Civil da Internet.

6.6.2. Pornografia de vingança

A pornografia de vingança (*revenge porn*) é um tema que atualmente tem ganhado muita relevância, tanto que foi tratada no Marco Civil da Internet. Consiste, em linhas gerais, na divulgação e compartilhamento, apenas entre determinados dispositivos eletrônicos ou por toda a internet, de fotos ou vídeos íntimos, normalmente de ex-parceiros, o que é feito sem consentimento.

Tais imagens normalmente envolvem cenas de nudez, parcial ou total, bem como de atos sexuais, que muitas vezes são gravadas de forma consentida, mas posteriormente são divulgadas e compartilhadas sem autorização, constituindo uma forma de humilhar um desafeto ou um meio de vingança pelo término de um relacionamento.⁷⁰

O grande problema é que as novas tecnologias facilitaram em muito a disseminação desse tipo de conteúdo, o que muitas vezes ocorre de forma viral, praticamente incontável, visto que, a partir do momento da sua publicação, o material pode ser espalhado por aplicativos ou procurado e localizado na internet pela indexação em mecanismos de busca, isso sem falar na possibilidade de seu armazenamento em toda sorte de equipamento digital.

67 A disposição parece ter sido inspirada no Direito dos Estados Unidos, que não considera os provedores como autores das mensagens, fotos e vídeos que exibem, mas reconhece algumas exceções a tal regra, entre as quais está a responsabilização dos provedores por infração a direitos autorais, prevista no *Digital Millenium Copyright Act*. Assim sendo, os provedores poderão ser responsabilizados pelos atos dos usuários se houver infração a direitos autorais e, após notificação atinente a referida violação, não providenciar a remoção do conteúdo questionado. (*Ibidem*, p. 796)

68 Art. 19, § 2º, da Lei nº 12.965/2014: “A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal”.

69 Aqui podemos exemplificar com uma foto publicada em uma revista e escaneada por um terceiro, que a coloca na internet (BERTRAND, André. *Droit à la vie privée et droit à l'image*. Paris: Litec, 1999, p. 167), surgindo, assim, a responsabilidade do servidor a partir do momento da notificação. Todavia, se a mesma fotografia não for publicada em um periódico, pelo fato de não existir a tutela autoral, o regime de responsabilidade do provedor será diverso.

70 ROCHA, Francisco Ilídio Ferreira. Da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 831.

No que toca à vítima, as consequências desse ato podem ser muito graves, provocando, por exemplo, conduta reclusiva, distúrbios comportamentais e vários problemas psicológicos, que certamente terão reflexos em futuros relacionamentos. Também é possível, em situações extremas, o suicídio da vítima.

Diante disso, o Marco Civil da Internet previu um regime especial para os casos de conteúdo usualmente chamado de “pornografia de vingança”. A regulamentação afasta a regra constante do artigo 19 e encontra previsão no artigo 21, que dispõe:

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Parágrafo único. A notificação prevista no *caput* deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

Nesse contexto, destoando da regra geral, o artigo 21 prevê a responsabilidade subsidiária do provedor de aplicações quando houver sua notificação acerca do conteúdo ilícito e este deixar de promover a retirada desse material da rede.⁷¹

71 Nesse ponto, parece-nos que a mencionada responsabilidade subsidiária merece reflexão. De fato, ao falar em responsabilidade subsidiária estaria o dispositivo indicando que o provedor somente seria responsabilizado se a ação contra aquele que colocou o conteúdo na internet não fosse exitosa. No entanto, o que se vê, em realidade, é que a conduta do provedor, no caso uma omissão, gera um novo

Todavia, há uma série de condicionantes para que exista tal responsabilidade, entre as quais destacamos o fato do provedor ter deixado, após a notificação, de “promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo”. Também é necessário que a notificação contenha, “sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador” da intimidade, bem como a constatação da legitimidade do requerente.⁷²

De qualquer forma, ainda que a previsão do Marco Civil da Internet apresente condições bem detalhadas, é certo que elas necessitam ser analisadas pelos tribunais, que deverão se orientar pela aplicação dos direitos fundamentais, conforme prevê a própria legislação, dando a esses direitos a primazia na regulação das novas tecnologias. Assim, no momento, a matéria carece de um rigoroso posicionamento jurisprudencial.

Por fim, vale ainda ressaltar que, do nosso ponto de vista, o artigo em questão poderia ter afastado a regra do artigo 19 para outros casos de violação de direitos da personalidade, como os expressamente previstos pelo Código Civil (arts. 13 a 21), em situações de evidente lesão à vida, à integridade corporal, à honra, à vida privada, ao nome, à imagem e à voz, não se restringindo somente à chamada pornografia de vingança.

dano, pois o conteúdo que deveria ter sido retirado da internet continua à disposição. Assim sendo, considerando que a própria omissão do provedor gerou dano, indagamos se não seria um caso de responsabilidade por ato próprio, por omissão, e não uma hipótese de responsabilidade subsidiária.

72 SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações de internet: evolução jurisprudencial e os impactos da Lei nº 12.695/2014 (Marco Civil da Internet). In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 814.

Considerações finais

No Brasil, o Marco Civil da Internet estabeleceu um regime de responsabilização privilegiada dos provedores. Em outros países, diferentemente do nosso país, não é necessário aguardar a ordem judicial e seu descumprimento para a ocorrência de responsabilidade civil do provedor.

Esse é, sem dúvida, um dos pontos mais polêmicos da Lei nº 12.965/2014. Os provedores deveriam, em uma primeira análise da temática, ser responsabilizados a partir do momento em que tomam ciência da existência de conteúdo evidentemente ilícito, particularmente imagens, e não providenciam a sua remoção.

Outrossim, mesmo mantendo esse regime de responsabilização privilegiada, talvez as situações excepcionadas poderiam ser ampliadas, abrangendo, de forma geral, a tutela de direitos da personalidade, no que incluiria o direito à imagem.

De qualquer modo, ainda que nesse ponto o Marco Civil da Internet pareça não ter andado bem, deixando de proteger adequadamente os direitos da personalidade, em contrapartida é certo que há maior preocupação com o direito à informação e com a liberdade de expressão. Em todo caso, restamos aguardar a solução de casos concretos pelo Judiciário para podermos avaliar se as alterações realizadas serão, na prática, positivas ou negativas.

Bibliografia

- BERTRAND, André. *Droit à la vie privée et droit à l'image*. Paris: Litec, 1999.
- CARO, María Álvarez. *Derecho al olvido en internet: el nuevo paradigma de la privacidad en la era digital*. Madrid: REUS, 2015.
- CASTRO FILHO, Sebastião de Oliveira. Da responsabilidade do provedor de internet nas relações de consumo. In: *Brasil. STJ. Doutrina: Edição Comemorativa – 15 anos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.
- CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Direitos da personalidade: o art. 20 do Código Civil e a biografia de pessoas notórias. In: CASSETTARI, Christiano (coord.). *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 126-151.
- FECHNER, Frank. *Medienrecht*. 15. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 3.
- GOUNALAKIS, Georgios. *Persönlichkeitsschutz im internet*. München: C.H. Beck, 2002.
- GRECO, Marco Aurélio. Poderes da fiscalização tributária no âmbito da internet. In: GRECO, Marco Aurélio; WALD, Arnold. *Direito e internet: relações jurídicas na sociedade informatizada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GRECO, Rogério. *Comentários sobre o crime de invasão de dispositivo informático - art. 154-A do Código Penal*. Disponível em: <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=2183>>. Acesso em: 14 jan. 2016.
- HELLE, Jürgen. Persönlichkeitsverletzungen im internet. *Juristenzeitung*, v. 57, n. 12, p. 593-601, jun. 2002.
- HETMANK, Sven. *Internetrecht*. Wiesbaden: Springer, 2016.
- LEONARDI, Marcel. Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2592, 6 ago. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17128>>. Acesso em: 13 dez. 2015.
- _____. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.
- LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 110, p. 155-176, jan./dez. 2015.
- PINHEIRO, Patricia Peck. *Direito digital*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ROCHA, Francisco Ilídio Ferreira. Da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 817-845.
- SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações de internet: evolução jurisprudencial e os impactos da Lei nº 12.695/2014 (Marco Civil da Internet). In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 791-816.
- TOMEIO, Fernando. *Redes sociales y tecnologias 2.0*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2014.
- TOURINÕ, Alejandro. *El derecho al olvido y a la intimidad en internet*. Madrid: Catarata, 2014.
- VANCIM, Adriano Roberto; NEVES, Fernando Frachone. *Marco civil da internet: anotações à Lei nº 12.965/2014*. Leme: Mundo Jurídico, 2014.
- ZANINI, Leonardo Estevam de Assis Zanini. *A tutela autônoma do direito à imagem: do surgimento da fotografia à sociedade da informação*. Tese de livre-docência. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

Judiciário, políticas públicas e contraditório real



Ricardo Geraldo Rezende Silveira

Juiz Federal. Professor do IDP/SP. Doutorando na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

RESUMO: O presente trabalho apresenta uma breve explanação sobre a questão da judicialização dos direitos relacionados à atividade estatal no âmbito da concretização de direitos sociais e as falhas das práticas processuais cotidianas no que pertine ao amplo, real e efetivo contraditório. Obviamente, não existe a pretensão de esgotar o assunto em suas mais variadas possibilidades, nem aprofundar todos os temas de modo indistinto. O que se busca é pontuar algumas peculiares questões ligadas à cognição judicial em matérias complexas cuja competência natural é do Poder Executivo. A partir da análise de um ponto processual específico dos casos envolvendo políticas públicas, foi abordado um caso prático em que a ausência do contraditório e a formação irregular da relação processual provocam resultados equivocados quando considerados no espectro de uma cognição mais abrangente.

PALAVRAS-CHAVE: Judiciário. Políticas públicas. Contraditório. Legitimidade. Litisconsórcio e ampliação da cognição.

ABSTRACT: This paper seeks to provide a brief explanation on the issue of the justiciability of rights related to state activity within the realization of social rights and failures of everyday procedural practice in respect to the broad, real and effective contradictory. Obviously, there is no claim to exhaust the subject in its various possibilities, or investigate all the issues in a similar way. What is sought is to score some specific issues related to judicial cognition in complex materials whose natural environment is the executive branch. From the analysis of a specific procedural point of cases involving public policy, we pointed out a case where the absence of contradictory and irregular formation of the procedural relationship leads to misleading results when considered in a broader spectrum cognition.

KEYWORDS: Judiciary. Public policy. Contradictory. Legitimacy. Co-defendant and expansion of cognition.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Considerações sobre o tema. 3. Os reais contornos da lide e o litisconsórcio necessário. 4. Análise da jurisprudência. 5. A situação dos indivíduos num ambiente de recursos escassos. 6. Consequências processuais da formação e da não formação do litisconsórcio. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. Introdução

A questão da judicialização dos direitos sociais decorre, inexoravelmente, da previsão de tais direitos nas Constituições mais modernas e nas leis. Isso parece de certo modo óbvio e previsível. Com fundamento em ditames legais de variadas cargas normativas, o Judiciário passou a se imiscuir em questões anteriormente reservadas ao Executivo, intocáveis ao argumento, outrora quase sagrado, da separação dos poderes.

As concepções de um Estado Social deram origem aos chamados direitos de segunda geração presentes nas Declarações de Direitos Humanos e, posteriormente, nas Constituições dos Estados. Merecem uma menção especial, apenas a título de curiosidade, as primeiras Cartas a tratar do tema como a Constituição Russa, a Constituição Mexicana (a primeira a trazer em seu texto, verdadeiramente, direitos sociais) e a Constituição de Weimar, na Alemanha.

Diante da positivação dos direitos, seja em disposições de maior ou menor densidade jurídico-normativa, conferiu-se ao Judiciário o ferramental necessário para que o mesmo atuasse no sentido da concretização dessas disposições. O que começou de forma tímida avançou abruptamente tomando contornos preocupantes, tanto em relação à independência e harmonia dos poderes, quanto na

dinâmica e eficiência do gasto público.¹

Fora de dúvida, no entanto, que a concretização dos direitos e garantias fundamentais tende a caminhar para frente e que o Judiciário exerce papel crucial na estrutura atual dessas garantias. Como todo avanço importante, de tempos em tempos, é necessário um freio de arrumação e disto tratar-se-á na sequência.

2. Considerações sobre o tema

A existência de direitos sociais, muitas vezes indisponíveis, nas leis e na própria Constituição impele o Judiciário a se posicionar dada a notória carência em termos de efetivação de tais direitos no Brasil. Tal conjuntura deixa transparecer – no âmbito da sistemática processual utilizada – uma convivência, nem sempre harmônica, dos institutos mais modernos das ações transindividuais e

¹ Sobre o tema, colhe-se a passagem da obra do Professor of Law Frank Sander de Harvard: “Not only has there been a waning of traditional dispute resolution mechanisms, but with the complexity of modern society, many new potential sources of controversy have emerged as a result of the immense growth of government at all levels, and the rising expectations that have been created”. Tradução livre: “Não só houve uma diminuição dos mecanismos tradicionais de resolução de disputas, mas com a complexidade da sociedade moderna, emergiram numerosas novas fontes potenciais de controvérsia como resultado do imenso crescimento do governo em todos os níveis e das crescentes expectativas que foram criadas”. SANDER, Frank. Varieties of dispute resolution. In: *The Pound Conference: perspectives on Justice in the future*. St. Paul, Minnesota: West Publishing, 1979, p. 68.

do tratamento coletivizado das questões com os tradicionais cânones das demandas individuais ordinárias.²

Nas questões relacionadas a políticas públicas, a superioridade do sistema coletivo é pronunciada em diversos aspectos.

O primeiro deles é decorrente da própria concepção de política pública. De certo, em regra, não se faz política pública para indivíduos e sim para determinada coletividade. As políticas de Estado e os serviços públicos se propõem a gerar efeitos amplos e alcançar benefícios para todo o conjunto social. Ao se individualizar uma ação do Estado pelo meio judicial perde-se a referência da totalidade da ação que deveria ter como objeto todos os interessados/necessitados.

Outra “vantagem” – propositalmente entre aspas – da sistemática coletiva diz respeito à necessidade de escolhas difíceis realizadas pelo administrador, as chamadas escolhas trágicas,³ que segundo o STF, “nada mais exprimem senão o estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro.”⁴ Na demanda individual, a questão dos recursos não se coloca. Aparentemente, os recursos financeiros em tais decisões existem ou devem existir, não se perscruta se são escassos, em que seriam alocadas tais provisões, que despesa deixará de ser realizada para o cumprimento da de-

cisão individual. Nesse aspecto, a decisão é muito mais simples, não dialógica, embora seja igualmente difícil e, muitas vezes, trágica.

O contraditório efetivo, questão central do presente debate, também resta fortalecido no tratamento coletivo das políticas públicas e na prestação jurisdicional relacionada a direitos sociais. Contraditório pode ser entendido como ciência das questões e oportunidade de manifestação e de se contrapor concretamente, buscando fazer valer uma posição jurídica de vantagem.

A pergunta que se coloca é de quem? A quem deve dar-se ciência do processo e quem deve ter oportunidade de se manifestar? Na demanda coletiva, a representação da parte perante o Estado, sendo adequada, amplia consideravelmente o espectro do contraditório, pois a cognição é mais ampla e os interesses envolvidos mais dispersos, portanto, a possibilidade de se ampliar os horizontes da decisão judicial é claramente maior.

No direito processual americano, a cláusula (*procedural due process*) significa o dever de propiciar-se ao litigante: a) a comunicação adequada sobre a recomendação ou base da ação governamental; b) um juiz imparcial; c) a oportunidade de deduzir defesa oral perante o juiz; d) a oportunidade de apresentar provas ao juiz; e) a chance de reperguntar às testemunhas e de contrariar as provas que foram utilizadas contra o litigante; f) o direito de ter um defensor no processo perante o juiz ou tribunal; uma decisão fundamentada, com base no que consta dos autos.⁵

Parece bastante ampla a conceituação e devidamente resguardado o princípio nas alíneas citadas, porém o aludido é pouco em relação ao conteúdo material do preceito. Quem são os litigantes? A questão tratada

2 Acerca da diferenciação, que de toda forma interessa ao texto, vide: ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Segundo Teori Zavascki, a tutela coletiva divide-se em tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos, sendo essa última uma opção política de tratamento das questões individuais, visando dar efetividade e racionalizar o exercício da jurisdição.

3 Sobre o tema, vide: CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic choices*. New York: W. W. Norton & Company, 1978.

4 STF, Pleno, STA 175 AgR/CE, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 17/03/2010, DJe 29/04/2010.

5 JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 38.

se resume a eles? Seus interesses individuais permitem chegar ao Judiciário todas as informações necessárias à exata compreensão da controvérsia? Aquela lide se relaciona com outras e merece decisão uniforme? Todas essas questões levam a concluir que o contraditório é incompleto nas demandas individuais concernentes ao reconhecimento e concretização de direitos sociais. Não formalmente incompleto, mas materialmente restrito, desfocado ou exageradamente focado em apenas um ponto da questão.

3. Os reais contornos da lide e o litisconsórcio necessário

Nessa perspectiva, a sujeição das partes a um contraditório amplo e aberto configura-se fundamental em termos de políticas públicas judicializadas. A abordagem, a partir desse ponto, no entanto, passa a se dar sobre institutos mais mezinhos do processo civil clássico, notadamente em relação à regularidade das demandas individuais e a completa integração do contraditório no polo passivo das mesmas.

Linhas atrás, concluiu-se pela inequívoca superioridade de uma demanda coletiva em relação à sistemática de demandas individuais e que boa parte dos problemas ligados ao contraditório estaria razoavelmente solucionada na presença de representantes adequados das partes interessadas.⁶

A questão que se coloca, contudo, é a da proliferação de ações individuais acerca de matérias relacionadas a políticas públicas. Tais ações são uma realidade hodierna no Judiciário brasileiro e, graças a argumentos utilizados de forma rasa como o do direito de ação, inafastabilidade do controle jurisdicional, garantia aos direitos fundamentais, etc., tal estado de coisas não parece que irá se

alterar em espaço curto de tempo.⁷

As situações relacionadas a políticas públicas em que se resguardam direitos sociais são notoriamente mais complexas do que pressupõem as vagas análises judiciais comumente presentes em processos individuais sobre o tema. A cognição deveria alcançar outros campos ligados à administração, à política pública como um todo e às reais possibilidades de cumprimento das medidas.

Um exemplo claro disso é a conhecida questão da falta de vagas em creches e pré-escolas para crianças em idade própria que ocorre em muitos municípios do Brasil. Após anos de discussão e alterações no próprio texto constitucional, restou consagrado de forma absolutamente clara no artigo 7º, XXV e no inciso IV do artigo 208 a garantia de “educação infantil, em creches e pré-escolas, às crianças até 5 (cinco) anos de idade”. Trata-se de um direito expresso, definido em todos os seus matizes e fundamental, componente do núcleo intangível da Constituição Federal.

Passemos, então, a um exemplo do tratamento judicial da questão das vagas em creches em termos de contraditório efetivo. De acordo com a política atual adotada no município de São Paulo⁸ e em diversas outras cidades do Brasil, a prefeitura disponibiliza aos interessados/necessitados o cadastramento em uma “lista de espera” que é obedecida e

6 Abordando o tema sobre outros aspectos, vide: SALLES, Carlos Alberto. Políticas públicas e a legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 30, n. 121, p. 38-50, mar. 2005.

7 Segundo Zuckerman, a efetividade da tutela não pode ser aferida unicamente à luz do caso concreto: “é preciso que sejam também adequadas às possibilidades do Poder Judiciário e ao contexto que envolve o julgador. Certamente alcançaríamos um resultado mais justo e consequentemente mais democrático em uma postura que privilegiasse a melhor distribuição do tempo de atividade jurisdicional, enquanto ônus para o Estado e a quantidade ou volume de direito material tutelado em cada processo, enquanto benefício para as partes e para a coletividade.” ZUCKERMAN, Adrian. A reform of civil procedure – rationing procedure rather than access to justice. *Jornal of Law and Society*, v. 22, 1995, p. 7.

8 Endereço eletrônico do portal da Prefeitura Municipal para inscrições nas vagas futuras de creches: <<http://portal.sme.prefeitura.sp.gov.br/Main/Page/PortalSMESP/Solicitacao-de-Vagas>>. Acesso em: 07 jun. 2016.

segue contemplando os primeiros lugares da fila com as vagas que surgirem, reconhecendo o direito a tal prestação e a inexistência de condições materiais atuais de cumprir imediatamente o preceito constitucional.

Nesse caso, há uma fila pública – uma ordem de espera – e, desse modo, um sistema que prestigia a prioridade no cadastramento ante a atual conjuntura de escassez. À medida que as vagas vão surgindo, os primeiros lugares vão sendo contemplados. Paralelamente, seguem as políticas de ampliação da disponibilidade de vagas.

Duas situações comuns nas quais o Judiciário é chamado a intervir são a pretensão pela abertura de mais vagas na rede pública e

a imediata matrícula de determinada criança.

A primeira demanda, mormente veiculada por meio de ação coletiva, embora com alguns atropelos em certos casos, não causa maiores dúvidas e é desejável como meio de concretizar as promessas constitucionais. Nesses casos, a pretensão veiculada é a de construção de creches e abertura de novas vagas, numa visão mais alargada, atacando a deficiência da política pública como um todo. Ocorrem, por vezes, situações de tratamento não razoável da demanda, notadamente em relação aos prazos para a licitação e oferecimento dessas novas vagas, todavia não são essas questões relevantes nesse momento.

O ponto a ser tratado remete às inúmeras ações individuais em que a pretensão trazida na inicial é a de matrícula imediata da criança em uma das creches mantidas pela municipalidade. Nesse caso, não é difícil observar que por detrás do pedido existe uma intenção escamoteada que é a de não respeitar a ordem estabelecida pela administração.

Diante dessa situação, talvez um esforço válido esteja em trabalhar com institutos do processo individual que se encontram mal utilizados. A superioridade do tratamento coletivo e a inadequação do tratamento de políticas públicas globais em demandas judiciais individuais já seriam argumentos suficientes, no entanto, têm pouca penetração na doutrina e na jurisprudência mais tradicional e comumente conservadora. Nesse passo, fundamentos mais próximos do Processo Civil clássico costumam surtir melhores efeitos e fazer avançar o tratamento da matéria. Um deles é a presença do litisconsórcio necessário.

O Código de Processo Civil de 1973 previa o litisconsórcio necessário no artigo 47, que assim dispunha:

Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de



todos os litisconsortes no processo. Parágrafo único. O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo.

A disposição no novo Código de Processo Civil encontra-se aprimorada, contando agora com as seguintes proposições:

Art. 114. O litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes.

Art. 115. A sentença de mérito, quando proferida sem a integração do contraditório, será:

I – nula, se a decisão deveria ser uniforme em relação a todos que deveriam ter integrado o processo;

II – ineficaz, nos outros casos, apenas para os que não foram citados.

Parágrafo único. Nos casos de litisconsórcio passivo necessário, o juiz determinará ao autor que requeira a citação de todos que devam ser litisconsortes, dentro do prazo que assinar, sob pena de extinção do processo.

No que diz respeito à questão das vagas, não se afigura possível, pelo menos não sem um atropelo brutal do princípio do contraditório, determinar uma matrícula em creche sem que sejam ouvidos os que aguardam há mais tempo e, em tese, possuem um direito anterior àquela vaga que está sendo pleiteada. A sentença que defere a matrícula imediata, naturalmente, condena o primeiro da fila a aguardar mais um pouco, até que surja uma segunda vaga.

Daniel Mitidiero em um artigo que trata da impugnação às nomeações de candidatos aprovados em concurso público por candidatos mais bem classificados e não nomeados, citando um precedente da 5ª Turma do STJ, refere ter o julgado reconhecido a obrigato-

riedade da formação de um litisconsórcio que adviria da eficácia direta da sentença e a “invasão da esfera jurídica” dos terceiros.⁹ É disso especificamente que se trata, ou seja, da decisão judicial que invade a esfera jurídica de direitos daqueles que não costumam ser integrados no contraditório.

Existem, no caso, relações jurídicas de direito material distintas a serem observadas na formação da relação de direito processual. Não há dúvidas acerca da existência de uma relação de direito público dos interessados com a administração, que tem o dever de lhes fornecer as vagas pretendidas, mas também é possível se verificar uma relação jurídica entre os próprios interessados, qual seja, uma relação de prioridade, constituída a partir da precedência na inscrição e na natural constatação de que não é possível adimplir o direito constitucional vindicado da noite para o dia.

A partir dessa constatação, parece claro que, sabedor que é da existência de uma ordem de prioridade e das relações jurídicas citadas, cabe ao juiz integrar na lide todos os interessados, sob pena de prolação de uma sentença parcial, ineficaz em relação àqueles que não integraram o contraditório.

As questões de fato não demandam maiores indagações: o direito à vaga encontra-se reconhecido a todas as crianças na idade própria, de forma expressa pelo texto da Constituição, e não há resistência jurídica a tal pretensão, residindo a dificuldade apenas na situação material da administração de cumprir a determinação constitucional senão em prazo considerável de tempo.

Assim, a declaração de que a pretensão da parte individual é procedente e que a mesma conta efetivamente com o direito pos-

9 MITIDIERO, Daniel F. Impugnação às nomeações de candidatos aprovados em concurso público por candidatos mais bem classificados e não nomeados: litisconsórcio passivo necessário, assistência “litisconsorcial” ou assistência? In: DIDIER JR., Fredie et. al. (Coord.). *O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos*. Estudos em homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 176-181.

tulado não leva à conclusão de que deve ser imediatamente matriculada em uma creche da rede pública, posto que existe uma conhecida limitação material e uma prioridade de outras crianças com o mesmo direito reconhecido, seja por decisão judicial, seja pela expressa disposição do texto constitucional. A decisão judicial individual não tem o condão de superar a força normativa da Carta Constitucional conferindo mais valia a um direito reconhecido a todos.

Nesse caso, a condenação à matrícula imediata pressupõe o afastamento da lista de prioridade, o que, a nosso sentir, não pode ser legitimamente feito sem a citação ou a integração efetiva no contraditório de todos os interessados, no caso, aqueles que precedem a parte autora na ordem de prioridade.

Não havendo vagas para todos e sendo notório que a espera pela vaga pode causar prejuízo aos interessados, não haveria outra solução senão concluir que a citação de todos os que antecedem a parte na fila de matrícula para a formação de litisconsórcio passivo necessário é obrigatória, pois o deslinde da causa pode acarretar interferência direta na sua esfera jurídica, conforme decidiu o colendo STJ em caso similar na decisão citada por Daniel Mitidiero, acima mencionada.¹⁰

4. Análise da jurisprudência

Não se pode argumentar que haja mera expectativa de direito daqueles que aguardam na fila a abertura da vaga, pois uma vez que ela existe, esses já possuiriam um direito público subjetivo a ocupá-la. Sendo a primeira da fila e cumprindo todos os requisitos para usufruir da prestação, não resta dúvida de que a criança preterida, por seu representante, deveria figurar como litisconsorte passiva necessária em ação judicial cuja sentença, necessariamente, irá prejudicá-la.

Também parece não ser o caso de assistência simples ou litisconsorcial, visto que, embora se atinja a esfera jurídica dos terceiros em face da ligação das situações no plano do direito material, a eficácia da sentença não é reflexa e sim direta, posto que o objeto controvertido, em última análise, não é uma vaga, mas a próxima vaga a surgir. Desse modo, a condenação da municipalidade não é apenas autorizando que o autor ocupe a vaga, mas desautorizando que o primeiro da fila, pelos critérios estabelecidos de forma universal, ocupe essa mesma vaga. Implicitamente, o juízo afasta os critérios gerais estabelecidos em detrimento de um ou mais interessados.

A própria configuração do litisconsorte necessário-unitário é que evidencia a situação acima narrada como enquadrável. Com base na doutrina italiana, Dinamarco expôs as razões que conduzem à necessidade do litisconsórcio:

- a) individualização do *petitum* formulado;
- b) individualização dos limites subjetivos e objetivos do provimento do pedido;
- c) determinação dos sujeitos que devem participar do processo a fim de que tais efeitos possam efetivar-se.¹¹

Destarte, conforme já afirmado, quem demanda judicialmente a condenação da municipalidade a fornecer, de imediato, uma vaga em estabelecimento educacional pretende, obviamente, que lhe seja atribuída a primeira que surgir e, em consequência do acolhimento do pedido, ser colocada no primeiro lugar da fila, fazendo com que outros inscritos passem a ocupar classificação inferior. Se pretendesse observar a ordem estabelecida, não teria interesse processual na demanda proposta.

Na jurisprudência, valiosas contribuições podem ser colhidas dos julgados do STF

¹⁰ STJ, Quinta Turma, RMS 17.075/MG, Relator Ministro Félix Fischer, j. 15/12/2005, DJ 20/02/2006, p. 351.

¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 142.

acerca da obrigação de formação do litisconsórcio:

Segundo o ex-ministro Francisco Rezek:

O litisconsórcio necessário, a conta da natureza da relação jurídica, tem lugar se a decisão da causa propende a acarretar obrigação direta para o terceiro, a prejudicá-lo ou a afetar seu direito subjetivo.¹²

Na mesma linha, Cordeiro Guerra apon-tava com base no artigo 47 do antigo Código de Processo Civil que:

(...) Se o ato impugnado conferiu direito subjetivo em favor de terceiro, este há de ser citado para integrar a lide, como parte passiva, pois a decisão a ser proferida diz diretamente com sua situação jurídica, e assim, não é lícito impedir participe o terceiro do devido processo legal, omitindo seu chamamento a juízo, a fim de se defender.¹³

Um paralelo jurisprudencial interes-sante diz respeito à necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário com os outros candidatos do concurso público impugnado. No âmbito do STJ, como apre-sentado linhas atrás, já se identificou, ante à própria natureza da relação jurídica, que o eventual reconhecimento da tese deduzida na impetração iria atingir diretamente a esfera jurídica dos demais candidatos aprovados, alterando-lhes a classificação, razão pela qual era mesmo de se determinar a sua integração ao processo, nos termos do artigo 47 do Có-digo de Processo Civil de 1973.

Nesse caso, verificou-se a obrigatorieda-de do litisconsórcio passivo necessário entre os candidatos classificados em ordem ante-cedente à do recorrente, pela possibilidade

de alteração na ordem de classificação.¹⁴ A natureza da relação jurídica na questão aqui colocada pode ser considerada ainda mais clara, posto que a controvérsia gira sobre uma vaga específica, caso esteja disponível, e sobre qual o melhor direito dentre os que a postulam.

Parece adequado admitir que, ajuizada ação apenas contra o Estado ou município para a imediata disponibilização da vaga, como ordinariamente acontece, deve o juiz, com esteio nos artigos 284 e 47 do antigo Código de Processo Civil (arts. 114 e 115 do atual), determinar que seu autor emende ou complemente a inicial, no sentido requerer a citação daqueles que serão efetivamente pre-judicados com o acolhimento do pedido, sob pena de acarretar prejuízo jurídico a outrem sem, sequer, conceder-lhe o direito de exercer o pleno contraditório.

Ainda que não se pressuponha estritamente técnica tal solução, considerando tratar-se de efeitos reflexos da decisão preten-dida, o que ensejaria apenas a possibilidade de assistência, o conhecimento geral da lista de prioridades e o conteúdo publicístico das relações recomendam prudência ao magis-trado. Ainda que esse não repute adequada a formação do litisconsórcio passivo, caberia ao mesmo, em respeito ao pleno contraditório e ao princípio da confiança que rege as relações dos particulares com a administração, oportu-nizar a assistência mediante a intimação dos interessados, diretamente ou por meio da Defensoria Pública.

¹² STF, Segunda Turma, RE 100.411/RJ, Relator Ministro Francisco Rezek, j. 04/09/1984, DJ 26/10/1984.

¹³ STF, Segunda Turma, RE 91.246/BA, Relator Ministro Cordeiro Guerra, j. 03/11/1981, DJ 18/12/1981.

¹⁴ Nesse sentido STJ: Sexta Turma, RMS 27.777/PI, Relato-ra Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 15/03/2012, DJe 02/04/2012; Segunda Turma, RMS 24.080/MG, Relatora Ministra Eliana Calmon, j. 19/06/2007, DJ 29/06/2007; Quinta Turma, REsp 208.373/CE, Relator Ministro Felix Fischer, j. 28/04/2004, DJ 14/06/2004: "Sempre que os efeitos da sentença atingem os candidatos já aprovados, alterando-lhes notas e ordem de classifica-ção, devem todos eles integrar a lide na condição de litis-consortes necessários, em aplicação ao comando do art. 47 do CPC, sob pena de nulidade do processo a partir de sua origem."



5. A situação dos indivíduos num ambiente de recursos escassos

A ideia a ser trabalhada é a da maximização dos resultados em ambientes em que os recursos são escassos, ou seja, quando não há bens ou facilidades em quantidade suficiente para que toda a demanda seja atendida, o trabalho deve ser no sentido de se distribuir da melhor forma os existentes.

No que tange a esse aspecto, vale destacar um preceito em economia denominado princípio da eficiência de Pareto ou do “ótimo de Pareto”, conforme mais conhecido pelos economistas. Esse princípio é utilizado por John Rawls como parâmetro para uma análise da sua teoria de justiça e teria plena aplicabilidade nas considerações tecidas acerca do caso em análise.

Segundo referido princípio – Rawls prefere o termo eficiência – uma configuração é eficiente sempre que é impossível mudá-la de modo a fazer com que algumas pessoas (pelo menos uma) melhorem a sua situação sem que, ao mesmo tempo, outras pessoas (pelo menos uma) piorem as suas. Um exemplo econômico é o da distribuição de um estoque de mercadorias que é considerado eficiente se não existe redistribuição dessas mercadorias que melhore a situação de pelo menos um

desses indivíduos sem que o outro fique em desvantagem.¹⁵

Essa seria a situação das creches numa visão conformada e paralisada de um Judiciário que analisa apenas as demandas individuais. Não havendo novas vagas a serem criadas, a atuação jurisdicional limita-se a prover o direito daqueles que, com alguma informação e condição social, batem à porta da Justiça reclamando o direito constitucionalmente assegurado. A configuração, portanto, não seria eficiente, pois impossível mudá-la de modo a fazer com que pelo menos uma pessoa melhore a sua situação (quem fura a fila) sem que, ao mesmo tempo, outras pessoas (quem se encontra na fila) piorem as suas.

Ao Judiciário não caberia reconhecer e referendar a situação de ineficiência ou agir de modo a piorar a situação de uns privilegiando outros. A intervenção esperada é no sentido de promover e prover o direito a todos, sem exceções, distribuindo de forma justa e equitativa os bens escassos existentes.

De outro lado e sob perspectiva distinta, uma intervenção salutar decorreria da análise pelo Judiciário em demandas coletivas ou por meio de um processo estrutural da situação da política pública como um todo. Sindicar a atividade do Poder Público em tema tão relevante poderia propiciar um real incremento do direito material tutelado, ou seja, efetiva criação de novas vagas nas creches da cidade e não apenas a redistribuição iníqua das já existentes.

A professora Ada Pellegrini Grinover no texto “Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil”, menciona um caso específico de julgamento de ação coletiva sobre o assunto das creches

15 Sobre a utilização do princípio do “ótimo de Pareto” por Rawls vide: THIRY-CHERQUES, Hermano Roberto. John Rawls: a economia moral da justiça. *Revista Sociedade e Estado*, Brasília, v. 26, n. 3, set./dez. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69922011000300007&script=sci_arttext#back1>. Acesso em: 31 maio 2016.

no município de São Paulo. Na apelação nº 0150735-64-2008-8.26002, julgada em dezembro de 2013, o Tribunal de Justiça de São Paulo, após audiências públicas e outras providências, reformou a sentença determinando a criação de vagas de forma escalonada. Apesar de não adentrar em questões fundamentais como licitação, orçamento, planejamento, etc., ao que consta, o simples fato de tratar-se de uma demanda coletiva vem produzindo resultados bastante satisfatórios, com o cumprimento parcial do julgado e a abertura de milhares de vagas.¹⁶

Em ambientes de recursos escassos, não pode o Poder Judiciário funcionar como mais um fator a acentuar a gritante desigualdade social que assola o país.

6. Consequências processuais da formação e da não formação do litisconsórcio

A questão da nulidade ou da ineficácia não apresenta grande relevância prática. A ineficácia em relação a todos aqueles que estariam em posição anterior na fila de prioridade por uma vaga nas creches anula os efeitos da sentença, pois coloca o autor como titular do direito apenas no momento do surgimento da vaga respectiva à sua posição na fila, pretensão que é reconhecida pela administração, inexistindo lide e, portanto, interesse processual.

A não integração do contraditório, outrossim, viola os princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla

defesa. No caso, não se trata efetivamente de litisconsórcio necessário por disposição de lei, mas pela natureza da relação jurídica. A existência de uma ordem de prioridade, que se repete em inúmeros casos veiculando políticas públicas (tratamentos de saúde, obras sanitárias, cortes de árvores, etc.), configura uma clara relação jurídica entre os mesmos interessados e desse conjunto com a administração. Tal implica numa fusão dessas relações criando uma conjuntura híbrida, derivada de uma relação complexa, que deve ser exaustivamente examinada pelo Poder Judiciário quando questionada, sendo isso inviável sem um contraditório amplo e efetivo que englobe todos os envolvidos.

Entendo que a sentença em questão seria nula por direta violação ao princípio do contraditório, porém, a ineficácia da mesma em relação aos demais interessados com prioridade, apesar de menos técnica, produz efeitos semelhantes.

Numa outra linha, embora os limites estreitos do presente estudo não recomendem um maior aprofundamento, pode-se pensar em um representante adequado desses interessados no respeito à ordem de prioridade estabelecida ou um representante da “fila”.

O STJ entende que o comparecimento espontâneo do litisconsorte passivo necessário supre a ausência de citação, em consagração ao princípio da instrumentalidade das formas, que busca o aproveitamento do ato processual que, não obstante contenha vício formal, é apto a atingir sua finalidade e desde que não cause prejuízo às partes.¹⁷ Assim, diante da dificuldade da formação de um litisconsórcio multitudinário, poderiam os interessados com prioridade ser representados por um legitimado adequado no processo, visando defender sua posição e a impossibilidade de sua sujeição à determinação emanada de um processo individual. A participação da Defensoria Pública e do Ministério Público

16 O acórdão condenava o município a: “1. Obrigar o Município de São Paulo a criar, entre os anos de 2014 e 2016, no mínimo, 150 (cento e cinquenta) mil novas vagas em creches e em pré-escolas para crianças de zero a cinco anos de idade, disponibilizando 50% (cinquenta por cento) nos primeiros 18 (dezoito) meses, das quais 105 (cento e cinco mil) em tempo integral em creche para crianças de zero a 3 (três) anos idade, de forma a eliminar a lista de espera, garantida a qualidade da educação ofertada (...)”. GRINOVER, Ada Pellegrini. Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil. In: *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 650.

17 Nesse sentido: STJ, Primeira Turma, REsp 968.400/ES, Relator Ministro Luiz Fux, j. 13/04/2010, DJe 03/05/2010.

como representantes da “fila” poderia manter hígida a relação processual.

7. Conclusão

As ideias acerca da superioridade do processo coletivo em diversos temas relacionados a determinadas espécies de direitos materiais encontram-se absolutamente consolidadas, embora venham perdendo espaço no nosso cotidiano político-institucional. Exemplos dessa constatação estão estampados no veto ao artigo 333 do novo Código de Processo Civil e na decisão de rejeitar o Projeto de Lei nº 5.139/2009. As pregações sobre esse tema atualmente têm eco apenas nos convertidos e as novas iniciativas se deparam com ambiente bastante hostil.

Nessa linha é que, a nosso sentir, uma opção interessante é tratar do tema no campo das disposições processuais relacionadas ao processo individual, tirando da zona de conforto o julgador ao colocar em xeque alguns postulados liberais básicos, ou seja, numa metáfora futebolística talvez não muito apropriada, “jogar melhor no campo do adversário”.

A análise da utilização adequada de institutos clássicos como contraditório e litisconsórcio busca convencer o aplicador do Direito que o mesmo fere uma norma processual e conduz um processo nulo *ab initio*, ainda que este não comungue dos pensamentos expostos sobre a inadequação das demandas individuais nos casos em apreço.

À luz da correta caracterização da relação jurídica de direito material, da explanação dos interesses legítimos em debate, da constatação da posição jurídica dos envolvidos e da precisa diferenciação entre expectativa de direito e direito público subjetivo é que se buscou ordenar o processo que tem como tema a condenação do Estado a fornecer, de imediato, uma vaga a determinada criança em uma creche pública.

O paralelo com a base jurisprudencial que trata da judicialização de concursos pú-

blicos reforça a tese defendida, na medida em que os tribunais superiores já deixaram clara a ideia de direito adquirido daqueles que são aprovados dentro das vagas em um concurso público e a necessidade do litisconsórcio quando determinado candidato é preterido na vaga que iria ocupar.

A vinculação da administração ao edital conforme estabelecido no RE 598.099/MS, julgado em regime de repercussão geral pelo STF, que garante a nomeação dos candidatos aprovados em concurso dentro do número de vagas, traz a ideia de um princípio de confiança dos administrados em relação aos atos da administração, além de um claro prestígio ao princípio da publicidade. Paralelamente, os critérios para ser inscrito e a ordem da fila para se ocupar as vagas nas creches funciona como um edital que regulamenta a já mencionada relação jurídica entre os interessados e sua publicidade a legítima.¹⁸

Por fim, um último argumento, seria o acesso à Justiça e suas barreiras já muito bem estabelecidas por Garth e Cappelletti, decorrentes da falta de condições materiais e de informação para que o cidadão possa ajuizar uma ação judicial.¹⁹ Em condições adequadas, todos teriam acesso efetivo ao Judiciário e, em última análise, todos contariam com uma decisão que lhe garantisse a matrícula em uma creche e pré-escola. Diante de uma decisão para cada, o critério a ser estabelecido para o cumprimento das determinações judiciais seria, possivelmente, a anterioridade da ordem, o que coloca a situação de volta ao ponto de partida. A única diferença é que a inscrição na fila seria feita por oficial de justiça e não pelos próprios interessados. Desse modo, apenas a falha no acesso à Justiça e a desigualdade social e de informação é que propiciam a distorção que pela via do litisconsórcio pretende-se minimizar.

18 STF, Pleno, RE 598.099/MS, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 10/08/2011, DJe 30/09/2011.

19 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

8. Referências

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic choices*. New York: W. W. Norton & Company, 1978.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 11, v. 41, p. 405-424, abr./jun. 2014.

_____; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review*, v. 9, n. 1, p. 95-160, 1974.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil. In: *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2012.

JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MITIDIERO, Daniel F. Impugnação às nomeações de candidatos aprovados em concurso público por candidatos mais bem classificados e não nomeados: litisconsórcio passivo necessário, assistência “litisconsorcial” ou assistência? In: DIDIER JR., Fredie et. al. (Coord.). *O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos*. Estudos em homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 176-181.

SALLES, Carlos Alberto. Políticas públicas e a legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 30, n. 121, p. 38-50, mar. 2005.

SANDER, Frank. Varieties of dispute resolution. In: *The Pound Conference: perspectives on Justice in the future*. St. Paul, Minnesota: West Publishing, 1979.

THIRY-CHERQUES, Hermano Roberto. John Rawls: a economia moral da justiça. *Revista Sociedade e Estado*, Brasília, v. 26, n. 3, set./dez. 2011.

WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 139, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZUCKERMAN, Adrian. A reform of civil procedure – rationing procedure rather than access to justice. *Jornal of Law and Society*, v. 22, 1995.

Audiência de custódia: da (in)constitucionalidade à dignidade da pessoa humana



Elídia Aparecida de Andrade Corrêa

Juíza Federal. Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP/Jacarezinho.

RESUMO: O excesso de demandas em andamento no Poder Judiciário nacional (mais de 100 milhões em 2017) é um dos fatores para a manutenção indevida, e por tempo superior ao necessário, de prisões cautelares no Brasil, impactando na administração pública carcerária. Essa situação, somada ao fato do Brasil não cumprir parte das normas fixadas em tratados e convenções internacionais, inclusive aquela que prevê a obrigação de apresentação imediata de pessoas presas em flagrante, ou por decisão definitiva, à autoridade judiciária competente, levou o CNJ à edição da Resolução nº 213/2015, exigindo-se, a partir daí, e em todo o Brasil, a realização de audiência de custódia. Este artigo aborda a evolução histórica da implantação da audiência de custódia no nosso país e discorre acerca da constitucionalidade de sua exigência por meio de regramento administrativo, sem lei formal. Tem a pretensão, ainda, de analisar a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana na validação de tal resolução. Ao final, apreciará se o prazo de 24 horas para a apresentação de qualquer preso ao juiz, previsto na mencionada resolução, pode ser exigido das autoridades policiais e do próprio Judiciário, sem ferir o devido processo legal.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão cautelar. Audiência de custódia. Dignidade da pessoa humana. Resolução administrativa. Constitucionalidade.

SUMÁRIO: 1 – Abordagem temática inicial. 2 - Audiência de custódia e a dignidade da pessoa humana. 3 - Da obrigatoriedade de apresentação do preso em flagrante ao juiz. 4 - Projeto “Audiência de Custódia”. 5 – A audiência de custódia é inconstitucional? 6 – Conclusões. Referências bibliográficas.

1 – Abordagem temática inicial

Segundo levantamento propagado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ em julho de 2014, o Brasil está entre os primeiros países no mundo em população carcerária, mais especificamente o 4º maior em população carcerária do mundo (563.526 detentos), ou ainda o 3º maior, desde que computadas as prisões domiciliares (147.937 pessoas), o que totalizaria 711.463 pessoas presas. Isso sem contar com os 373.991 mandados de prisão que constavam como pendentes de cumprimento no Banco Nacional de Mandados de Prisão que, se cumpridos, resultaria em uma população de 1.085.454 de pessoas encarceradas. Diante de um sistema prisional que oferece tão somente 357.219 vagas, ter-se-ia um déficit de 728.235 de vagas.¹

Ainda analisando os dados desse levantamento, apurou-se que 41% das pessoas presas eram presos provisórios, sem condenação pelo sistema de justiça brasileiro, e mais da metade dos presos provisórios estariam custodiados há mais de 90 dias, em desprezo ao princípio da presunção da inocência.

Por conseguinte, a pena de prisão que deveria ser concebida para ressocializar a pessoa, ao mesmo tempo em que restringe seu direito de ir e vir, acaba por macular diversos outros direitos do encarcerado, de maneira a, na prática, violar o reconhecimento de sua dignidade. Deveras, em dados coletados pelo Departamento Penitenciário Nacional no ano de 2014, em estudo denominado INFOPEN, constatou-se que apenas 40% das unidades prisionais contavam com unidade de saúde, além do que apenas 449 médicos clínicos gerais atendiam a toda a população encarcerada.

O número de mortes nos presídios bra-

sileiros também causa espécie, pois – mesmo desconsiderando os números não fornecidos pelos Estados de Rio de Janeiro e São Paulo – tem-se que somente no primeiro semestre de 2014 foram noticiadas 565 mortes nos demais Estados, sendo que aproximadamente metade delas foi classificada como violenta e intencional. Dados exibidos pelo próprio Ministério da Justiça – MJ dão conta de que a taxa de mortes intencionais no sistema prisional é de 8,4 mortes para cada dez mil pessoas, o que faz esse valor sobrepujar em seis vezes a taxa de crimes letais intencionais verificados no Brasil, no ano de 2013. Em outras palavras, a pessoa presa no Brasil tem seis vezes mais chance de sofrer uma morte intencional em relação à pessoa que se encontra solta.

O quadro descrito demonstra que algo não funciona na administração pública carcerária, na medida em que revela um número absolutamente insuficiente de vagas e uma superpopulação carcerária com todos os problemas periféricos atuais, entre eles as revoltas carcerárias e assassinatos em massa de detentos.²

Os números acima apresentados, além de evidenciar a insuficiente estrutura carcerária nacional disponibilizada pelo Poder Executivo em favor dos presos, ainda indicam que algo não está funcionando no Poder Judiciário, pois há um alto índice de

¹ BRASIL. CNJ. *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*. Brasília/DF: jun. 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2017.

² Veja as reportagens: CARAZZAI, Estelita Hass. Detentos fazem motim em prisão do RN; ao menos 26 morrem, diz governo. *Folha Uol*. São Paulo, 14 jan. 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/01/1849960-detentos-comecam-rebeliao-em-presidio-do-rio-grande-do-norte.shtml>>. Acesso em: 27 set. 2017. SERAPIÃO, Fabio; MACEDO, Fausto. Faccão Família do Norte (FDN) mata integrantes do PCC no Amazonas. *Estadão*. São Paulo, 02 jan. 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/facao-familia-do-norte-fdn-mata-integrantes-do-pcc-no-amazonas/>>. Acesso em: 27 set. 2017. SAIBA quais foram algumas das maiores rebeliões em presídios do Brasil. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 02 jan. 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/asmais/2017/01/1846402-saiba-quais-foram-algumas-das-maiores-rebelioes-em-presidios-do-brasil.shtml>>. Acesso em: 27 set. 2017.

encarceramento, especialmente o encarceramento provisório, sem posterior conversão em condenação com regime de cumprimento de pena fechado.

Esse conjunto de fatos suscitou a criação de medidas buscando redução do encarceramento indevido e, em consequência, diminuição da superlotação do sistema prisional brasileiro, destacando-se positivamente um aumento dos números de transação penal e suspensão condicional do processo (na linha da valorização das medidas autocompositivas). A edição da Lei nº 12.403/2011 é exemplo desse movimento, trazendo ao magistrado a possibilidade de substituir a prisão cautelar por outras medidas cautelares (descritas nos arts. 317 a 319 do CPP), especialmente o monitoramento eletrônico³ e a prisão domiciliar,⁴ mostrando-se ferramentas inibidoras do encarceramento mediante a adoção da necessária razoabilidade em cada caso concreto.

Entre as novas medidas editadas por força dessa concepção contemporânea, insere-se a criação da audiência de custódia, cuja realização vem determinada na Resolução nº

213/2015 do CNJ. Este instituto processual centra-se na obrigatoriedade de apresentação de toda pessoa presa a um juiz competente, no prazo máximo de 24 horas, para verificação das condições de sua prisão e a necessidade de sua manutenção. Visa, também, evitar prisões desnecessárias e coibir a prática da tortura e violência policial.

Passados dois anos da edição da Resolução nº 213/2015 do CNJ, apesar de ainda estar em processo de adoção nas centenas de unidades jurisdicionais do país, o instituto – voltado à garantia da dignidade da pessoa humana – já se revela um importante instrumental no trato das prisões efetivadas no país, especialmente as cautelares.

Este artigo se propõe a analisar a audiência de custódia, como surgiu, sua eficácia e também sua consonância com nossa Constituição Federal – CF/88 e nosso sistema processual penal. Como método de abordagem, será utilizado o histórico-dedutivo e as técnicas de pesquisa indireta e bibliográfica.

2 - Audiência de custódia e a dignidade da pessoa humana

A audiência de custódia é um instrumento processual para que toda pessoa presa (em flagrante delito, em cumprimento de mandado de prisão preventiva ou temporária e para aplicação de pena definitiva) seja levada sem demora à presença da autoridade judicial, para avaliação da legalidade da prisão, a necessidade da sua manutenção, a possibilidade de concessão de medidas cautelares diversas e análise da possível prática de tortura ou maus tratos sofridos pelo preso.

O autor Caio Paiva observa que:

O conceito de *custódia* se relaciona com o ato de *guardar*, de *proteger*. A audiência de custódia consiste, portanto, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial, que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério

3 A monitoração eletrônica foi instituída pela Lei nº 12.258/2010, que acrescentou à Lei nº 7.210/84 os artigos 146-B a 146-D, estabelecendo a possibilidade de aplicação do monitoramento eletrônico, pelo juiz de execuções penais, nos casos de concessão dos benefícios de saída temporária (arts. 122 a 124 da LEP) e de prisão domiciliar (art. 117 da LEP). Posteriormente, a Lei nº 12.403/2011 reformulou o Título IX do Livro I do CPP, que cuidava da prisão, da liberdade provisória e, entre outras medidas cautelares, criou a monitoração eletrônica do artigo 319, IX, que constitui medida cautelar de natureza pessoal voltada a garantir a aplicação da lei penal, a conveniência da investigação ou da instrução criminal e evitar a prática de infrações penais (art. 282, *caput*, I, do CPP).

4 A prisão domiciliar pode ser adotada em substituição à prisão preventiva em hipóteses especificamente previstas pela lei (art. 318 do CPP). Porém, apesar de aparentemente o artigo 318 trazer um rol taxativo, existem julgados que admitem essa medida cautelar em substituição à preventiva em outras situações mais benéficas ao acusado, como, por exemplo, se encontrem condições desumanas na unidade prisional, conforme acórdão STJ no HC 142.513/ES, Sexta Turma, Relator Ministro Nilson Naves, j. 23/03/2010, DJe 10/05/2010; ou também quando a prisão preventiva seja excessiva para a apuração da infração, conforme acórdão TRF3 no HC 69.653/SP, proc. nº 0021254-48.2016.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal Cecília Mello, j. 31/01/2017, e-DJF3 09/02/2017.

Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura.⁵

Ao final da audiência de custódia realizada conforme a Resolução nº 213/2015 do CNJ, dependendo dos pedidos formulados pelas partes e da situação apurada, caberá ao juiz que preside o ato: a) decidir pelo relaxamento da prisão ilegal, determinando a expedição do competente alvará de soltura; b) conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança, ou, em alguns casos, a prisão domiciliar (art. 318 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 13.257/2016), determinando de igual sorte, e por conseguinte, a expedição de alvará de soltura; c) substituir a prisão em flagrante por medidas cautelares diversas, e d) converter a prisão em flagrante em prisão preventiva. Também deverá encaminhar para apuração eventual comunicação de prática de tortura ou maus tratos.

A implantação da audiência de custódia permite que o Brasil honre os compromissos assumidos no cenário internacional, bem como princípios constitucionais, especialmente o da dignidade da pessoa humana.⁶

De acordo com Sarlet,⁷ dignidade da pessoa humana deve ser entendida como a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do

Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa garantias contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano.

Para Moraes,⁸ a dignidade da pessoa humana traz consigo a possibilidade de exigir, por parte das demais pessoas, o respeito à sua esfera de direitos, sendo que somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. Com o princípio da dignidade da pessoa humana inserto na CF/88, passa o homem a ser considerado o fim justificante de todo o ordenamento jurídico e de toda a atuação Estatal, que deverão ser voltados à criação e à garantia das condições que se fizerem necessárias à plena realização da pessoa humana, de seu bem-estar.

Vejamos agora como a realização da audiência de custódia vem a cumprir papel constitucional, no sentido de dar efetividade a nossa Constituição Federal, especialmente sob os olhos da dignidade da pessoa humana.

Konrad Hesse, autor de “A força normativa da constituição”, uma das maiores obras contemporâneas do Direito Constitucional, defende a ideia de não se conceber uma norma constitucional dissociada da realidade, de maneira que a pretensão de sua eficácia se encontra umbilicalmente ligada às condições históricas de sua realização, condições essas que podem ser de ordem natural, técnica, econômica ou social.

Aduz, portanto, Hesse⁹ que a norma constitucional não possui existência autônoma em face da realidade, de maneira que a essência de uma Constituição está na sua vigência, que se constitui justamente na situação por ela regulada e que pretende ser

5 PAIVA, Caio. Audiência de custódia: conceito, previsão normativa e finalidades. *Justificando*. São Paulo, mar. 2015. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/03/03/na-serie-audiencia-de-custodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades/>>. Acesso em: 27 set. 2017.

6 BRASIL. CNJ. *Audiência de custódia*. Brasília: 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0a0eb26b96fdeaf529fodeco9b.pdf>>. Acesso em: 09 ago. 2017.

7 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 62.

8 MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 48.

9 HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 15.

concretizada na realidade. Segundo o autor,

[...] constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual de seu tempo.¹⁰

E, no tocante a esse “estado espiritual de seu tempo”, não se deve olvidar que o constituinte da Carta de 1988 elegeu o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos principais vetores de toda a ordem constitucional e, por conseguinte, do Estado Brasileiro em sua atuação.

Por assim dizer, ao materializar a audiência de custódia, cujo substrato já se encontrava em tratados internacionais de defesa de direitos humanos subscritos pelo Brasil, em verdadeira exaltação ao princípio da dignidade da pessoa humana, adquiriu a nossa Constituição força normativa, em especial quando da edição da Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015, expedida pelo CNJ, que regulamentou de forma minuciosa o instituto da audiência de custódia.

É justamente essa disposição em realizar a eficácia da Constituição que Hesse¹¹ define como “vontade de Constituição”, que leva o Estado e a sociedade a orientarem suas condutas, no sentido de realizarem as tarefas, os objetivos, os valores, as ordens que se achem no corpo daquela Constituição, que fará com que ela – a Constituição – converta-se em uma força ativa. E, na tentativa de realizar a “vontade da Constituição”, que tem



como seu princípio basilar o da dignidade da pessoa humana, tão maltratado – senão inexistente – em face do caótico estado em que se acha o sistema prisional brasileiro, o CNJ editou a Resolução nº 213/2015.¹² E, como será demonstrado, é exatamente essa intenção que ainda a mantém intacta e válida, mesmo diante de tantas medidas tentando derrubá-la.

Consoante defendido em minha dissertação de mestrado, na prestação da tutela jurisdicional,

[...] o poder judiciário deverá efetivar os direitos fundamentais tendo por norte, sempre, a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito.¹³

12 Além da Resolução nº 213/2015 do CNJ, compõem este sistema normativo de custodiamento a Recomendação nº 49/2014 do CNJ (Dispõe sobre a necessidade de observância, pelos magistrados brasileiros, das normas – princípios e regras – do chamado Protocolo de Istambul, da Organização das Nações Unidas (ONU), e, bem assim, do Protocolo Brasileiro de Perícia Forense, em casos de crime de tortura e dá outras providências) e a Resolução nº 214/2015 do CNJ (Dispõe sobre a organização e o funcionamento dos Grupos de Monitoramento e Fiscalização (GMF) nos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e nos Tribunais Regionais Federais).

13 CORREA, Elídia Aparecida de Andrade. *A ação civil públi-*

10 *Ibidem*, p. 20.

11 *Ibidem*, p. 19.

3 - Da obrigatoriedade de apresentação do preso em flagrante ao juiz

O respaldo jurídico do estabelecimento do instituto da audiência de custódia no Brasil é encontrado em três tratados internacionais.

O primeiro, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – CADH, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica (1969), foi internalizada no Brasil pelo Decreto nº 678/1992, e prevê em seu artigo 7º (Direito à Liberdade Pessoal), no item 5, que:

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Já o segundo tratado que lhe dá sustentação, e do qual o Brasil é signatário, é aquele denominado Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque – PIDCP, internalizado no Brasil pelo Decreto nº 592/1992, que em seu artigo 9º, item 3, dispõe expressamente que:

3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o

comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

Por fim, o terceiro tratado internacional é a Convenção contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, internalizado no ordenamento jurídico pátrio com a promulgação veiculada no Decreto nº 40/1991, especialmente a regra do artigo 2, item 1:¹⁴

1. Cada Estado Parte tomará medidas eficazes de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de outra natureza, a fim de impedir a prática de atos de tortura em qualquer território sob sua jurisdição.

Não obstante o Brasil ser signatário desses três tratados internacionais prevendo a proteção do preso ou apreendido mediante sua imediata apresentação a um juiz, para o conhecimento do fato e a adoção de medidas protetivas imediatas (inclusive contra a prática de tortura), não há qualquer norma jurídica de caráter geral vigente, a não ser algumas normas esparsas de nossa legislação, que trazem indicação dessa exigência para casos pontuais e específicos.¹⁵

ca como instrumento de efetivação do direito fundamental à inclusão social. Dissertação de mestrado. UENP/Jacarezinho. 2007, p. 254. Disponível em: <<https://www.uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/1955-elidia-aparecida-de-andrade-correa/file>>. Acesso em: 27 set. 2017.

14 Sobre o descumprimento dessa regra, o Brasil foi censurado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Jailton Neri da Fonseca vs Brasil (caso 11.634), envolvendo a morte de um menino por policiais do Estado do Rio de Janeiro em 1992, sendo que referida censura se deu porque não se garantiu a realização da audiência de custódia à vítima, que veio a ser privada de sua liberdade de forma ilegal e, ao final, veio a ser morta sem sequer ter acesso ao Poder Judiciário. Nessa censura aplicada ao Brasil, a CIDH declarou que a privação de liberdade, naquelas condições, foi ilegal “Sem que houvesse qualquer motivo para sua detenção ou de qualquer situação flagrante. Não foi apresentado imediatamente ao juiz. Não teve direito de recorrer a um tribunal para que este deliberasse sobre a legalidade da sua detenção ou ordenasse sua liberdade, uma vez que foi morto logo após sua prisão. O único propósito da sua detenção arbitrária e ilegal foi matá-lo.”

15 Em nosso ordenamento jurídico há algumas previsões legais de apresentação imediata do preso a um juiz para análise da legalidade da prisão. Confira-se o artigo 287 do CPP (“Se a infração for inafiançável, a falta de exibição do

O mais próximo de regra geral sobre esta matéria é o artigo 306 do CPP, que determina a imediata comunicação da prisão de qualquer indivíduo ao juiz, mediante o envio, no prazo máximo de vinte e quatro horas, do Auto de Prisão em Flagrante – APFD. E essa comunicação não é suficiente para que sejam resguardadas as garantias fundamentais do preso em flagrante, na extensão dos tratados internacionais mencionados acima, pois a Corte Interamericana dos Direitos Humanos – CIDH, reiteradas vezes manifestou-se no sentido de que:

[...] o simples conhecimento por parte de um juiz de que uma pessoa está detida não satisfaz essa garantia, já que o detido deve comparecer pessoalmente e render sua declaração ante ao juiz ou autoridade competente.¹⁶

Buscando preencher este vazio legislativo sobre a questão, vários projetos de lei e de emenda constitucional de iniciativa do Senado e da Câmara dos Deputados foram iniciados a partir de 2009.¹⁷ As discussões em torno dessas propostas legislativas trouxeram um debate intenso sobre a necessidade da realização da chamada audiência de custódia, porém até o momento nenhum foi aprovado.

mandado não obstará à prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado”); o artigo 656 do CPP (“Recebida a petição de *habeas corpus*, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar”); o artigo 236, § 2º, do Código Eleitoral (“Ocorrendo qualquer prisão o preso será imediatamente conduzido à presença do juiz que, se verificar a ilegalidade da detenção, a relaxará e promoverá a responsabilidade do coator”); o artigo 171 do Estatuto da Criança e do Adolescente (“O adolescente apreendido por força de ordem judicial será, desde logo, encaminhado à autoridade judiciária”).

16 Apud PAIVA, Caio. Audiência de custódia: conceito, previsão normativa e finalidades. *Justificando*. São Paulo, mar. 2015. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/03/03/na-serie-audiencia-de-custodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades/>>. Acesso em: 27 set. 2017.

17 Podemos mencionar: PLS nº 156/2009 (Novo CPP, hoje tramitando como PL nº 8.045/2010); PLS nº 554/2011; PL nº 7.871/2014; PL nº 470/2015; PEC nº 89/2015.

Diante da ausência de aprovação de algum projeto legislativo e da existência dos tratados internacionais impondo a apresentação “sem demora” do preso à autoridade judicial ou perante outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais, o Poder Judiciário, em vários casos concretos envolvendo esta matéria, passou a adotar entendimento pela aplicação direta dos tratados internacionais que regulavam a matéria, inclusive levando à soltura de indivíduos presos sem que, antes, tivessem sido apresentados imediatamente ao juiz competente.¹⁸ E tal circunstância passou a exigir uma moderação entre todos esses fatores.

4 - Projeto “Audiência de Custódia”

Diante deste quadro, o CNJ buscou criar uma política pública judiciária de trato das prisões efetivadas no país, especialmente as prisões cautelares, em face dos números coletados nos vários mutirões carcerários que realizou, os quais indicavam a necessidade da tomada de atitudes concretas para diminuir a filosofia do encarceramento e, com isso, amenizar os efeitos nefastos da política carcerária que vigorava.

Em consequência, o CNJ lançou o projeto “Audiência de Custódia”, em parceria com o MJ e com o Tribunal de Justiça de São Paulo – TJ/SP, para implantação do programa de forma gradual. Para dar execução ao projeto-piloto, foi emitido o Provimento Conjunto nº 03/2015, da Presidência do TJ/SP e da Corregedoria-Geral de Justiça de São Paulo.¹⁹

O projeto-piloto envolvia a criação da

18 TJ/PR, Quinta Câmara Criminal, HC 1.358.323-2/PR, Relator Desembargador José Laurindo de Souza Netto, j. 23/04/2015, DJ 08/05/2015 (https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/gjZB/content/5-camara-criminal-do-tribunal-de-justica-em-decisao-inedita-decide-pela-realizacao-da-audiencia-de-custodia/18319/pop_up?101_INSTANCE_gjZB_viewMode=print&101_INSTANCE_gjZB_languageId=pt_BR); TRF2, Segunda Turma Especializada, HC 0003188-18.2014.4.02.0000/ES, Relator Desembargador Federal Messod Azulay Neto, j. 20/05/2014 (<https://www.conjur.com.br/dl/audiencias-custodia-trf.pdf>).

19 O referido provimento foi publicado em 27/01/2015.

chamada audiência de custódia na Capital de São Paulo, consistente na apresentação do preso em flagrante a um juiz no prazo de 24 horas, atendendo a preceitos da legislação brasileira e a tratados internacionais dos quais o país é signatário, com foco na eficiência processual e nos direitos humanos.

Em 09 de abril de 2015, após o início da execução das audiências de custódia em São Paulo e em alguns outros Estados, o então Presidente do STF e do CNJ, Ministro Ricardo Lewandowski, o Ministro da Justiça da época, José Eduardo Cardozo, e o então presidente do Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD, Augusto Arruda Botelho, assinaram três acordos de cooperação técnica para facilitar a implementação do projeto “Audiência de Custódia” em todo o Brasil e para viabilizar a aplicação de medidas cautelares alternativas, como o uso de tornozeleiras eletrônicas.²⁰ Após o projeto-piloto de instalação da audiência de custódia na Capital de São Paulo, vários outros projetos foram iniciados em vários Estados²¹ e também em alguns

Tribunais Regionais Federais.

A primeira reação ao projeto-piloto de São Paulo foi a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 5.240, pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil - ADEPOL-BRASIL contra o Provimento Conjunto nº 03/2015.²² Nela, referida associação representativa da classe, interesses, direitos e das prerrogativas dos Delegados Policiais centrou suas alegações na busca pela declaração de sua inconstitucionalidade, com base no artigo 103, IX, da CF/88, sustentando que a normativa impugnada instituiu deveres funcionais não previstos em lei. Sustentava, ainda, que o provimento do Tribunal de Justiça, em sendo um ato meramente regulamentador, não poderia inovar a ordem jurídica, atividade esta reservada exclusivamente à lei, na forma determinada pelo artigo 22, I, e artigo 5º, II, ambos da própria Carta.

A ação foi distribuída ao Ministro Luiz Fux. O plenário do STF, por maioria, conheceu em parte da ADI e, na parte conhecida, julgou improcedente o pedido formulado contra a obrigatoriedade de apresentação, ao Juiz competente, da pessoa detida em até 24 horas após sua prisão para a realização da audiência de custódia. Tal julgamento se deu no tempo recorde de seis meses²³ após seu ajuizamento.

20 O primeiro acordo de cooperação técnica visava a implantação de audiência de custódia nos Estados, de forma a garantir a rápida apresentação do preso em flagrante a um juiz para análise da legalidade da privação de liberdade e a adoção de outras medidas cautelares, com apoio financeiro do MJ para a criação de centrais de monitoração eletrônica, Centrais Integradas de Alternativas Penais e Câmaras de Mediação Penal. O segundo acordo programava a ampliação do uso de medidas protetivas de urgência, o uso de medidas cautelares diversas da prisão, a conciliação e a mediação. Já o terceiro termo de acordo tinha por objetivo elaborar diretrizes e promover a política de monitoração eletrônica, com o uso de tornozeleiras eletrônicas em duas situações: no monitoramento de medidas cautelares aplicadas a acusados de qualquer crime, exceto aos acusados por crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade superior a quatro anos ou que já tiverem sido condenados por outro crime doloso, e no monitoramento de medidas protetivas de urgência aplicadas a acusados de crime que envolva violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência. BRASIL. STF. *Ministro Lewandowski assina acordo para incentivar aplicação de medidas alternativas cautelares*. Brasília, 09 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=289056&cai%20xaBusca=N>>. Acesso em: 27 set. 2017.

21 Durante o lançamento do projeto desenvolvido pelo CNJ acerca da audiência de custódia, no Estado de Minas Gerais, lembrou o Ministro Ricardo Lewandowski, presidente à época do CNJ, que o Brasil era o quarto país que mais

encarcerava no mundo, sendo que 41% dos seus detentos eram provisórios, e que não obstante ser signatário do Pacto de São José da Costa Rica, que prevê a apresentação do preso a juiz no menor prazo possível, os presos aqui passavam em média quatro meses encarcerados para depois verem um juiz, em verdadeira ofensa ao princípio da inocência e da não culpabilidade. BRASIL. CNJ. *Audiência de custódia*. Brasília: 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0a0eb26b96fdeaf529fodeco9b.pdf>>. Acesso em: 09 ago. 2017.

22 STF, Pleno, ADI 5.240/SP, Ministro Luiz Fux, j. 20/08/2015, DJe 29/01/2016 (Informativo STF nº 795 de 2015).

23 Não é demais apontar que no caso do projeto-piloto referido, analisando friamente os fatos e forma como ocorreram, parece ter havido um acerto entre o TJ/SP, o MJ e o CNJ para “emplacar” e fazer funcionar a novidade (onde os fins justificam os meios), como bem posto por Andrade e Alflen: “A impressão que se tem é que o Ministério da Justiça se uniu ao CNJ e ao Poder Judiciário de São Paulo simplesmente para emprestar seu peso político àquele

A Corte afirmou que, em conformidade com o artigo 7º, item 5, da CADH, a determinação de que “toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, teve o condão de sustar os efeitos de toda legislação ordinária nacional conflitante com o referido preceito convencional. Isso em decorrência do caráter supralegal que os tratados sobre direitos humanos possuiriam no ordenamento jurídico brasileiro, como assentado no julgamento do Recurso Extraordinário - RE 349.703/RS.²⁴ Asseverou-se, ainda, que a apresentação do preso ao juiz, no referido prazo, está intimamente ligada à ideia de proteção da garantia fundamental da liberdade prevista em nossa Carta Magna, similar à exigência prevista para a ação de *Habeas Corpus*, sendo o caso de uma interpretação integrativa e teleológica dos dispositivos.²⁵

Continuando a saga da audiência de

projeto-piloto, pois grande parte do custo – financeiro, de pessoal e estrutural – que decorreria de sua execução seria arcado pelo Poder Executivo daquele Estado”. ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. 2. ed. atual e ampl. de acordo com a Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 114.

24 Nesse julgamento do STF, que inclusive levou à edição da Súmula Vinculante nº 25, concluiu-se que: “Há o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.” (STF, Pleno, RE 349.703/RS, Ministro Gilmar Mendes, j. 03/12/2008, DJe 04/06/2009)

25 Cabe aqui uma crítica sobre o julgamento feito pelo STF na ADI 5.240/SP. Ainda que as regras ratificadas da CADH e do PIDCP tenham sido internalizadas no Brasil como norma supralegal, significando que são normas hierarquicamente inferiores à CF/88, mas superiores às leis ordinárias (como o é o CPP), sendo da União Federal a competência para legislar sobre temas atinentes a direito processual e até de concessão de medidas cautelares, ou direito de defesa, entre outros (art. 22, I, CF/88), parece lógico que somente a União Federal poderia editar esse tipo de ato administrativo, e não o Estado de São Paulo.

custódia, foi proposta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347,²⁶ pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, na qual pedia o reconhecimento da violação de direitos fundamentais da população carcerária e pedia providências para a crise prisional do país.

O STF concedeu parcialmente a cautelar solicitada na ADPF, a fim de determinar a todos os juízes e tribunais do país que, no prazo máximo de 90 dias, passassem a realizar audiências de custódia de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão.

Logo após a análise da medida cautelar na ADPF, o CNJ chamou para si o debate da situação carcerária e, em face da insuficiência do ordenamento jurídico nacional para resguardar direitos e garantias da pessoa presa em flagrante delito,²⁷ seja contra abusos, violência ou tortura, e também contra a prisão ilegal ou sua manutenção quando possível a adoção de outras medidas cautelares, votou a necessidade de edição de resolução para efeitos de cumprir a ADPF 347 e para regerar a matéria para todo o país.

A partir dessa votação do CNJ, nasceu a Resolução nº 213/2015, em 15 de dezembro de 2015, com objetivos principais de verificação da existência de maus tratos ao preso quando de sua supressão à liberdade (em combate ao

26 STF, Pleno, ADPF 347/DF, Ministro Marco Aurélio, j. 09/09/2015, DJe 18/02/2016.

27 Pela interpretação da Resolução nº 213/2015 do CNJ, artigo 1º, *caput* e artigo 8º, V, é possível inferir que, mesmo no caso de apreensão de menores, em face ao direito à proteção integral, respeito à condição de estar ainda em desenvolvimento e sua vulnerabilidade social, também sejam apresentados ao juiz, no prazo de 24 horas, para a realização da audiência de custódia. Entretanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) estabelece em sentido diferente, determinando a necessária apresentação ao Ministério Público – MP em caso de flagrante (art. 175) e apresentação perante o juiz no caso de apreensão decorrente de mandado (art. 171). Há, ainda, movimento no sentido de reduzir o prazo para apresentar o menor apreendido, em face do artigo 37.b da Convenção sobre os Direitos da Criança.



crime de tortura) e o exame da legalidade e a necessidade de manutenção da sua prisão (especialmente a prisão provisória cautelar e provisória).

Referida resolução tem encontrado resistência na sua aceitação por parte da doutrina e também de delegados, juizes, advogados e Secretarias de Justiça de alguns Estados, posto que traz, segundo eles, obrigações a serem cumpridas sem a necessária previsão legal e também sem a previsão de estrutura material. Com isso, sua efetiva implementação, apesar de passados mais de dois anos de sua edição, ainda não se deu de forma completa em todo o país.

Não obstante as resistências, constata-se que a implementação do instituto da audiência de custódia tem por finalidade primeira, e imediata, cumprir os tratados internacionais acima mencionados, pois o Brasil os firmou e,

por isso, deve honrar seu compromisso. Além disso, são tratados que envolvem direitos fundamentais, aos quais a resolução visa cumprir, especialmente o princípio maior da dignidade da pessoa humana e também a garantia fundamental da liberdade,²⁸ como já decidido pelo STF na ADI 5.240 e na ADPF 347.

A finalidade da audiência não se resume à mera apresentação do preso à autoridade judicial, pois isto não basta para alcançar seu escopo. É necessário que esta apresentação sirva como instrumento de imediato controle da prisão e das condições em que esta ocorreu. Ainda se destina à rotina de prevenção da tortura e violência policial, colocando-se como forma de assegurar a incolumidade física do preso, ou seja, o direito à integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade, na forma do artigo 5, item 2, da CADH.²⁹

Nesse ponto, importante alertar que a CIDH já decidiu que a apresentação “sem demora” do preso ao Juiz designado para o ato é essencial para a “proteção do direito à liberdade pessoal e para outorgar proteção a outros direitos, como a vida e a integridade pessoal”, posto que “o simples conhecimento por parte de um juiz, de que uma pessoa está detida, não satisfaz essa garantia, já que o detido deve comparecer pessoalmente e apresentar sua declaração ante o juiz ou a autoridade competente”.³⁰

Cumprindo a CADH, vários países adotam a regra de que o preso deve ser apresentado ao juiz ou autoridade jurisdicional, tão logo ocorra sua prisão em flagrante delito. Em relação à América Latina, vale mencionar três exemplos:

²⁸ Artigo 7.5 da CADH e 9.3 do PIDCP

²⁹ Artigo 5.2 da CADH prevê que “Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”.

³⁰ CIDH. Caso Lopes Álvarez vs Honduras. Fundo, reparações e custas. Sentença proferida em 01/02/2006, § 87. Mesmo sentido: CIDH. Caso Tibi vs Equador. Exceções preliminares, fundo, reparação. Sentença proferida em 07/09/2004, § 118.

Na Colômbia, a regra no Código de Processo Penal lá vigente é a de que:

Artículo 2º. [...] En las capturas en flagrancia y en aquellas en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito, el capturado deberá ponerse a disposición del juez de control de garantías en el menor tiempo posible sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes.³¹

No Chile, a Lei nº 19.696/2000 dispõe que:

Artículo 125. Procedencia de la detención. Ninguna persona podrá ser detenida sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después que dicha orden le fuere intimada en forma legal, a menos que fuere sorprendida en delito flagrante y, en este caso, para el único objeto de ser conducida ante la autoridad que correspondiere.³²

No Uruguai, a Constituição Federal, em seus artigos 15 e 16, prevê a apresentação da pessoa presa (em flagrante delito ou por ordem judicial) ao juiz competente, no prazo de 24 horas:

Artículo 15. Nadie puede ser preso sino infraganti delito o habiendo semiplena prueba de él, por orden escrita de Juez competente.

Artículo 16. En cualquiera de los casos del artículo anterior, el Juez, bajo la más seria responsabilidad, tomará al arrestado su declaración dentro de veinticuatro horas, y dentro de cuarenta y ocho, lo más, empezará el sumario. La declaración del acusado deberá ser tomada en presencia de su defensor. Este tendrá también el derecho de asistir a todas las diligencias sumariales.³³

5 – A audiência de custódia é inconstitucional?

Por se tratar de um instituto novo no Brasil,³⁴ vários aspectos da audiência de custódia estabelecida na Resolução nº 213/2015 do CNJ ainda clamam por análise da nossa doutrina e jurisprudência. Considerando o espaço restrito deste artigo, limitar-se-á a análise à questão que atrai maiores discussões, que é exatamente a questão de sua (in)constitucionalidade por ter sido criada por ato administrativo e por violar o devido processo legal.

31 Colômbia, Ley nº 906/2004, art. 2º do Código de Procedimiento Penal (Disponível em: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14787>>. Acesso em: 26 fev. 2018). Tradução livre: “Artigo 2º. [...] Nas prisões em flagrante delito e naquelas em que a Procuradoria Geral da Nação, existindo fundados motivos e, razoavelmente, não tenha condições de solicitar ordem de prisão escrita, os presos devem ser apresentados ao juiz do controle de garantias no menor tempo possível, sem que essa apresentação exceda as seguintes trinta e seis (36) horas”.

32 Chile, Ley nº 19.696/2000, art. 125 do Código Procesal Penal. (Disponível em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>>. Acesso em: 26 fev. 2018). Tradução livre: “Artigo 125. Origem da detenção. Nenhuma pessoa poderá ser detida, exceto por ordem de um funcionário público expressamente autorizado por lei e apenas depois de ser notificado da ordem na forma legal, a menos que seja preso em flagrante delito e, neste caso, com o único propósito de ser apresentado perante a autoridade competente”.

33 Uruguai, Constitución de la República, art. 15 e 16. (Disponível em: <<https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/constitucion>>. Acesso em: 26 fev. 2018). Tradução livre: “Artigo 15. Ninguém pode ser preso, exceto em flagrante delito ou com fortes indícios de prova, por ordem escrita de um juiz competente. Artigo 16. Em qualquer dos casos do artigo anterior, o juiz, sob pena de responsabilidade pessoal, tomará a declaração da pessoa presa dentro de vinte e quatro horas e, no máximo, em até quarenta e oito horas, iniciará o procedimento sumário. A declaração do arguido deve ser feita na presença de seu defensor. Este também terá o direito de participar de todos os procedimentos sumários.” Acrescento que a efetivação da apresentação do preso à autoridade competente pode ser encontrada no artigo 65, alínea “d”; artigo 220 e 266.4, todos do Código de Processo Penal Uruguaio (Lei nº 19.293/2015. Disponível em: <<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp4519773.htm>>. Acesso em: 26 fev. 2018).

34 O Projeto de Lei do Senado nº 554/2011 trouxe a figura da audiência de custódia para os centros de debates e da produção científico-doutrinária, gerando o projeto-piloto supracitado, que tinha o claro objetivo de ver como ela poderia ser implementada no Brasil e quais os problemas geraria.

Há muita discussão sobre a constitucionalidade da Resolução nº 213/2015 do CNJ, posto que cria obrigações que deveriam estar estampadas em lei, formal e material, e não em um regramento administrativo autônomo. Isso porque a audiência de custódia passa a ser uma parte do procedimento criminal, que interfere na condução do inquérito policial, na atuação jurisdicional e na realização de despesas extras pelos órgãos públicos, tais como as diligências de escoltas, admissão de novos servidores públicos, ampliação da atuação jurisdicional. Entre as finalidades da audiência de custódia supramencionadas estão a de impedir prisões ilegais, arbitrárias ou inadequadas, além de servir à apuração da necessidade de manutenção da prisão ou da possibilidade de concessão de liberdade, conversão em prisão domiciliar ou adoção de outras medidas cautelares, como o é a tornozeleira eletrônica.

A Resolução nº 213/2015 é um ato administrativo e foi editada pelo CNJ, que também é um órgão administrativo federal. Tinha ele poderes para regular as regras dos tratados internacionais, porém, em vários pontos, em substituição ao Congresso Nacional, trouxe regras processuais penais e não meramente procedimentais. Com isso, as mesmas críticas feitas à regulamentação dos tribunais estaduais sobre a audiência de custódia também foram feitas ao novo documento administrativo. E, no caso, em alguns aspectos estas críticas têm fundamento.

As regras convencionais acima descritas, que foram recebidas pelo nosso ordenamento como regras supraleais, efetivamente devem ser aplicadas, porém acompanhadas da necessária regulamentação. E tal regulamentação, hoje, se limita à Resolução nº 213/2015 do CNJ, que trouxe em seu bojo grande ampliação das regras convencionais (arts. 7.5 da CADH e 9.3 da PIDCP), inclusive criando obrigações para entes públicos, regras processuais diversas de seus limites, hipóteses de nulidade processual, entre outros.

Claro que não se deve esquecer de que o artigo 2º da CADH prescreve explicitamente que medidas administrativas ou de “outra natureza” poderão ser adotadas³⁵ para a proteção dos direitos que nela são criados. Entretanto, essa regra não pode ter a amplitude nefasta de deixar para um órgão administrativo ferir pilares do Estado de Direito, que são exatamente os princípios da legalidade, do devido processo legal e da separação de poderes. E, em vários pontos, esta resolução do CNJ viola esses princípios. Mais do que isso, justifica a concessão, ao CNJ, de um poder ilimitado, pois pode ele legislar, criar obrigações, julgar e aplicar penalidades àqueles órgãos que descumprirem suas determinações. O desrespeito a esses pilares essenciais rompe com o equilíbrio que o Estado deve ter e que vem amplamente previsto na CF/88 como cláusula pétrea.

Nesse sentido a posição adotada por Guilherme de Souza Nucci ao afirmar que:

[...] mesmo que se considere a referida Convenção acima de qualquer lei, segundo nos parece, quem deve *legislar* sobre o procedimento *nacional* a ser adotado para a audiência de custódia é o Poder Legislativo e não o CNJ, nem qualquer Tribunal Regional ou Estadual. A isto se

35 Dispõe o referido artigo: “Se o exercício dos direitos e liberdade mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”. Para Andrade e Alflen, o espírito da referida Resolução nº 213/2015 do CNJ “é legitimar o Poder Público como um todo a dar aplicabilidade à CADH, a partir do momento de sua ratificação por qualquer Estado-membro. Logo, a utilização de um ato administrativo – no caso, uma resolução – estaria inserida nesta situação. Isso elevaria à condição de ser instrumento apto a regulamentar a audiência de custódia em âmbito nacional, independentemente da atuação do Poder Legislativo, sobretudo, por respeitar as leis locais de organização judiciária e os princípios e mandamentos constitucionais”. ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. 2. ed. atual e ampl. de acordo com a Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 115-116.

chama *legalidade*, que vem sendo vilipendiada por um número excessivo de portarias, resoluções, provimentos e similares, originários dos mais diversos órgãos, sem o menor apego à função do legislador em matéria de direito criminal.³⁶

Nucci afirma, ainda, que na forma como regulamentada, “a audiência de custódia, com a devida vênia, é um modismo, trazendo vários mitos para serem explorados”, mencionando:

[...] c) se juízes precisam conversar com o réu para dar-lhe algum benefício, devemos transportar o interrogatório novamente para o início da ação penal; d) o projeto-piloto em S. Paulo (é interessante um *experimento* com direito humano fundamental indisponível...) vale-se do DIPO (Departamento de Inquéritos Policiais), onde os juízes são designados e removíveis a qualquer tempo; [...] f) a audiência de custódia, se tão importante, deveria estender-se ao Tribunal, para que também o desembargador/ministro possa conversar com o réu e sensibilizar-se; g) se a avaliação da autoridade policial não vale nada, visto que o preso precisa ir à frente do juiz, o destino dos delegados vai mudar completamente; passarão a sair às ruas para investigar e, prendendo, leva-se direto ao juiz; o auto de prisão em flagrante é inútil; [...]³⁷

Já em sentido contrário à posição de Andrade e Alflen, entendendo que a Resolução nº 213/2015 do CNJ,

Não se prestou a criar nenhum instituto, muito menos, em importá-lo ao nosso país, a partir das previsões do CADH. Na verdade, ao ratificar o CADH e o PIDCP, o Brasil internalizou a audiência de custódia por meio de uma norma que,

segundo a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal, detém *status* de norma *supralegal*, significando isso dizer que aquele instituto está inserido em uma norma hierarquicamente inferior à Constituição Federal, mas superior ao CPP, em razão de ele possuir *status* de lei ordinária. Por esse simples motivo, não há que se falar em necessidade de alteração do CPP para que a audiência de custódia possa ser incorporada aos procedimentos a serem observados ao longo de nossa persecução penal.³⁸

Interessante acrescentar aqui que a Associação Nacional dos Magistrados Estaduais – ANAMAGES, buscando discutir a legalidade e constitucionalidade da Resolução nº 213/2015 do CNJ, na parte que criou a audiência de custódia e demais regras administrativas, ingressou com procedimento de controle administrativo perante o CNJ. O Processo Administrativo – PA foi arquivado liminarmente pelo conselheiro Fabiano Silveira e, contra essa deliberação, a Associação ingressou com recurso administrativo, sustentando que a decisão recorrida “adota um verdadeiro *jogo de palavras* para proferir uma decisão de cunho político, e não jurídico”. Isso porque, segundo a recorrente, o ato questionado dá concretude – sob o ângulo administrativo – a uma premissa normativa, levando a se admitir:

[...] que o CNJ ou qualquer outro tribunal legisle norma de caráter processual [...] em confronto com o disposto no artigo 22, *caput*, e inciso I, da Constituição Federal de 1988.³⁹

O conselheiro relator, Fabiano Silveira, em seu voto, reitera os argumentos expendi-

36 NUCCI, Guilherme de Souza. *Os mitos da audiência de custódia*. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/os-mitos-da-audiencia-de-custodia-2>>. Acesso em: 27 set. 2017.

37 *Ibidem*.

38 ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. 2. ed. atual e ampl. de acordo com a Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 115.

39 CNJ - procedimento de controle administrativo nº 0000006-75.2016.2.00.0000.

dos pelo Ministro Luiz Fux nos autos da ADI 5.240, acrescentando que:

Não foi o CNJ, pois, que fixou a obrigação de que o preso seja, sem demora, levado à presença de um juiz. Partindo de uma premissa normativa de caráter supralegal e dotada de eficácia plena, coube ao CNJ tão somente conferir concretude, do ponto de vista administrativo, à garantia fixada nos supracitados instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. Não prospera, assim, data vênua, o argumento de invasão de competência legislativa do Congresso Nacional. Todos os esforços do CNJ foram no sentido de ajustar as balizas administrativas dos Tribunais de tal maneira a superar uma histórica e injustificável omissão.

Entre as regras que são apontadas como excedentes ao poder regulamentador do CNJ, está a fixação do prazo de 24 horas para a apresentação do preso, definida pela Resolução nº 213/2015, pois não obstante a apresentação do preso ao juiz ter previsão geral nos tratados internacionais mencionados, essa determinação de prazo constituiria um excesso da normatização, vez que as normas convencionais supraleais não o fixaram, usando em suas redações o termo “sem demora”.

Este é o entendimento de Andrade e Alflen, que afirmam que a Resolução nº 213/2015 do CNJ, ao prescrever o prazo de 24 horas para a apresentação da pessoa presa ao juiz, “foi além do que comportaria o caráter regulamentar de um ato administrativo”.⁴⁰ Acrescentam que teria sido melhor a resolução ter feito uso da mesma expressão usada pela CADH,

[...] qual seja, a de que a condução da

pessoa presa devesse ocorrer *sem demora*, como acertadamente optou o Poder Judiciário do Espírito Santo. Ou, então, ter seguido a posição prudente do Poder Judiciário do Maranhão, ao estabelecer um lapso temporal mais razoável, dentro do qual aquela audiência deveria ocorrer.⁴¹

Essa crítica, porém, não tem razão de ser, pois tal prazo foi fixado em cumprimento da liminar exarada pelo próprio STF na ADPF 347. Logo, a resolução não poderia ter fixado outro prazo sob pena de descumprimento de ordem judicial ainda vigente.

Aliás, sobre a obrigatoriedade de realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas, o STF recentemente a reiterou, ao conceder liminar na Reclamação – Rcl 25.891/GO, oposta nos autos da ADPF pela Defensoria Pública do Estado de Goiás contra a Resolução nº 35, de 22 de julho de 2015, do Tribunal de Justiça de Goiás – TJ/GO. A Defensoria apresentou a reclamação porque a resolução do TJ/GO afasta a realização da audiência de custódia durante os plantões judiciais ordinários e de fins de semana e que tal ato afrontaria a decisão liminar do STF na ADPF 347. O Relator Ministro Marco Aurélio, em 10/05/2017, deferiu liminar para determinar que o TJ/GO observe o prazo máximo de 24 horas para a realização de audiências de custódia, contado a partir do momento da prisão, inclusive nos fins de semana, feriados ou recesso forense. “Inobservado o prazo indicado, fica configurado o desrespeito ao paradigma”, concluiu.⁴²

Por outro lado, esse prazo de 24 horas pode vir a ser revisto pela Corte Magna pois, diante da carência estrutural pela qual os órgãos públicos passam (Polícias, Ministério Público Federal, Poder Judiciário, Defensoria Pública), tem se mostrado de difícil execução em muitas localidades do país e, em muitas,

40 ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. 2. ed. atual e ampl. de acordo com a Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 117.

41 *Ibidem*, p. 117-118.

42 STF, Rcl 25.891/GO, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 10/05/2017, DJe 11/05/2017.

nem mesmo está sendo cumprido, e isto pode fazer com que, em sendo inexequível, passe a ser tolerada a ampliação do lapso temporal ou até levar à não realização da audiência.

Entretanto, há um aspecto na fixação da realização da audiência de custódia que efetivamente fere a reserva legal, estampada no artigo 13 da Resolução em comento, que é a exigência de sua realização no caso de prisão temporária, preventiva e para execução de pena definitiva. De fato, a justificativa no caso de cumprimento de mandado de prisão preventiva/temporária e prisão definitiva repousaria na aferição apenas da regularidade do ato pelos agente públicos que cumpriram a prisão, vez que, diversamente da prisão em flagrante, tais prisões são determinadas por ordem judicial, donde se deduz que houve um prévio controle jurisdicional sobre a legalidade e pertinência da medida.



Badaró entende que, no caso de prisão temporária ou prisão preventiva, não é necessária posterior análise de sua legalidade, por “decorrerem de prévia e fundamentada decisão judicial”.⁴³ Porém, destaca que, mesmo

assim, se mantém a necessidade da audiência de custódia, pois

[...] a pessoa presa tem direito, com fundamento no art. 7(5) da Convenção Americana de Direitos Humanos, a ser levada, sem demora, perante um juiz, que deverá ouvi-la, e reavaliar a necessidade e adequação da prisão, que poderá ser relaxada, revogada ou substituída por medida cautelar alternativa à prisão, se as circunstâncias do caso assim o indicarem adequado.⁴⁴

Discordando do autor, é importante observar que a crítica não é quanto à possibilidade de criar-se esta regra, mas sim quanto à obrigatoriedade de ser por meio da audiência de custódia em prazo exíguo não previsto em lei, fixado em ato administrativo. A audiência de custódia, com este aspecto urgente e imediato (apresentação em 24 horas) estampado no normativo do CNJ, deve ser reservada para a prisão em flagrante, até porque os objetivos buscados pela normatização do CNJ e Tribunais são destinados a ela: verificar a legalidade da prisão, as condições da prisão (violência ou tortura) e a possibilidade de adoção de outras medidas cautelares.

Quando a prisão se dá por determinação judicial (preventiva ou temporária) ou para cumprimento de pena (condenação em segundo grau ou definitiva), a questão da legalidade já está evidenciada. Como já apontado, a legalidade da prisão ou a adoção de outras medidas cautelares implicam em reanálise de uma decisão judicial já tomada por quem tinha competência e à luz da situação fática.

Não parece ser necessário que o preso seja apresentado a esse mesmo juiz, em 24 horas, para que ele mude decisão anterior. A reversão desta prisão deverá ser objeto de procedimento penal próprio, ou seja, dentro do devido processo legal, talvez até com

43 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Parecer proferido em 31/07/2014*. Encartado ACP nº 8837-91.2014.4.01.3200, 3ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária do Amazonas. DPU vs União Federal. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2698189/mod_resource/content/0/Parecer_AudienciaCustodia_Badaro.pdf>. Acesso em: 27 set. 2017.

44 *Ibidem*.

instrução probatória, incompatível com uma audiência urgente e imediata, limitada em sua gênese, e tornada obrigatória por um ato administrativo.

Da mesma forma, a apresentação desse preso para uma análise destinada apenas à verificação de violência física ou tortura no momento nessas modalidades de prisão (com exceção da prisão em flagrante) parece ser desnecessária, pois o grande e esmagador número de tortura e violência policial injustificada acaba ocorrendo na prisão em flagrante, muitas vezes para responder a uma provocação e até mesmo para obrigar o preso a confessar ou delatar outros envolvidos. Ademais disso, necessária a criação de mecanismos para que esses presos possam se socorrer imediatamente do Judiciário, caso necessário, para demonstrar eventuais maus tratos ou tortura, tal como um exame de corpo de delito efetivamente completo, com fotos ou filmagem em tempo real, devendo o preso responder aos quesitos mínimos já indicados pelo CNJ (Recomendação nº 49/2014); imediata apresentação ao Ministério Público, que tem o grande papel de fiscal da lei e Corregedor institucional das Polícias Civil Estadual e Federal; imediata apresentação do preso ao advogado constituído, advogado dativo ou à Defensoria Pública, que terão meios de comunicar qualquer violação à integridade física ou mental de seu custodiado.

Cabe aqui reconhecer que as duas regras convencionais que servem de referencial para a adoção do artigo 13 da Resolução nº 213/2015 do CNJ têm evidente preocupação com o preso provisório no momento da prática do delito, exigindo sua apresentação imediata ao juiz, para eventual concessão de liberdade ou aplicação de medidas cautelares. Mas quanto ao preso preventivamente ou para o cumprimento de pena definitiva, as regras não parecem impor que sejam imediatamente apresentados ao juiz.⁴⁵

Feitas estas observações, e não obstante as muitas críticas e alegações de ilegalidades e inconstitucionalidades da Resolução nº 213/2015 do CNJ, estas devem ser temperadas em face das suas finalidades, uma vez que além de buscar cumprir tratados internacionais, também almeja atender o princípio da dignidade da pessoa humana, pois não é admissível que um Estado Democrático de Direito permita que um ser humano fique preso ou detido sem necessidade ou por mais tempo do que necessário, ou ainda que se coloque em total vulnerabilidade em um dos momentos mais delicados para sua integridade física, que é exatamente nas primeiras horas de sua detenção, momento em que fica fora de qualquer custódia estatal e sujeito às violações de seu direito de liberdade e, quiçá, de sua vida.

E, por isso, com ou sem ilegalidades, a Resolução nº 213/2015 do CNJ se apresenta como um instrumento de evolução na caminhada do Brasil na efetivação, também, do direito fundamental à inclusão social.⁴⁶

6 - Conclusões

Com os fundamentos acima lançados, necessário tecer as nossas conclusões sobre o tratado até aqui.

1. O instituto da audiência de custódia – previsto na Resolução nº 213/2015 do CNJ – ainda é novo no Brasil e visa um controle judicial mais eficaz sobre as prisões provisórias,

HC 140.512/SP, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 20/02/2017, DJe 23/03/2017.

46 Define-se direito fundamental à inclusão social como sendo “o direito de todos os integrantes da sociedade de dela participar e influenciar na realização dos objetivos comuns, com igualdade de acesso às políticas públicas governamentais previstas constitucionalmente e à justiça digna concreta, como forma de concretizar o exercício da cidadania e dos direitos fundamentais”. CORREA, Elídia Aparecida de Andrade. *A ação civil pública como instrumento de efetivação do direito fundamental à inclusão social*. Dissertação de mestrado. UENP/Jacarezinho. 2007, p. 198. Disponível em: <<https://www.uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/1955-elidia-aparecida-de-andrade-correa/file>>. Acesso em: 27 set. 2017.

45 Decisão do STF determinando a realização de audiência de custódia no caso de prisão preventiva: Medida Cautelar no

para verificar as circunstâncias que motivaram a prisão, sua legalidade, necessidade ou não de manutenção do encarceramento do acusado, a detecção de ocorrência de eventuais abusos de autoridade, inclusive de tortura física ou psíquica, quando do aprisionamento. Tem, ainda, a função de amenizar o caótico cenário do sistema prisional brasileiro.

2. O procedimento da audiência de custódia foi regulamentado pelo CNJ no final de 2015, com vigência em 2016. O Projeto de Lei nº 554/2011 (que dispõe sobre a audiência de custódia) foi aprovado pelo Senado em dezembro de 2016 e encaminhado para a Câmara dos Deputados para discussão em 2017. Portanto, o instituto é novíssimo e ainda não regulado em lei propriamente dita.

3. Não se pode esperar que o instituto da audiência de custódia elimine, por si só, as ilegalidades das prisões no Brasil ou que, sozinho, reprima a tortura policial que acontece mais vezes do que se espera ou se imagina. Mas o *Habeas Corpus social*, como idealizado, pode contribuir em larga escala para a redução da violência estatal no momento da prisão, ou, ainda, restrinja a prisão ilegal provisória.

4. O prazo de 24 horas imposto pela Resolução nº 213/2015 do CNJ, bem como a exigência de apresentação de todo preso ao juiz, nesse prazo, deve ser repensado. Primeiro, porque os tratados internacionais defen-

dem a condução do preso “sem demora” ao juiz ou à autoridade judicial definida em lei, e ousa acrescentar que a “sem demora” deve ser injustificada, pois há situações em que a apresentação do preso se dá depois de prazo maior, como se vê em algumas localidades com dificuldades de locomoção, dificuldades de escolta, etc. Assim, na realidade brasileira, com as carências vividas pelos órgãos jurisdicionais, policiais e órgãos do aparelho estatal de justiça, seu cumprimento deixa de ser efetivo. É preferível um prazo um pouco maior, desde que justificado, do que ocorrer a inefetividade da determinação que já se verifica em vários locais, exatamente em face das dificuldades estruturais. Já a apresentação do preso com ordem judicial prévia ou para cumprimento da pena definitiva deveria receber uma configuração facultativa, adotando-se outras maneiras de preservação da sua integridade física.

5. O correto é que o instituto da audiência de custódia venha a ser definido em lei aprovada pelo Congresso Nacional, estipulando o correto procedimento que deve ser adotado por todas as unidades jurisdicionais do país, bem como deixando claro quais as obrigações de cada ente estatal, a forma de apresentação do preso conforme as várias esferas de competência judiciária e administrativa existentes no país, e prevendo as consequências para o seu descumprimento.

Referências bibliográficas

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. 2. ed. atual e ampl. de acordo com a Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Parecer proferido em 31/07/2014*. Encartado ACP nº 8837-91.2014.4.01.3200, 3ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária do Amazonas. DPU vs União Federal. Disponível em: <https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2698189/mod_resource/content/0/Parecer_AudienciaCustodia_Badaro.pdf>. Acesso em: 27 set. 2017.

BRASIL. CNJ. *Audiência de custódia*. Brasília: 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529fodec09b.pdf>>. Acesso em: 09 ago. 2017.

_____. CNJ. *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*. Brasília: jun. 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2017.

_____. CNJ. *Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resolucao-213-15-12-2015-presidencia.pdf>. Acesso em: 27 set. 2017.

_____. STF. *Ministro Lewandowski assina acordo para incentivar aplicação de medidas alternativas cautelares*. Brasília, 09 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=289056&cai%20xaBusca=N>>. Acesso em: 27 set. 2017.

CARAZZAI, Estelita Hass. Detentos fazem motim em prisão do RN; ao menos 26 morrem, diz governo. *Folha Uol*. São Paulo, 14 jan. 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/01/1849960-detentos-comecam-rebeliao-em-presidio-do-rio-grande-do-norte.shtml>>. Acesso em: 27 set. 2017.

CHOUKR, Fauzi Hassan. PL 554/11 e a necessária (e lenta) adaptação do processo penal brasileiro à convenção americana dos direitos do homem. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, nº 254, p. 2/3, jan./2014.

CORREA, Elídia Aparecida de Andrade. *A ação civil pública como instrumento de efetivação do direito fundamental à inclusão social*. Dissertação de mestrado. UENP/Jacarezinho. 2007. Disponível em: <<https://www.uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/1955-elidia-aparecida-de-andrade-correa/file>>. Acesso em: 27 set. 2017.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

MARTINS, Flademir Jeronimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental*. Curitiba: Juruá, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Os mitos da audiência de custódia*. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/os-mitos-da-audiencia-de-custodia-2>>. Acesso em: 27 set. 2017.

PAIVA, Caio. Audiência de custódia: conceito, previsão normativa e finalidades. *Justificando*. São Paulo, mar. 2015. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/03/03/na-serie-audiencia-de-custodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades/>>. Acesso em: 27 set. 2017.

SAIBA quais foram algumas das maiores rebeliões em presídios do Brasil. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 02 jan. 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/asmais/2017/01/1846402-saiba-quais-foram-algumas-das-maiores-rebelioes-em-presidios-do-brasil.shtml>>. Acesso em: 27 set. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SERAPIÃO, Fabio; MACEDO, Fausto. Faccção Família do Norte (FDN) mata integrantes do PCC no Amazonas. *Estadão*. São Paulo, 02 jan. 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/faccacao-familia-do-norte-fdn-mata-integrantes-do-pcc-no-amazonas/>>. Acesso em: 27 set. 2017.

Da produção antecipada de provas nos benefícios mantidos no âmbito da Seguridade Social



Vanessa Vieira de Mello

Juíza Federal da Seção Judiciária de São Paulo. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Mestre e Doutora em Direito do Estado pela PUC de São Paulo.



Gabriela Azevedo Campos Sales

Juíza Federal da Seção Judiciária de São Paulo. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Constitucional pela PUC de São Paulo.

RESUMO: O presente artigo tem por escopo verificar a abrangência do pedido de produção antecipada de provas que visem à concessão de benefícios mantidos no âmbito da seguridade social. O estudo será iniciado com algumas reflexões sobre o instituto no ordenamento vigente em cotejo com antiga lei processual. Mencionar-se-ão, também, algumas questões específicas, pertinentes aos benefícios por incapacidade na esfera previdenciária. Em continuidade, será examinado o requerimento administrativo, caracterizador do interesse de agir nos pedidos dos benefícios em comento. Trata-se de tema de fundamental importância, mormente no que alude aos pedidos concernentes aos benefícios por incapacidade. Por fim, aspecto importantíssimo do presente trabalho versará sobre a questão da necessidade de o pedido de produção antecipada de provas, em matéria previdenciária e assistencial, ser antecedido, ou não, do prévio requerimento administrativo.

PALAVRAS-CHAVE: Produção antecipada de provas. Seguridade social. Provas. Prévio requerimento administrativo.

RESUMÉ: Le present article a pour objectif verifier la production antecédant de preuves sous La Sécurité Sociale. On comence l'étude par quelques réflexions sous les lois vigentes, en comparaison avec l'antique lois processuel. Il y aura également un certain nombre de problèmes

spécifiques inhérents aux prestations d'invalidité dans le domaine de la sécurité sociale. Dans la continuité, nous traiterons de la demande administrative, caractérisant l'intérêt à agir sur les prestations en question. Ceci est d'une importance fondamentale, d'autant plus qu'il se réfère aux demandes concernant les prestations d'invalidité. L'aspect le plus important de ce document sera la conclusion relative à la nécessité de faire précéder ou non par la demande administrative précédente la demande de production préalable d'éléments de preuve en matière de sécurité sociale.

MOTS-CLÉS: Production précoce de preuves. Sécurité sociale Preuve.

SUMÁRIO: Introdução. I - Comparação entre a produção antecipada de provas no atual e no antigo Código de Processo Civil. II - Descrição do instituto no atual Código de Processo Civil. III - Questões específicas sobre a prova da incapacidade para a concessão de benefícios previdenciários e assistenciais. IV - A importância do requerimento administrativo em matéria previdenciária e assistencial. V - A necessidade de apresentação de requerimento administrativo no âmbito da produção antecipada de provas em matéria previdenciária e assistencial. VI - Conclusões. Referências bibliográficas.

Introdução

Os sistemas de seguridade social têm grande parte de suas prestações e serviços voltados ao atendimento de necessidades sociais decorrentes de doenças ou deficiências incapacitantes para o trabalho e/ou para o desempenho de outras atividades sociais.

Em razão dessa característica, a prova pericial médica ou socioeconômica torna-se essencial ao exercício dos direitos sociais de cunho previdenciário ou assistencial. Por isso, é natural que demandas judiciais concernentes a esses benefícios envolvam o tema da produção da prova, sobretudo pericial.

A essa consideração, de cunho mais geral, agregam-se outras circunstâncias que contribuem para que o tema da produção da prova seja objeto de constantes debates.

Segundo a Organização Internacional do Trabalho, em 2018, o número de desempregados chegará a 11,9% no Brasil.¹ O exercício

diário da atividade jurisdicional em varas federais e juizados especiais federais mostra que o aumento de índices de desemprego traz consigo a elevação do número de pedidos de benefícios por incapacidade.

Além da necessidade de renda e da dificuldade de obtenção de emprego por parte de quem sofre com algum comprometimento à saúde, pode-se indagar se a condição do desemprego não fragiliza, em muito, a saúde da classe profissional, desprovida de meios de acesso ao mínimo de dignidade.

Em um país cujo apanágio são graves distinções sociais, diferenças essenciais pertinentes à qualificação dos profissionais, altíssimos índices de desemprego e dificuldades de acesso a serviços básicos de saúde, muitos são os casos de pedido de benefício por incapacidade.

A enunciação de alguns dados ilustra bem essa afirmação.

¹ MOREIRA, Assis; RITTER, Daniel. Desemprego no Brasil deve cair para 11,9% em 2018, diz OIT. *Valor Econômico*,

22 jan. 2018. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/5274331/desemprego-no-brasil-deve-cair-para-119-em-2018-diz-oit>>. Acesso em: 26 fev. 2018.



Em dezembro de 2016, o INSS concedeu 364 mil benefícios, envolvendo um total de R\$ 482 milhões, dos quais mais de 147 mil foram auxílios-doença (40% do total).

Dados do anuário estatístico do CNJ “Justiça em Números”, relativos aos anos-base 2015, 2016 e 2017, mostram que o assunto mais demandado na Justiça Federal foi, justamente, o auxílio-doença previdenciário.

Mais da metade (60%) das ações judiciais que questionam a decisão do INSS em matéria de incapacidade resultam em decisões que confirmam a conclusão da autarquia.

A vulnerabilidade social decorrente do desemprego, de doenças incapacitantes ou deficiências faz aumentar a necessidade de que processos administrativos ou judiciais sejam concluídos em tempo razoável. Assim, situações de demora na realização de perícias administrativas ou greves de agentes públicos, por exemplo, fazem com que o Poder Judiciário seja instado a conceder provimentos que façam frente a todas essas dificuldades.

Esse conjunto de fatores torna extremamente delicado o trabalho judicial de análise de pedidos decorrentes de incapacidade, apreciação essa que deve ser pautada pelo princípio da dignidade da pessoa humana,

bem como pelos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa elencados, em nossa Carta Magna, como fundamentos da República Federativa do Brasil.

Por tudo isso, a promulgação do Código de Processo Civil e, com ele, de novas regras de direito probatório demanda considerações voltadas especificamente às ações que versem sobre benefícios mantidos no âmbito da seguridade social.

Nesse cenário, este trabalho propõe-se a analisar de forma mais detida os pedidos de produção antecipada de provas que visem à concessão de benefícios previdenciários e assistenciais.

I - Comparação entre a produção antecipada de provas no atual e no antigo Código de Processo Civil

No Código de Processo Civil de 1973, o instituto da produção antecipada de provas estava disciplinado nos artigos 846 a 851, 800 e 861.

As hipóteses de incidência eram *numerus clausus*, concernentes a interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial.

Sob o pálio da lei antecedente, determinava-se a realização do interrogatório da parte ou inquirição de testemunhas em momento antecedente ou durante propositura da ação judicial, antes da audiência de instrução, caso a parte tivesse de ausentar-se ou se, por motivo de idade ou de moléstia grave, houvesse justo receio de que ao tempo da prova já não existisse ou estivesse impossibilitado de depor.

Estava o exame pericial, sob a égide daquele Código, condicionado ao fundado receio de que fosse impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos.

Atrelava-se a produção antecipada de provas à sumária justificação da respectiva necessidade pelo requerente.

E a medida demandava, também, precisão sobre os fatos objeto de incidência da prova.

Da leitura do artigo 800, observa-se que a medida deveria ser requerida ao juiz da causa ou, quando preparatória, àquele competente para conhecer da ação principal.

Força convir não ser possível falar no instituto da produção antecipada de provas, da atual lei processual, sem aludir-se à justificação judicial prevista no artigo 861 do antigo Código de Processo Civil.

Segundo o dispositivo:

Art. 861. Quem pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica, seja para simples documento e sem caráter contencioso, seja para servir de prova em processo regular, exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção.

Assim ocorre porque, no Código de Processo Civil vigente, a produção antecipada de provas não pressupõe, necessariamente, caráter contencioso. Caso não exista, sequer há necessidade de citação de interessado, consoante dicção do artigo 382, § 1º, ora vigente.

Constata-se, portanto, serem mais elásticas e não taxativas as hipóteses em que se defere, à parte, atualmente, produção antecipada de provas.

Hoje, verifica-se, com a prova produzida, eventual possibilidade de conciliação e análise do custo-benefício na propositura de ação.

Trata-se de medida preciosa para que o grau de litigiosidade, extremamente presente em nossa sociedade, possa ser objeto de maior análise por parte do requerente.

II - Descrição do instituto no atual Código de Processo Civil

No Código de Processo Civil em vigor, a produção antecipada da prova consta dos artigos 381 a 383.

Consoante artigo 381:

Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:

I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;

II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito;

III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

§ 1º. O arrolamento de bens observará o disposto nesta Seção quando tiver por finalidade apenas a realização de documentação e não a prática de atos de apreensão.

§ 2º. A produção antecipada da prova é da competência do juízo do foro onde esta deva ser produzida ou do foro de domicílio do réu.

§ 3º. A produção antecipada da prova não previne a competência do juízo para a ação que venha a ser proposta.

§ 4º. O juízo estadual tem competência para produção antecipada de prova requerida em face da União, de entidade autárquica ou de empresa pública federal se, na localidade, não houver vara federal.

§ 5º. Aplica-se o disposto nesta Seção àquele que pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica para simples documento e sem caráter contencioso, que exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção.

O dispositivo indica, com precisão, situações cujo interesse processual se mostre possível ao efetuar o requerimento de produção antecipada de provas.

Vislumbra-se, portanto, não ser norma cuja interpretação se faça restritivamente. Não se há de falar, conseqüentemente, na presença de rol taxativo. Há três hipóteses descritas, cujo enquadramento pode ocorrer em inúmeras situações fáticas e processuais.

Ademais, ao contrário do Código de Processo Civil de 1973, cujo artigo 846 limitava a produção antecipada de provas ao interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e ao exame pericial, o Código de Processo Civil em vigor não estabelece um rol taxativo de meios de prova passíveis de produção prévia.

Primeiro aspecto a ser levado em conta é o de que a produção antecipada de provas, na forma como delineada, não constitui processo de cunho exclusivamente cautelar.

Contudo, força convir haver natureza relativamente cautelar no inciso I, que alude ao receio de “tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação”.

A leitura do texto legal dispositivo evidencia necessidade de interesse da parte na ação principal. Trata-se de condição inarredável para subsunção do pedido no inciso I do artigo 381 do Código de Processo Civil.

E, mais, denota que a demora regular inerente à ação processual, permeada pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, possa inviabilizar a respectiva produção da prova.

Em continuidade, a leitura do dispositivo demonstra outras possibilidades para produção antecipada de provas.

Tem-se no inciso II do artigo 381, ora em comento, possibilidade de futura auto-composição do litígio, em situação em que a parte esteja lastreada por prova técnica que lhe seja favorável.

Vale ressaltar que o instituto da produção antecipada de prova demonstra coerência com a legislação processual brasileira, voltada à solução amigável do processo, princípio norteador do novo Código de Processo Civil. Confirmam-se artigos 3º, § 3º, 165 a 175, 319, 334, 693 a 695, e outros, do atual Código.

Além do perecimento do direito e do escopo conciliador, não se pode aludir ao insti-

tuto da produção antecipada de provas sem se falar na economia processual. Há importante iniciativa, exposta no inciso III do artigo 381 atinente à possibilidade de evitar ou justificar propositura de futura ação.

Referido instituto da produção antecipada de provas conduz à reflexão pertinente ao destinatário da prova no processo. Não se pode pensar na prova voltada, exclusivamente, à apreciação judicial. Seu estudo pressupõe nova mentalidade por parte do operador do Direito. Há que se concluir pela realização da prova dirigida às partes, embasando decisões fundamentais a serem tomadas em momentos posteriores.

Tais decisões podem concernir à propositura de ação, com forte supedâneo, caso a prova produzida se mostre positiva.

Igualmente, pode a parte, *ab initio*, concluir pela inviabilidade da propositura da ação, com efetivo e expressivo ganho de tempo para tanto.

E, melhor ainda, como forma de pronta solução do problema, poder-se-á chegar à conciliação das partes, tornando desnecessária a propositura da ação.

A produção antecipada de provas assemelha-se, em muito, à justificação judicial prevista no Código de Processo Civil de 1973, posto ser aplicável “àquele que pretender justificar existência de algum fato ou relação jurídica para simples documento e sem caráter contencioso, que exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção”. *Vide* § 5º do artigo 381 da norma processual acima transcrita.

Podem ser objeto de prévia produção a prova pericial, a prova testemunhal e depoimento pessoal. Assim, várias situações podem ser asseguradas em tais processos.

No que tange às provas orais, no magistério de Nery, “a oitiva das testemunhas, o interrogatório da parte e/ou o exame pericial deverão ser conduzidos de acordo com o procedimento previsto pelo CPC, para colheita

de prova”.²

Dotado de objetividade, com foco na prova, não se permite, no procedimento em estudo, apresentação, pela parte contrária, de defesa.

Ademais, não há possibilidade de recurso em relação à prova produzida.

A ação de produção antecipada de provas deve ser proposta no foro do domicílio do réu.

Analogicamente, em caso de pluralidade de vários réus, propõe-se aplicação do § 4º do artigo 46 do Código de Processo Civil.³

Em continuidade, importante ressaltar que a leitura do artigo 382 evidencia exigência do legislador na indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos hábeis a embasar a propositura de ação de produção antecipada de provas. Verifica-se, neste contexto, adoção da teoria da substanciação em direito processual civil.

Vale lembrar o disposto no artigo 485, inciso VI, da atual lei processual civil, atinente às condições da ação, correspondentes à legitimidade e ao interesse processual.

E, mais, o dispositivo pede que se indique, “com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair”. Tem-se, neste contexto, exigência de firmeza de propósitos, por parte do autor da ação, com indicação de fato certo e preciso, no que concerne à produção da prova.

Cite-se, à guisa de ilustração, em casos de benefício por incapacidade, pedido de produção de prova pericial para investigar patologia determinada, precisa, da área de especialização médica facilmente identificável.

Não se concebe pedido de produção antecipada de provas para investigação de doença desconhecida, descrita por sintomas pouco identificados, não classificada em especialidade médica, com resultado de realização de sucessivas perícias, em diversas áreas. Assim, o processo judicial não pode ser manejado sem o real interesse de agir, premissa inarredável.

Nota-se, no § 1º, do artigo 382, possibilidade de citação, ou não, de interessados na produção de provas. Tem-se a dupla possibilidade de ser contencioso, ou não, o procedimento adotado.

E, nesta hipótese, não compete ao magistrado qualquer juízo de valor quanto à prova produzida. Tampouco deve fazê-lo no que pertine às consequências jurídicas do quando provado, ou não.

Veicula o § 3º do artigo 382 possibilidade de os interessados ingressarem no procedimento quando houver identidade de fato a ser provado.

Também se infere do dispositivo haver apreciação judicial sobre a eventual demora do procedimento caso haja ingresso de muitos interessados.

Assim, a apreciação judicial versará sobre o bom andamento da produção da prova. Cuida-se de verificação procedimental. Não incidirá sobre o resultado prático obtido no objeto a ser provado, questão adstrita ao mérito do pedido.

Não se há de falar em defesa ou recurso na produção antecipada de provas, exceto em

² NERY JR., Nelson *et al.* *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1012-1013. 2 v.

³ “Art. 46. A ação fundada em direito pessoal ou em direito real sobre bens móveis será proposta, em regra, no foro do domicílio do réu. (...) § 4º Havendo 2 (dois) ou mais réus com diferentes domicílios, serão demandados no foro de qualquer deles, à escolha do autor. (...)”.



caso de total indeferimento da prova pleiteada pelo requerente. Confira-se, a respeito, § 4º do artigo 382 do Código de Processo Civil.

No prazo de um mês, realizada a prova, permanecerão os autos em cartório, com finalidade de extração de cópias e certidões, pelos interessados.

Decorridos os 30 (trinta) dias, devem os autos serem entregues ao requerente da medida.

A precisão do procedimento traz, inclusive, fixação de prazo razoável para eventuais providências pelas partes.

III - Questões específicas sobre a prova da incapacidade para a concessão de benefícios previdenciários e assistenciais

Resumem-se, neste estudo, os benefícios por incapacidade à aposentadoria por invalidez e ao auxílio-doença. Estão descritos nos artigos 42 e 59 da Lei nº 8.213/1991.

Vale mencionar, ainda, os benefícios assistenciais para cuja concessão se demanda, também, avaliação da deficiência e de suas repercussões, paralelamente aos demais requisitos oriundos do artigo 203 da Constituição e legislação correlata.

É sabida necessidade de período de carência de 12 (doze) meses, tanto para concessão de aposentadoria por invalidez como para auxílio-doença.

E o ponto diferencial entre ambos reside na temporariedade, ou não, da incapacidade da parte requerente, que deve manter sua vinculação com a Previdência Social.

Alie-se ao conceito de incapacidade, de ordem médica, a necessidade de verificação, pelo juízo, de incapacidade social.⁴

4 “Comprovação de incapacidade laboral – aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença? É importante distinguirmos com mais precisão os dois benefícios previdenciários por incapacidade. Segundo a Lei 8.213/91, o benefício de auxílio-doença é devido ao segurado que, havendo

IV - A importância do requerimento administrativo em matéria previdenciária e assistencial

O requerimento administrativo, no âmbito previdenciário e assistencial, é questão decidida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário nº 631.240/MG, *in verbis*:

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR.

1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso

cumprido o período de carência, ficar incapacitado para o trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 dias consecutivos (art. 59). A aposentadoria por invalidez, de sua parte, é devida em razão da incapacidade permanente do segurado para o trabalho, que o deixa sem perspectiva de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência (art. 42). Inicialmente é necessário destacar que o que importa para a concessão de benefício previdenciário por incapacidade é a comprovação de que o segurado não se encontra em condições de saúde para o exercício de sua atividade habitual, não sendo relevante se esta decorre da falta de tratamento adequado. (...) Se o laudo pericial e as demais provas encontradas nos autos apontam que é possível a recuperação do segurado para o exercício de sua atividade habitual após a realização de tratamento médico, a cobertura previdenciária deve-se realizar por meio do benefício de auxílio-doença e não pela aposentadoria por invalidez. Não justifica a concessão deste último benefício o argumento de que o segurado já se submete a tratamento médico por longo período e que a concessão do auxílio-doença pode propiciar uma indevida alta médica pela entidade previdenciária, impondo ao segurado a interrupção de seu tratamento médico. (...) Por outro lado, a incapacidade para o trabalho não pode ser identificada apenas a partir de uma perspectiva médica, mas apurada também pela realidade social e pelas condições sociais do segurado. Esse princípio de conformação médico-social da incapacidade para o trabalho deve informar o julgador na tarefa de identificação da incapacidade laboral e também em seu juízo quanto à proteção previdenciária devida em cada caso (se mediante auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez). (...) A análise da incapacidade para o trabalho deve levar em conta, assim, não apenas a limitação de saúde da pessoa, mas igualmente a limitação imposta pela sua história de vida e pelo seu universo social”. SAVARIS, José Antônio. *Direito processual previdenciário*. 6. ed. Curitiba: Alteridade, 2016, p. 3282-285.

haver necessidade de ir a juízo.

2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o esgotamento das vias administrativas.

3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado.

4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo – salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração –, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão.

5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos.

6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir.

7. Nas ações sobrestadas, o autor será

intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir.

8. Em todos os casos acima – itens (i), (ii) e (iii) –, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais.

9. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora – que alega ser trabalhadora rural informal – a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir.⁵

Extraí-se da leitura do julgado estar a tramitação dos pedidos de concessão de benefício por incapacidade condicionados à apresentação, pelo autor, do prévio requerimento administrativo.

Neste sentido:

Interesse de agir em ações de concessão de benefício previdenciário

5 STF, Pleno, RE 631.240/MG, Relator Ministro Roberto Barroso, j. 03/09/2014, DJe 07/11/2014.

A partir do ponto de vista assinalado no tópico anterior, revela-se, em princípio, correta a decisão judicial que, em ação de concessão de benefício previdenciário, extingue o processo sem julgamento do mérito, por carência de ação decorrente da falta de interesse processual (NCPC, arts. 17 e 485, VI; CPC/73, arts. 3º e 267, VI), quando inexistente o indeferimento administrativo, pois não se justificaria a invocação da tutela jurisdicional sob a perspectiva da necessidade. O Poder Judiciário não deve ser visto como um atalho à obtenção da prestação previdenciária que jamais foi analisada pela Administração Pública.⁶

Portanto, há necessidade de buscar o Poder Judiciário somente no caso de impossibilidade de atendimento e de análise da pretensão junto à Administração Pública. A apreciação judicial não pode ser substitutiva da atividade a ser exercida na função administrativa. Por uma questão de coerência interpretativa, a mesma linha de raciocínio que prevaleceu para o exame do interesse de agir nas ações com caráter contencioso deve ser aplicada à produção antecipada de provas.

Esta é a posição do Supremo Tribunal Federal, há muito defendida por boa parte da comunidade jurídica.

V - A necessidade de apresentação de requerimento administrativo no âmbito da produção antecipada de provas em matéria previdenciária e assistencial

A produção antecipada de provas, conforme anteriormente dito, pode revestir-se de caráter cautelar, quando houver receio de tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação.

E pode, também, viabilizar autocomposição entre as partes, além de justificar ou

evitar ajuizamento da ação.

Deveras ricas as possibilidades que ensejam, no atual contexto processual, a produção antecipada de provas.

Assim, não há como analisar o instituto sem indagar a necessidade, ou não, do prévio requerimento administrativo.

Há argumentos válidos para respostas positivas e negativas.

Sob o ponto de vista da necessidade do requerimento administrativo, pode-se aludir ao quanto exposto no artigo 382 do Código de Processo Civil. Estabelece o dispositivo que na petição, “o requerente apresentará as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e mencionará com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair”.

Assim, poder-se-ia imaginar o caso de segurado cuja pretensão verse sobre benefício por incapacidade, cuja negativa no âmbito administrativo o conduziria à intenção de produzir prova em juízo, antes do ingresso de qualquer ação atinente ao pedido do benefício.

De igual forma, é plausível mencionar situação em que a parte se ampara, única e exclusivamente, no direito à formação da prova, à respectiva produção, sem estar vinculada ao pedido de benefício por incapacidade.

É claro que inexistente pretensão judicial desprovida de efeito prático.

Contudo, faz-se necessário pensar se o pedido de produção de prova, descrito nos artigos 381 e seguintes do Código de Processo Civil, é mais amplo que o pedido de concessão de benefício, antecedido da negativa administrativa.

A argumentação feita expressa necessidade de que os operadores do Direito não confundam o direito de produção de provas com toda a sistemática inerente à concessão de benefício, lastreada na prévia resposta negativa, obtida na seara administrativa.

Alie-se a tudo isso o fato de o instituto, sob a atual perspectiva, contar com a possibi-

⁶ SAVARIS, José Antônio. *Direito processual previdenciário*. 6. ed. Curitiba: Alteridade, 2016, p. 3282-285.

lidade de ter, ou não, caráter contencioso. Sua incidência nem sempre cogita de urgência ou da controvérsia existente no âmbito do direito material.

A exigência permanente de requerimento administrativo, em casos de benefícios por incapacidade, pode conduzir à permanente conclusão de tratar-se de procedimento de caráter contencioso.

Sob outra perspectiva, poder-se-ia pensar que não exigir requerimento administrativo, em casos de pedido de produção antecipada de provas, é afastar pronunciamento da Suprema Corte, contido no Recurso Extraordinário nº 631.240/MG.

Muito embora a questão seja de difícil conclusão, inegável é a validade da ampliação das hipóteses de produção antecipada de provas pelo legislador responsável pela elaboração do recente Código de Processo Civil.

VI - Conclusões

I. O instituto da produção antecipada de provas demanda grande reflexão pelos operadores do Direito. Surgiu com novos contornos e impõe manifestação da jurisprudência, com atenta análise relativa ao tema.

II. No antigo Código de Processo Civil, estava taxativamente previsto e ostentava caráter eminentemente cautelar.

III. No atual Código de Processo Civil, contou com alargamento de hipóteses, sem exclusivo caráter acautelatório de direito. Pode ser admitido não somente quando for difícil ou impossível futura verificação dos fatos. É supedâneo de futura autocomposição das partes e constitui medida avaliadora de futura propositura, ou não, de ação.

IV. E é preciso, também, levar em conta

ser a parte a principal destinatária da prova, alterando o pensamento clássico do direito processual cuja conclusão era a de que o magistrado seria o principal foco da prova produzida nos autos.

V. Os benefícios por incapacidade são de larga densidade judicial, mormente em momento de instabilidade econômica e de altíssimo desemprego.

VI. Considerados os elevados índices estatísticos, em ações de benefícios por incapacidade, não se pode olvidar a importância do requerimento administrativo, matéria decidida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário nº 631.240/MG.

VII. Indaga-se, neste estudo, se o instituto de produção antecipada de provas está condicionado, ou não, à apresentação do prévio requerimento administrativo.

VIII. Em um primeiro momento, pode-se aludir à dicção do artigo 382 do Código de Processo Civil, cuja exigência consiste na justificativa da necessidade da produção da prova.

IX. De modo contrário, mostra-se possível reflexão no sentido de que nem sempre há, no âmbito da produção antecipada de provas, caráter contencioso, o que levaria à conclusão de ser dispensável, em tais hipóteses, prévio requerimento administrativo.

X. Assim, para avaliar-se a necessidade de apresentação de requerimento administrativo, no âmbito da produção antecipada de provas em matéria previdenciária, faz-se mister cogitar a respeito do caráter controvertido da demanda, efetivamente existente no âmbito do direito material.

XI. Ao término deste trabalho, não se pode negar a riqueza dada ao instituto, pelo legislador processual brasileiro, ao elastecer as respectivas hipóteses de incidência da pro-

dução antecipada de provas.

Referência bibliográficas

BRASIL. CNJ. *Justiça em números 2016*: ano-base 2015. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

_____. _____. *Justiça em Números 2017*: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

_____. STF, Tribunal Pleno, *Recurso Extraordinário 631.240/MG*, Relator Ministro Roberto Barroso, j. 03 set. 2014, DJe 07 nov. 2014.

CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social*: uma crônica do salário. 9. ed. Trad. Iraci D. Poleti. Petrópolis: Vozes, 2010.

MOREIRA, Assis; RITTER, Daniel. Desemprego no Brasil deve cair para 11,9% em 2018, diz OIT. *Valor Econômico*, 22 jan. 2018. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/5274331/desemprego-no-brasil-deve-cair-para-119-em-2018-diz-oit>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

NERY JR., Nelson et al. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 2 v.

SAVARIS, José Antônio. *Direito processual previdenciário*. 6. ed. Curitiba: Alteridade, 2016.



Jurisprudência

Direito Administrativo



Mazé Leite

APELAÇÃO CÍVEL
0204541-65.1998.4.03.6104
(2007.03.99.005931-9)

Apelante: MARGARETA KODBA
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SANTOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES
Classe do Processo: Ap 1177770
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/02/2018

EMENTA

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. INDENIZAÇÃO PELO DESAPOSSAMENTO ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. A questão central da lide é o pagamento de indenização em virtude de desapossamento administrativo da área de terra de aproximadamente 105,48 hectares, localizada no município de Iguape, por força da edição do Decreto nº 90.347, de 23.10.1984, declarada de proteção ambiental.
2. A limitação administrativa não se equipara à desapropriação, tratando-se, apenas, de direito real de gozo que afeta, parcialmente, os poderes do proprietário quanto a sua utilização, havendo, apenas, limitação de uso.
3. Restou comprovada pela prova pericial que parte da gleba atingida configura-se como área de preservação ambiental permanente relativa à Estação Ecológica dos Chauás, instituída pelo Estado de São Paulo, valendo dizer que ali não havia qualquer tipo de exploração econômica que restasse prejudicado pela criação da “Área de Proteção Ambiental” instituída pelo Decreto nº 90.347 de 23 de outubro de 1984, que aliás não atingiu a gleba em questão.
4. Ausente prova nos autos de que a União Federal, através do Decreto nº 90.347/84, tenha praticado qualquer ato que impedisse a utilização normal do imóvel, valendo ressaltar, por oportuno, a superveniência de limitação administrativa não transformou as restrições já existentes em desapropriação, na medida em que a área continua na posse e no domínio da autora.
5. Observa-se, ainda, que o Decreto nº 90.347/84 não interferiu na interrupção da implantação do loteamento, na medida em que já estava paralisada há pelo menos três anos quando da edição do referido Decreto, até porque o uso imobiliário da propriedade da Autora não restou impossibilitado pela criação da “Área de Proteção Ambiental”.
6. A Área de Proteção Ambiental é uma parcela de uso sustentável que visa a harmonizar o aproveitamento econômico com as imposições imediatas de integridade ambiental. Portanto, não há que se falar em apossamento administrativo pelo ente público com a criação da “Área de Proteção Ambiental” instituída pelo Decreto nº 90.347 de 23 de outubro de 1984, havendo tão somente limitação administrativa de uso afetando, em caráter geral, o direito de propriedade.
7. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de janeiro de 2018.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator):

Trata-se de ação de desapropriação indireta ajuizada por MARGARETA KODBA em face da UNIÃO FEDERAL, objetivando a condenação da requerida ao pagamento da indenização por desapossamento administrativo da área de terra de aproximadamente 105,48 hectares, localizada no município de Iguape, por força da edição do Decreto nº 90.347, de 23.10.1984, declarada de proteção ambiental.

Sustenta, em síntese:

(...)

Em data de 16.06.1978, foi procedido o registro do loteamento implantado no imóvel em referencia, sob o nº 1/31.818, denominado “Rerum Novarum II” com o seguinte plano de loteamento:

“A área total da gleba loteada é de 1.235.394,6 m². O loteamento possui 45 quadras e 787 lotes, com as medidas constantes do memorial.

Resumo: Área das ruas: 203.960,00 m², Área do espaço livre: 168.758,00 m², Área dos lotes: 862.676,60 m².”

9. Muitos anos depois de procedido o registro do loteamento, o MM. Juiz Corregedor Permanente, por mandado judicial dirigido ao Cartório de Registro de Imóveis de Iguape, determinou o bloqueio da matrícula 31.818, em razão de uma incongruência com relação à metragem da área e do plano de loteamento.

10. A Autora, quando das tratativas iniciais para promover a competente ação de retificação da área, tomou conhecimento de que um loteamento vizinho àquele de que se cuida *in casu* havia sido cancelado, precisamente porque a área em que se encontrava inserido tinha sido declarada como de proteção ambiental, por força do Decreto nº 90.347, de 23.10.84.

11. Foi, com efeito, o que ocorreu com o loteamento denominado “Parque Balneário São Jorge”, vizinho ao da Autora, objeto da matrícula 43.682-A, do Cartório de Registro de Imóveis de Iguape.

(...)

13. Ocorre, todavia, que o loteamento da Autora encontra-se exatamente na mesma área abrangida pelo referido Decreto e, desta forma, é evidente que de nenhuma valia seriam as diligências destinadas à retificação da área, visando sanar-se a incongruência apontada na decisão que determinou o bloqueio da Matrícula, já que, de qualquer forma, o loteamento não poderia ser levado a efeito face as restrições impostas pelo Decreto criador da APA.

(...)

15. Desta forma, estando a área do loteamento inserida na área de proteção ambiental, restou tolhido o exercício do direito de propriedade, à vista do apossamento administrativo levado a efeito por meio do Decreto nº 90.347, de 23.10.84, em que pese não ter sido promovida a averbação deste Decreto na matrícula, como competia à Ré.

(...)

18. Posteriormente, as restrições e proibições constantes do Decreto nº 90.347/84 atingiram frontalmente aquele parcelamento de solo e, em que pese a inexistência de regular averbação à margem da matrícula, impedem seja dado ao imóvel a destinação pretendida.

19. Neste diapasão, nem há como se argumentar que o Decreto Federal tenha apenas restringido o uso da propriedade, pois, como já afirmado, as restrições e limitações ditas pelo mesmo impossibilitam o pleno aproveitamento da área.

20. Não se trata, com rigor de verdade, de mera limitação ao uso, mas de efetiva indisponibilização, que subtraiu da Autora o direito de livremente dispor dos lotes de sua propriedade.

(...)

27. Se o Decreto teve o condão de impedir que a Autora explorasse a propriedade da maneira pretendida após o parcelamento do solo, alterando-lhe substancialmente a destinação, resta plenamente caracterizado o desapossamento administrativo.

28. Não sendo o caso de reintegração de posse e retorno da área ao status quo ante, em virtude da definitiva impossibilidade de manutenção do loteamento, outra alternativa não resta à Autora senão pleitear a indenização por ter sido violada em seu direito, por ato do Poder Público.

(...)

O ato da Ré, consubstanciado na promulgação do Decreto nº 90.347/84, configurou verdadeiro desapossamento administrativo, na medida em que tolheu da Autora o direito de usar e dispor de sua propriedade de forma pretendida, alterando-lhe substancialmente a destinação.

Citada, a União Federal contestou a ação, arguindo preliminarmente a prescrição quinquenal da ação e, no mérito, pedindo que a ação seja julgada totalmente improcedente.

À fl. 84, o juízo *a quo* determinou o seguinte:

1. Partes legítimas e bem representadas. Não havendo nulidades nem irregularidades a suprir, dou o feito por saneado.
2. Afasto a prescrição quinquenal arguida pela ré, pois trata-se especificamente de desapropriação indireta, a qual segundo a Súmula 219, do STJ, prescreve em vinte anos.
3. Cuida-se de perícia, que poderá aclarar a controvérsia.
4. Determino, portanto, a realização de prova pericial e nomeio o Perito Judicial Rogério Marcos de Oliveira, que deverá apresentar em Cartório, no prazo de 10 (dez) dias, proposta de honorários definitivos e provisórios, em conformidade ao art.10 da Lei nº 9.289, de 04.07.1996.
5. As partes deverão indicar Assistentes e formular quesitos em 5 (cinco) dias. Intimem-se.

Às fls. 160/258, o engenheiro Civil Osvaldo José Valle Vitali apresentou o Laudo de Vistoria, lavrado e consubstanciado.

Consta do Laudo de Vistoria:

(...)

2.3- Limites da Área de Proteção Ambiental do Decreto 90.347/84

A Área de Proteção Ambiental instituída pelo Decreto nº 90.347 de 23 de outubro de 1984, abrange na região de interesse de apenas a faixa de terras compreendida entre o “Mar Pequeno” e a Rodovia Estadual SP-222, de sorte que o loteamento em questão não é atingindo diretamente pela APA.

Na planta do IGC, que segue como anexo 1.1 está assinalado em verde os limites da área de proteção ambiental, na região de interesse do loteamento.

2.4 - Limites da Estação Ecológica Estadual dos Chauás.

Uma porção da área posterior da gleba do loteamento “Rerum Novarum II” é abrangida pela

Estação Ecológica dos Chauás, criada pelo Decreto Estadual nº 26.619 de 6 de fevereiro de 1987, em área correspondente à antiga Reserva Estadual de 18 Perímetro, objeto do Decreto Estadual nº 12.327 de 26 de setembro de 1978.

Os limites da referida estação ecológica foram lançados em verde nas plantas do IGC, que seguem como anexos 1.1 e 1.2. Para tanto, foram obtidos junto ao Instituto Florestal de Registro, os pontos coordenados dos vértices da poligonal das divisas da estação ecológica, para plotá-los em planta.

3- ANÁLISE

3.1- Restrições Ambientais

Conforme já mencionado anteriormente, a gleba do loteamento em questão não é abrangida pela Área de Proteção Ambiental instituída pelo Decreto Federal nº 90.347/84, de sorte que as restrições advindas da referida legislação não se aplicam ao imóvel.

Por outro lado, uma porção da gleba do loteamento, situada sua parte posterior, é atingida pela Estação Ecológica Estadual dos Chauás. Nessa área atingida da gleba, a restrição ao uso e ocupação é total.

A porção remanescente da gleba está inserida na área envoltória da APA e da Estação Ecológica dos Chauás, definida na Resolução CONAMA nº 13/90 como sendo as áreas circundantes das unidades de conservação, num raio de 10 quilômetros.

(...)

Não obstante, em todos os órgãos citados, o signatário foi informado de que, atualmente, a exploração da gleba está prejudicada em razão do Decreto Federal nº 750 de 10 de fevereiro de 1993, em razão do seu artigo 1º, que proíbe o corte, a exploração e a supressão de vegetação primária ou nos estágios avançado e médio de regeneração da Mata Atlântica.

“Art. 1º- Ficam proibidos o corte, a exploração e a supressão de vegetação primária ou nos estágios avançado e médio de regeneração da Mata Atlântica”.

Cabe aqui destacar que as restrições ao desmatamento da gleba do loteamento em questão não são recentes. No escritório do DEPRN em Iguape, o signatário compulsou o processo administrativo 176.355/1977, que trata do pedido de autorização para desmatamento da gleba do Loteamento “Rerum Novarum I”, vizinho ao loteamento em questão.

Muito embora o referido processo tratasse do loteamento vizinho- “Rerum Novarum I”-o signatário constatou que a Autorização de Desmatamento nº 251/83-URRE, expedida em 19 de setembro de 1983, cuja cópia segue como anexo 3, abrangeu a área dos dois loteamentos “Rerum Novarum I” e “Rerum Novarum II”.

Essa constatação pode ser feita pela planta que acompanha a citada autorização de desmatamento, cuja cópia colorida segue com anexo 4.

Nessa planta estão indicadas: em vermelho, as áreas a serem desmatadas em corte raso, correspondentes às ruas projetadas; em amarelo, a cobertura florestal remanescente, inclusive a reserva obrigatória prevista no Código Florestal; em verde, as áreas de preservação permanente, conforme convenção de cores indicada no item V da Autorização de Desmatamento nº 251/83-URRE.

Note-se que na referida planta, mais da metade da superfície das glebas de ambos os loteamentos está indicada como área de preservação permanente (cor verde). Portanto, as restrições ao desmatamento da gleba são anteriores ao Decreto Federal 90.347/84 que criou a APA - Cananéia - Iguape- Peruíbe.

(...)

5. RESPOSTA AOS QUESITOS FORMULADOS

5.1.Quesitos da União Federal (fls. 84v)

Quesito a) delimitação do imóvel-objeto da ação, no que pertine à Área de Proteção Ambiental - APA- de Cananéia, Iguape e Peruíbe.

Resposta: De acordo com a planta de fls. 117, que delimita as unidades de conservação ambiental na região em estudo, a Área de Preservação Ambiental de Cananéia - Iguape - Peruíbe

abrange apenas uma faixa de terras compreendida entre o “Mar Pequeno” e a Rodovia SP-222. Assim sendo, a área de preservação ambiental instituída pelo Decreto nº 90.347/84 não atinge a gleba do “Loteamento Rerum - Novarum II”. A planta que segue como anexo 1.1 deste laudo mostra os limites da gleba do loteamento e da APA.

Quesito b) - uma vez delimitada a área litigiosa, informar sobre a existência de restrição imposta pelo artigo 10 e 16 do Código Florestal (Lei nº 4.771/65);

Resposta: O artigo 10 do Código Florestal não se aplica ao caso vertente, pois a área em questão é plana e o referido artigo trata da proibição de derrubada de florestas situadas em áreas de inclinação entre 25º a 45º.

Já o artigo 16 estabelece algumas limitações à exploração de florestas de domínio privado, não sujeitas ao regime de utilização limitada e ressalvadas as de preservação permanente, definidas nos artigos 2 e 3 do referido Código Floresta. A limitação prevista para o caso em questão, é a reserva obrigatória de floresta correspondente à 20% da área total de propriedade. Acerca das restrições ambientais, o signatário reporta-se ao item 3 deste laudo, onde a questão foi abordada de forma mais abrangente.

Quesito c) caso afirmativo o item anterior, informar sobre a possível utilização comercial do supracitado imóvel

Resposta: De acordo com o exposto no item 3.1 deste laudo, a utilização comercial do remanescente do imóvel, que não é atingido pela Estação Ecológica Estadual dos Chauás, encontra-se prejudicada por conta do disposto no artigo 1º do Decreto Federal nº 750 de 10 de fevereiro de 1993, que proíbe o corte, a exploração e a supressão de vegetação primária ou nos estágios avançado e médio de regeneração da Mata Atlântica.

5.2 - Quesitos do Autor (fls. 87)

Quesito 1- Queiram os Srs. Peritos informar a localização exata do loteamento Rerum Novarum II.

Resposta: Os limites aproximados da gleba do Loteamento “Rerum Novarum II” estão indicadas na planta que segue como anexo 1. A localização exata do loteamento fica prejudicada por conta da retificação do registro imobiliário que não foi levada à cabo pela Autora, conforme já mencionado na introdução deste laudo.

Quesito 2- Considerando-se a resposta do quesito anterior, queiram os Srs. Peritos informar se o empreendimento ou parte dele encontra-se abrangido pela Área Proteção Ambiental Cananéia-Iguape-Peruíbe, instituída pelo Decreto 90.347/84.

Resposta: Favor reporta-se ao quesito “a” da série da Requerida, que trata da mesma questão.

Quesitos 3- Queiram os Srs. Peritos informar se parte do loteamento encontra-se situado na área de entorno da APA- Cananéia - Iguape-Peruíbe, nos termos da Resolução CONAMA 13/90.

Resposta: Sim, toda a gleba do loteamento “Rerum Novarum II” encontra-se no interior da área circundante da unidade de conservação compreendida num raio de 10 (dez) quilômetros.

Quesitos 4- Queiram os Srs. Peritos informar se, devido à localização do empreendimento, há lotes mais valorizados que outros. Cite-se, por exemplo, aqueles localizados próximos aos sistemas de recreio, como os da quadra “IZ”, “WZ”, “EY” e “AZ”, esta última próxima à praia.

Resposta: Pelo que apurou da pesquisa de preços realizada, o valor dos lotes é inversamente proporcional à distância deles em relação à rodovia, isto é, quanto maior a distância da rodovia, menor o valor.

Quesitos 5 - Queiram os Srs. Peritos informar o valor de mercado de cada um dos lotes remanescentes do empreendimento - identificados com destaque em amarelo na planta anexadas aos autos em 09.09.98 - apurado à época da edição do Decreto 90.347/84, considerando-se as suas características, mormente sua localização, inclusive dentro do próprio empreendimento, nos termos do quesito anterior.

Resposta: Favor reportar-se à planilha do anexo 11, relativa à avaliação dos referidos lotes, onde constam os cálculos e o valor estimado para cada um dos lotes indicados na planta de fls. 43.

O juízo *a quo* determinou a manifestação das partes sobre o laudo pericial (fl. 263).

A parte autora e a União Federal manifestaram-se sobre o laudo pericial às fls. 269/276, 278/284 e 291, respectivamente.

O Perito Judicial apresentou sua manifestação acerca da impugnação parcial oferecida pela autora (fls. 303/356).

Reproduzo trecho do quesito suplementar respondido pelo Perito Judicial:

Quesito 1- Queiram os Srs. Peritos informar se, considerando-se especificamente o caso dos autos e a localização ao imóvel na área de entorno do APA Cananéia-Iguape-Peruíbe (cf. resposta ao quesito nº “3” formulado pela Autora), é possível a realização, no imóvel, de obras e terraplanagem, abertura de canais, construção de edificações, implantação e projeto de urbanização ou qualquer atividade que importe alteração das condições ecológicas locais?

Resposta: Não. Nos termos da atual legislação ambiental não é possível realizar no local qualquer das atividades mencionadas no quesito, pois todas implicam no desmatamento da área. (...)

Considerando que a gleba onde foi projetado o loteamento Rerum Novarum II possui cobertura vegetal primária de Mata Atlântica, excetuados alguns trechos de rua que já foram desmatados, como pode-se verificar pelas fotografias de fls. 180/200, bem como pela planta de fls. 173, e tendo em vista que o parcelamento da gleba não apresenta utilidade pública ou interesse social, conclui-se que a realização de atividades mencionadas no quesito ficam prejudicadas, pois necessariamente implicam no desmatamento do terreno, o que está proibido por força do Decreto Federal nº 750/93.

Ressalvadas as porções da APA classificadas como Zonas de Vida Silvestre, onde as restrições são praticamente totais, constata-se que o Decreto Federal nº 90.347 prevê a possibilidade da realização de obras de terraplanagem e abertura de canais, inclusive, implantação de projeto de urbanização no interior da APA, desde que as condições ecológicas locais não sejam sensivelmente alteradas por tais obras.

Se o Decreto Federal nº 90.347 prevê a possibilidade da realização de tais obras no interior da APA, sob determinadas condições, o mesmo vale para a área de entorno, definida pela Resolução CONAMA Nº 13 (v. anexo 3).

(...)

Cabe destacar que a parte posterior da gleba é atingida pela Estação Ecológica dos Chauás, conforme assinalado nas plantas de fls. 173/174. Nessa porção, a restrição ao uso é total em razão da própria finalidade da reserva ecológica, que é preservar permanentemente a biota local.

Assim, é lícito afirmar que, atualmente, um loteamento nos moldes do “Rerum Novarum II” não seria possível de ser implantado no local por conta da proibição de desmatamento da gleba e por ela ser parcialmente atingida pela Estação Ecológica dos Chauás.

Em resposta ao laudo pericial, a parte autora requereu a intimação do Sr. Perito para que responda ao quesito suplementar (fls. 361/369).

À fl. 373, manifestou-se a União Federal quanto ao laudo pericial.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 375/377.

O juízo *a quo* acolheu a manifestação do MPF, determinando a intimação do Sr. Perito Judicial para que prestasse os esclarecimentos requeridos pelas partes e pelo MPF (fl. 379).

Por sua vez, o Perito Judicial apresentou manifestação acerca dos esclarecimentos solicitados pelas partes e pelo Ministério Público Federal (fls. 385/400):

ESCLARECIMENTOS AO LAUDO PERICIAL REQUERIDOS PELAS PARTES E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

1ª PARTE- ESCLARECIMENTOS REQUERIDOS PELA RÉ UNIÃO FEDERAL (FL. 373).

(...)

e) Os limites das terras devolutas do Estado

(...)

Com base nessas plantas adrede organizadas, às quais o signatário reporta-se, constata-se que o loteamento projetado ultrapassa os limites das terras devolutas do Estado, consignados no Decreto nº 12.327/78.

A parte do loteamento que está superposta à área estadual é aquela que o signatário grafou nas plantas de fls. 173 e 174 como “Porção da Gleba atingida pela E.E.C” (E.E.C. são iniciais de Estado Ecológica dos Chauás).

f) A Estação Ecológica dos Chauás

O Decreto Estadual nº 26.719, de 6 de fevereiro de 1987, cuja cópia segue em anexo (v. anexo 2), criou a Estação Ecológica dos Chauás nas área das terras devolutas em foco, objeto do Decreto Estadual nº 12.327.

Art. 1º-criada a Estação Ecológica dos Chauás em área de terras devolutas vagas situada no 18º Perímetro de Iguape, objeto do Decreto Estadual nº 12.327, de 26 de setembro de 1978.

O perímetro da área de terras devolutas do Estado, onde fica criada a Estação Ecológica dos Chauás, consta das plantas de fls. 116 e 117, que tratam da localização das Unidades de Conservação Ambiental naquela região.

III- CONCLUSÃO

Segundo o que foi exposto, concluiu-se que o plano de loteamento “Rerum Novarum II”, aprovado e levado a registro pela Autora, excede os limites da propriedade matriculada no cartório imobiliário e avança sobre terras devolutas do Estado, superpondo-as parcialmente. Nessa área superposta estão inseridas as quadras localizadas mais ao fundo do loteamento, inclusive, alguns dos lotes assinalados em amarelo pela Autora na planta de fls. 43.

2ª PARTE- ESCLARECIMENTOS REQUERIDOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (FLS. 375/377)

III- RESPOSTA AOS QUESITOS DE ESCLARECIMENTOS FORMULADOS

QUESITO 01: “Explicar qual a área da gleba do loteamento efetivamente sujeita às restrições da Estação Ecológica dos Chauás, e quais as implicações decorrentes, uma vez que à fl. 164 consta informação de que parte da gleba está inserida na citada Estação Ecológica e outra área está inserida na área desta e na área envoltória da APA.”

(...)

O exame circunstanciado das descrições constantes dos Decretos Estaduais nºs 12.327/78 e 26.719/87, que tratam da área da Estação Ecológica (v. anexos 1 e 2), em confronto com a planta das terras devolutas discriminadas do 18º Perímetro de Iguape, que este perito examinou na Procuradoria Geral do Estado, na cidade de Santos, em diligência que fez àquele órgão em razão destes esclarecimentos, indica que a Estação Ecológica dos Chauás não abrange glebas particulares, mas apenas terras devolutas vagas do Estado.

(...)

Por conseguinte, é de se concluir que a área da Autora, que é particular e restrita aos limites da primitiva Gleba nº 48, da qual foi desmembrada, não pode estar inserida na estação ecológica. A inserção de parte do loteamento projetado na estação ecológica, que o signatário apurou, advém, ao que tudo indica, do vício existente no registro imobiliário e não de ato praticado pelo poder público.

Sob esse enfoque, é de se concluir que a gleba da Autora não é atingida pela área da Estação Ecológica dos Chauás. Cabe, pois, retificar o laudo pericial nesse aspecto.

A gleba da Autora, porém, está integralmente contida na área envoltória da referida estação ecológica, nos termos da Resolução CONAMA nº 13, de 6 de dezembro de 1990 (fls. 338).

. Quantos às restrições

A Resolução CONAMA nº 13/90

(...)

No caso em foco, as atividades passíveis de afetar a biota da Estação Ecológica dos Chauás ainda não foram definidas pelo órgão responsável.

De qualquer forma, ainda que fossem definidas tais atividades, meses antes da publicação da Resolução CONAMA 13/90, já havia entrado em vigor o Decreto Federal nº 99.547/90, relativo à Mata Atlântica, que durante a sua vigência obstruiu qualquer possibilidade de licenciamento na área da Autora.

O Decreto Federal nº 99.547/90

(...)

A gleba da Autora, por possuir vegetação do Domínio Mata Atlântica em toda a sua extensão, sofreu a restrição direta dessa nova legislação.

O Decreto Federal nº 99.547/90 foi posteriormente revogado pelo Decreto Federal nº 750/93.

O Decreto Federal nº 750/93

(...)

A despeito da proibição de caráter geral, o corte da vegetação secundária nos estágios inicial, médio e avançado de regeneração da Mata Atlântica, foi admitido nos artigos 4º e 5º sob determinadas condições, entretanto, no tocante às áreas envoltórias das unidades de conservação, como a do caso em tela, o artigo 7º do Decreto Federal nº 750/93 vedou a exploração de sua vegetação:

A Resolução CONAMA nº 10/93

(...)

Os instrumentos legais mencionados acima (Plano de Manejo, Zoneamento Ecológico/Econômico ou Plano Diretor), que devem definir os limites da área circunvizinha do artigo 7º do Decreto nº 750/93, ainda não foram elaborados para a Estação Ecológica dos Chauás.

(...)

Conclusão

A Estação Ecológica dos Chauás deve possuir uma zona de amortecimento para proteção da sua biota, conforme artigo 25 da Lei Federal nº 9.985/00.

Essa zona de amortecimento atingirá a gleba da Autora numa extensão ainda não conhecida, pois a delimitação da referida zona ainda não foi definida pelo órgão responsável.

Da mesma forma, as normas específicas de uso e ocupação relativas à zona de amortecimento também não foram definidas até a presente data.

Todavia, tendo em vista a finalidade da Estação Ecológica é proteger integralmente a sua biota, anteaver que as restrições de uso e ocupação dessa zona sejam bastante severas, senão plenas. O remanescente da gleba não atingindo pela zona de amortecimento- se é que haverá remanescente - em tese, poderia ser utilizado, desde que a atividade pretendida não prejudicasse a biota da Estação Ecológica e fosse previamente licenciada, nos termos da Resolução CONAMA nº 13/90, abstraindo-se, bem entendido, as restrições decorrentes da vegetação de Mata Atlântica da gleba, que ocorrem, independentemente da existência ou não da estação ecológica.

(...)

QUESITO 02: Delimitar quais as consequências diretas da gleba localizar-se na área envoltória da APA, especificando de que modo a propriedade foi atingida com o advento do Decreto 90.347/84 no que tange exclusivamente à área envoltória, uma vez que já esclarecido que o loteamento não se encontra na Área de Proteção Ambiental;

RESPOSTA:

A Área de Proteção Ambiental Cananéia- Iguape- Peruíbe (APA/CIP) é uma unidade de conservação de “Uso Sustentável”, que tem por finalidade compatibilizar a conservação da natureza com a utilização de parte de seus recursos naturais.

(...)

A consequência direta que sofre a gleba da Autora por estar localizada na área envoltória da APA/CIP, abstraídas as restrições advindas da Estação Ecológica dos Chauás e da vegetação de Mata Atlântica, é a exigência do licenciamento ambiental, nos termos da Resolução CONAMA nº 13/90.

(...)

Considerando tão somente a existência da APA/CIP, o signatário entende que o uso imobiliário da propriedade da Autora poderia estar sujeito a algumas adaptações para adequá-lo à presença desta unidade de conservação, mediante licenciamento ambiental, todavia, não restaria impossibilitado.

QUESITO 03- Explicar quais as restrições acrescentadas ao loteamento, afora as já existentes anteriormente, no que tange a área envoltória em que se localiza, com a instalação da área de preservação ambiental.

RESPOSTA:

A criação da APA/CIP, por si só, não trouxe restrições diretas à área da Autora, pois não o atingiu. Com o advento da Resolução CONAMA nº 13/90, o licenciamento ambiental de qualquer atividade pretendida na gleba da Autora passou a ser obrigatório.

Isso não significa que o uso do bem teria ficado impossibilitado. Este perito entende que, se não houvessem as restrições decorrentes do entorno da Estação Ecológica dos Chauás e da vegetação de Mata Atlântica, que cobre a gleba da Autora, a mesma poderia ser utilizada, inclusive para empreendimentos imobiliários, como já comentado na resposta dada ao quesito anterior.

O que entrava o uso da gleba da Autora, afora os problemas registraes já comentado, que são relevantes, é a conjunção das disposições da legislação ambiental relativa à vegetação de Mata Atlântica presente no interior da gleba e à área envoltória da Estação Ecológica dos Chauás, que vedam o corte da vegetação.

A APA/CIP, por ela própria, contribui de forma secundária no contexto das restrições ambientais decorrentes da Estação Ecológica dos Chauás e da vegetação de Mata Atlântica.

3ª PARTE -ESCLARECIMENTOS REQUERIDOS PELA PARTE AUTORA (FLS. 361/369)

(...)

As obras de urbanização realizadas para implantação do loteamento resumiram-se na abertura (desmatamento) de alguns leitos de rua, que o signatário assinalou em amarelo na planta de fls. 173, sendo que essas obras não mais evoluíram desde 1980/1981, segundo inferiu este perito cotejando a situação observada na ocasião da vistoria realizada em novembro de 2000, com aquela mostrada na planta de fls. 173, elaborada a partir de fotografias aéreas datadas de 1980/1981, pois a situação atual corresponde exatamente àquela mostrada na planta de fls. 173, cuja figuração remonta aos anos de 1980/1981.

Daí a certeza de que as obras de implantação do loteamento restringiram-se ao desmatamento do leito de algumas poucas ruas, assinaladas em amarelo na planta de fls. 173, paralisadas desde 1980/1981.

Ante a inexistência física do parcelamento efetivamente concluído, cuja incipiente urbanização já estava paralisada há, no mínimo, três anos antes da criação da APA/CIP, este perito elaborou alternativamente uma segunda avaliação, considerando desta feita a área bruta, não urbanizada, como de fato encontrava-se quando da edição do Decreto nº 90.347, de 23 de outubro de 1984, que criou a APA.

A parte autora manifestou-se acerca do laudo complementar do perito judicial apresentado às fls. 385/400, reiterando os termos da inicial, a fim de que seja acolhido o pedido, condenando-se a Ré ao pagamento da indenização correspondente à somatória dos valores dos lotes não alienados a terceiros, que, segundo o Sr. Perito, alcançam o valor de CR\$ 1.560.247.058,46 (um bilhão, quinhentos e sessenta milhões, duzentos e quarenta e sete mil, cinquenta e oito cruzeiros e quarenta e seis centavos), devidamente corrigidos (fls. 433/436).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não acolhimento do pedido lançado na inicial, e a consequente improcedência da ação (fls. 439/443).

Às fls. 456/460, a parte autora apresentou razões finais.

Por sua vez, a União Federal requereu que o pedido seja julgado improcedente (fls. 464/467).

A sentença de fls. 471/481 julgou improcedente o pedido, condenando a autora ao pagamento de custas e despesas processuais, e em honorários fixados em 10% do valor da causa.

Apelou a Autora (fls. 489/503), pugnando pela reforma da sentença.

Em contrarrazões, a União Federal pediu o improvimento da apelação, com a improcedência da ação.

É o breve relatório.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator):

A questão central da lide é o pagamento de indenização em virtude de desapossamento administrativo da área de terra de aproximadamente 105,48 hectares, localizada no município de Iguape, por força da edição do Decreto nº 90.347, de 23.10.1984, declarada de proteção ambiental.

Convém esclarecer, inicialmente, a distinção entre a constituição de limitação administrativa e a desapropriação.

Na limitação não há perda da propriedade, mas restrição de uso, advindo da desapropriação a perda da propriedade.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em “Direito Administrativo, Atlas, 22a ed., 2009, pág. 130/132”, comentando o tema, conclui: “Bielsa (1965, t. 4:375-376) indica três traços característicos das limitações administrativas: 1. impõem obrigação de não fazer ou deixar fazer; 2. visando conciliar o exercício do direito público com o direito privado, só vão até onde exija a necessidade administrativa; 3. sendo condições inerentes ao direito de propriedade, não dão direito a indenização. (...) Nas limitações administrativas, o proprietário conserva em suas mãos a totalidade de direitos inerentes ao domínio, ficando apenas sujeito às normas regulamentadoras do exercício desses direitos, para conformá-lo ao bem-estar social; a propriedade não é afetada na sua exclusividade, mas no seu caráter de direito absoluto, pois o proprietário não reparte, com terceiros, os seus poderes sobre a coisa, mas, ao contrário, pode desfrutar de todos eles, da maneira que lhe convenha, até onde não esbarre com óbices opostos pelo poder público em prol do interesse coletivo. Sendo inerentes à propriedade ou constituindo, no dizer de Bandeira de Melo (RDP 9:64), o próprio ‘perfil do direito’, as limitações administrativas não dão direito à indenização, que só é cabível quando o proprietário se vê privado, em favor do Estado ou do público em geral, de alguns ou de todos os poderes inerentes ao domínio, como ocorre, respectivamente, na servidão administrativa e na desapropriação. Como diz Bielsa (1965, t. 4:376), as restrições não dão direito à indenização, ‘Já que não senão uma carga geral imposta a todas as propriedades. Trata-se, segundo disse, de uma condição inerente ao direito de propriedade, cujo conteúdo normal se limita pelas leis’.”

A ilustre Professora de Direito Administrativo, na obra citada, conceitua: “A desapropriação é o procedimento administrativo pelo qual o Poder Público ou seus delegados, me-

diante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o em seu patrimônio por justa indenização” (pág. 159).

A doutrina acima transcrita permite compreender claramente que a limitação não se equipara à desapropriação, tratando-se, apenas, de direito real de gozo que afeta, parcialmente, os poderes do proprietário quanto a sua utilização, havendo, apenas, limitação de uso.

Do laudo pericial elaborado pelo Perito do Juízo, concluiu-se o seguinte:

1 - O Lote não é atingido diretamente pela Área de Proteção Ambiental instituída pelo Decreto nº 90.347 de 23 de outubro de 1984; de sorte que as restrições advindas da referida legislação não se aplicam ao imóvel;

2 - Uma porção da área posterior da gleba do loteamento “Rerum Novarum II” é abrangida pela Estação Ecológica dos Chauás, criada pelo Decreto Estadual nº 26.619 de 6 de fevereiro de 1987, em área correspondente à antiga Reserva Estadual de 18 Perímetro, objeto do Decreto Estadual nº 12.327 de 26 de setembro de 1978;

3 - As restrições ao desmatamento da gleba do loteamento são anteriores ao Decreto Federal 90.347/84 que criou a APA - Cananéia - Iguape- Peruíbe;

4 - Mais da metade da superfície da gleba do loteamento está indicada como área de preservação permanente, nos termos do processo administrativo 176.355/1977, que trata do pedido de autorização para desmatamento da gleba do Loteamento “Rerum Novarum I”, vizinho ao loteamento em questão;

5 - O loteamento nos moldes do “Rerum Novarum II” não seria possível de ser implantado no local por conta da proibição de desmatamento da gleba e por ela ser parcialmente atingida pela Estação Ecológica dos Chauás;

6 - O Decreto Federal nº 90.347/84 prevê a possibilidade da realização de obras de terraplenagem e abertura de canais, inclusive, implantação de projeto de urbanização no interior da APA, desde que as condições ecológicas locais não sejam sensivelmente alteradas por tais obras;

7 - O loteamento projetado ultrapassa os limites das terras devolutas do Estado, consignados no Decreto nº 12.327/78;

8 - A consequência direta que sofre a gleba da Autora por estar localizada na área envoltória da APA/CIP, abstraídas as restrições advindas da Estação Ecológica dos Chauás e da vegetação de Mata Atlântica, é a exigência do licenciamento ambiental, nos termos da Resolução CONAMA nº 13/90;

9 - Somente a existência da APA/CIP, o uso imobiliário da propriedade da Autora poderia estar sujeito a algumas adaptações para adequá-lo à presença desta unidade de conservação, mediante licenciamento ambiental, todavia, não restaria impossibilitado.

10 - A urbanização já estava paralisada há, no mínimo, três anos antes da criação da APA/CIP;

Como se vê, restou comprovada pela prova pericial que parte da gleba atingida configura-se como área de preservação ambiental permanente relativa à Estação Ecológica dos Chauás, instituída pelo Estado de São Paulo, valendo dizer que ali não havia qualquer tipo de exploração econômica que restasse prejudicado pela criação da “Área de Proteção Ambiental” instituída pelo Decreto nº 90.347 de 23 de outubro de 1984, que aliás não atingiu a gleba em questão.

Além disso, não há qualquer prova nos autos de que a União Federal, através do Decreto nº 90.347/84, tenha praticado qualquer ato que impedisse a utilização normal do imóvel, va-

lendo ressaltar, por oportuno, a superveniência de limitação administrativa não transformou as restrições já existentes em desapropriação, na medida em que a área continua na posse e no domínio da autora.

Observa-se, ainda, que o Decreto nº 90.347/84 não interferiu na interrupção da implantação do loteamento, na medida em que já estava paralisada há pelo menos três anos quando da edição do referido Decreto, até porque o uso imobiliário da propriedade da Autora não restou impossibilitado pela criação da “Área de Proteção Ambiental”.

Ocorre que a Área de Proteção Ambiental é uma parcela de uso sustentável que visa a harmonizar o aproveitamento econômico com as imposições imediatas de integridade ambiental.

Portanto, não há que se falar em apossamento administrativo pelo ente público com a criação da “Área de Proteção Ambiental” instituída pelo Decreto nº 90.347 de 23 de outubro de 1984, havendo tão somente limitação administrativa de uso afetando, em caráter geral, o direito de propriedade.

Por fim, como bem asseverou o magistrado *a quo*:

Ademais, a tese ventilada não encontra guarida, pois houve apenas proibição de desmatamento de parte da área florestada na propriedade da autora. Da mesma maneira, a construção de edificações no terreno, nos termos do Decreto, encontra restrições, e não proibições.

Nesse compasso, por não haver impedimento de construção ou de desmatamento a atingir a maior parte da propriedade ou a sua totalidade, bem como por não restar caracterizada restrição a aniquilar o direito dominial da autora e a supressão do valor econômico do bem, não há de se falar em dever de indenizar.

A ação é, pois, improcedente e assim deve ser mantida a sentença de fls. 471/481.

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

É como o voto.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0005121-19.2007.4.03.6119
(2007.61.19.005121-4)

Apelante: CAPITAL SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA E SEGURANÇA LTDA.
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA
Classe do Processo: Ap 1442667
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/01/2018

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONTRATO. EQUILÍBRO ECONÔMICO-FINANCEIRO. REAJUSTE DO PISO SALARIAL DA CATEGORIA. REAJUSTE DO VALE ALIMENTAÇÃO. DISSÍDIO COLETIVO. PREVISIBILIDADE. REAJUSTAMENTO DO CONTRATO. INVIABILIDADE.

1. O presente feito tem por objeto pleito de repactuação de contrato administrativo entre a demandante e o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, tendo por fundamento a necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, considerando o reajuste do piso salarial da categoria, bem assim do vale alimentação.
2. O contrato objeto da presente ação previu, em sua cláusula quinta, que “admitir-se-á repactuação do Contrato, desde que observado o interregno mínimo de 1 (um) ano a contar da data da proposta ou, da data do orçamento a que a proposta se referir, ou da data da última repactuação, na forma prevista no item 7 da Instrução Normativa/MARE nº 18, de 22/12/97, *não sendo admitido o reajustamento de preços vinculados a qualquer índice geral ou setorial ou que reflita a variação de custos*”, prevendo ainda o parágrafo único que “entende-se por data do orçamento a que a proposta se referir, a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente, que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta.”
3. Ao contrário do que entende a demandante/apelante, a aludida cláusula não legitima a repactuação do contrato administrativo por ela firmado com a parte demandada, mesmo porque ela é clara ao não admitir o reajustamento de preços vinculados a índice que reflita a variação dos custos.
4. Registre-se que a empresa, para o fim de sagrar-se vencedora na licitação, apresentou sua proposta e responsabilizou-se por todos os custos e encargos relativamente aos seus empregados, fazendo o contrato assinado lei entre as partes, que não pode sofrer alteração, a todo o momento, como pretende a autora.
5. Acerca do tema, a jurisprudência sedimentou entendimento no sentido de que o aumento salarial de categoria profissional determinado em dissídio coletivo não se constitui em fato imprevisível, motivo pelo qual incabível falar-se em recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato por tal motivo. Precedentes.
6. Além disso, a só circunstância de o aumento de custos com pessoal, no caso em tela, provir também da imposição, em acordo coletivo, de valores de caráter indenizatório e não retributivo - vale refeição - não modifica a substância de que se trate de majoração de encargos trabalhistas (despesas de pessoal) e, na linha do expendido,

acréscimo previsível de custeio (cf., a propósito, STJ, REsp 776.790/AC, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, j. 15/10/2009, DJe 28/10/2009).

7. À margem da discussão da natureza remuneratória ou indenitária em cada uma das verbas que venham a infligir-se nos acordos coletivos de trabalho, equivalente é a conclusão de que o aumento de encargos laborais não configura fato imprevisível na dinâmica empresarial que pudessem justificar a revisão dos contratos administrativos em curso, conforme entendimento firmado no C. STJ, conforme alhures demonstrado (ainda nesse sentido: REsp 776.790/AC, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28.10.2009; AgRg no REsp 417.989/PR, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24.3.2009; REsp 668.367/PR, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 5.10.2006).

8. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2017.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RELATÓRIO

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

Cuida-se de apelação interposta por Capital Serviços de Vigilância e Segurança Ltda em face de sentença que julgou improcedente a presente ação, por ela interposta objetivando a revisão do contrato que mantém com o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com fundamento na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Alega que celebrou, em 25/08/2005, contrato com o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, em virtude de procedimento licitatório, para a prestação de serviços de vigilância e segurança, com vigência de 60 (sessenta) meses, com início em 31/08/2005, tendo como base o valor mensal de R\$ 28.449,50 (vinte e oito mil, quatrocentos e quarenta e nove reais e cinquenta centavos).

Aduz que, nos termos da cláusula quinta do contrato, há a possibilidade de repactuação dos valores do contrato depois de decorridos, no mínimo, 01 (um) ano, a contar da data da proposta, da data do orçamento a que a proposta se referir, ou, ainda, da data da última repactuação, motivo pelo qual requereu em 28/08/2006, a alteração dos valores do contrato em face do dissídio da categoria, que elevou o piso salarial de R\$ 737,00 (setecentos e trinta e sete reais) para R\$ 762,00 (setecentos e sessenta e dois reais), representando um acréscimo à folha de pagamento e encargos da ordem de 3,392%, sendo certo, ainda, que além dos salários, houve a majoração do vale alimentação, situações essas que agravaram o desequilíbrio contratual.

Alterca que não deve prosperar o entendimento externado no provimento recorrido no sentido de que a majoração do piso da categoria não caracterizaria evento imprevisível a justificar o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, bem assim que tal situação

deveria ter sido levada em conta quando da efetivação da proposta, na medida em que o e. TCU firmou entendimento, através da Decisão 457/1995-Plenário, de que é cabível a concessão do reequilíbrio econômico-financeiro em decorrência de dissídio coletivo de trabalho, após o decurso do primeiro ano do contrato.

Argumenta, por fim, que o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro é um dos pilares que sustentam a estabilidade econômica decorrente dos contratos, conforme constitucionalmente previsto, bem assim ser inadmissível o julgamento de uma lide sem levar em consideração a repercussão de eventual enriquecimento sem causa de uma das partes, bem como tendo por fundamento a alegação de que o valor reclamado seria ínfimo se cotejado com o valor global do contrato.

Requer, desse modo, a reforma da sentença recorrida, julgando procedente a presente ação.

Contrarrrazões às fls. 178/184.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

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

Conforme se depreende do relatado, o presente feito tem por objeto pleito de repactuação de contrato administrativo entre a demandante e o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, tendo por fundamento a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

O pleito autoral encontra-se fundamentado, basicamente, no argumento de que houve o reajuste do piso salarial da categoria, bem assim do vale alimentação, fatos que, no entender da demandante, legitimaria a repactuação contratual.

Pois bem.

O contrato objeto da presente ação, cuja cópia encontra-se colacionada às fls. 16/29, previu, em sua cláusula quinta, que “admitir-se-á repactuação do Contrato, desde que observado o interregno mínimo de 1 (um) ano a contar da data da proposta ou, da data do orçamento a que a proposta se referir, ou da data da última repactuação, na forma prevista no item 7 da Instrução Normativa/MARE nº 18, de 22/12/97, *não sendo admitido o reajustamento de preços vinculados a qualquer índice geral ou setorial ou que reflita a variação de custos*”, prevendo ainda o parágrafo único que “entende-se por data do orçamento a que a proposta se referir, a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente, que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta.”

Veja-se que, ao contrário do que entende a demandante/apelante, a aludida cláusula não legítima a repactuação do contrato administrativo por ela firmado com a parte demandada.

Deveras, o pretendido reajuste contratual encontra-se fulcrado, basicamente, no argumento de que houve reajuste na remuneração dos seus empregados e no vale alimentação dos mesmos, ou seja, que houve majoração dos custos suportados. A indigitada cláusula é clara ao não admitir o reajustamento de preços vinculados a índice que reflita a variação dos custos.

Registre-se que a empresa, para o fim de sagrar-se vencedora na licitação, apresentou sua proposta e responsabilizou-se por todos os custos e encargos relativamente aos seus empregados, fazendo o contrato assinado lei entre as partes, que não pode sofrer alteração, a todo

o momento, como pretende a autora.

E, acerca do tema, a jurisprudência sedimentou entendimento no sentido de que o aumento salarial de categoria profissional determinado em dissídio coletivo não se constitui em fato imprevisível, motivo pelo qual incabível falar-se em recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato por tal motivo. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. AUMENTO DE ENCARGOS TRABALHISTAS. DISSÍDIO COLETIVO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. (...)

2. *O aumento dos encargos trabalhistas determinado por dissídio coletivo de categoria profissional é acontecimento previsível e deve ser suportado pela contratada, não havendo falar em aplicação da Teoria da Imprevisão para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo.* Precedentes do STJ.

3. Agravo Regimental não provido. (destaquei)

(AgRg no AREsp 827635/SP, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 27.05.2016)

Do aludido julgado, extrai-se, posto que elucidativo, o seguinte excerto:

O conjunto fático-probatório dos autos demonstra à exaustão não estarem satisfeitos os requisitos legais autorizadores da revisão do contrato administrativo para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Nesse passo, o que se tem prontamente a discutir é se uma convenção coletiva de trabalho - impondo o pagamento de valores para fins de majoração de salários, ou verba de alimentação, constitui, nos tempos presentes, um fato imprevisível na dinâmica dos contratos em curso.

As convenções laborais são acontecimentos de todo previsíveis, e que delas resulte sempre haver algum aumento pecuniário em favor dos trabalhadores é não menos esperável. Acontecimentos previsíveis orientam a prudente medida de aferir os impactos que o aumento da folha salarial imporá nos preços de um contrato administrativo, e, com isso, sugerem a apresentação de proposta adequada no curso da licitação. Não é de admitir, ao revés, a desconsideração de futuras majorações salariais para, avantajando-se na concorrência a propostas mais previdentes, vir reclamar-se, de futuro, revisão do ajuste (*vide*, a propósito, FURTADO, Lucas Rocha. Curso de licitações e contratos administrativos. 3. ed. Belo Horizonte, 2010, p. 533).

Nesse mesmo sentido apontava o *leading case* do Egrégio Superior Tribunal de Justiça: “O aumento do piso salarial da categoria não se constitui fato imprevisível capaz de autorizar a revisão do contrato” (REsp 134.797 - Rel. Min. PAULO GALLOTTI, j. 16-5-2000), e, na sequência, solidificou-se na Colenda Corte Superior essa orientação.

Além disso, a só circunstância de o aumento de custos com pessoal, no caso em tela, provir também da imposição, em acordo coletivo, de valores de caráter indenizatório e não retributivo - vale refeição - não modifica a substância de que se trate de majoração de encargos trabalhistas (despesas de pessoal) e, na linha do expendido, acréscimo previsível de custeio (cf., a propósito, STJ, REsp 776.790/AC, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, j. 15/10/2009, DJe 28/10/2009).

À margem da discussão da natureza remuneratória ou indenitária em cada uma das verbas que venham a infligir-se nos acordos coletivos de trabalho, equivalente é a conclusão de que o aumento de encargos laborais não configura fato imprevisível na dinâmica empresarial que pudessem justificar a revisão dos contratos administrativos em curso, conforme entendi-

mento firmado no C. STJ, conforme alhures demonstrado (ainda nesse sentido: REsp 776.790/AC, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28.10.2009; AgRg no REsp 417.989/PR, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24.3.2009; REsp 668.367/PR, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 5.10.2006).

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO à apelação interposta, mantendo a r. sentença recorrida, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0004897-93.2011.4.03.6102
(2011.61.02.004897-9)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL - INMETRO

Apelada: SÃO MARTINHO S/A

Partes Rés: UNIÃO FEDERAL E CQI CERTIFICAÇÃO QUALIDADE E INSPEÇÃO VEICULAR LTDA. - ME

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO PAULO SARNO

Classe de Processo: Ap 1953379

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/02/2018

EMENTA

ADMINISTRATIVO. INMETRO. CERTIFICADO DE INSPEÇÃO DE PRODUTOS PERIGOSOS. CANCELAMENTO DE ACREDITAÇÃO. AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO. CERTIFICADOS EM BRANCO EM PODER DA EMPRESA DESCRENCIADA. EMISSÃO FRAUDULENTA. NOVA INSPEÇÃO REALIZADA. DANOS MATERIAIS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.

1. A fiscalização do transporte rodoviário de produtos perigosos é feita pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO), ao qual compete atestar a adequação dos veículos e equipamentos utilizados para esta finalidade. O referido órgão tem autorização legal para credenciar entidades públicas e privadas para a execução de atividades de sua competência, nos termos do que dispõe o art. 4º, § 1º do Decreto nº 96.044/1988.

2. Uma vez realizada a inspeção e obedecida a regulamentação técnica do INMETRO atinente ao transporte de produtos perigosos, a própria autarquia ou entidade por ela acreditada expedirá o competente Certificado de Inspeção para o Transporte de produtos perigosos (CIPP), documento obrigatório para a circulação de tais veículos pelas vias públicas, conforme expressamente dispõe o art. 22, I, do Decreto nº 96.044/1988 e Portaria nº 172/2008-INMETRO.

3. Ao que consta dos autos, a empresa corré, CQI - Certificação, Qualidade e Inspeção Veicular Ltda - ME, obteve a acreditação em 2006 pelo INMETRO, como organismo de inspeção na área de segurança veicular e de produtos perigosos. Em março/2010, o INMETRO formalizou o cancelamento da acreditação concedida anteriormente à empresa, no que concerne à inspeção de produtos perigosos. No entanto, entre agosto e dezembro/2010, a empresa corré, mesmo não atuando mais como organismo de inspeção de produtos perigosos, realizou a inspeção nos veículos e equipamentos da autora, ora apelada, emitiu os Certificados de Inspeção de Produtos Perigosos (CIPP) e recolheu os certificados anteriores, impossibilitando que nova inspeção fosse realizada em estabelecimento idôneo credenciado.

4. Após o ajuizamento da presente ação, o INMETRO encaminhou à autora o Ofício nº 712/Cgcre, de 28/11/2011, cujo teor autoriza, extraordinariamente, a realização das inspeções em outro organismo de inspeção devidamente acreditado, *considerando a*

ausência de culpabilidade por parte da transportadora. Nesse aspecto, observa-se que o INMETRO viabilizou à autora a realização de nova inspeção em seus veículos, o que, por certo, atendeu ao pleito formulado em sede de tutela antecipada.

5. No mais, pode-se concluir que, embora a autarquia apelante tenha efetuado o cancelamento da acreditação da empresa corré, no que concerne à inspeção de produtos perigosos, deixou de recolher eventuais certificados CIPP em branco que anteriormente haviam sido repassados à empresa. Como informado pelo próprio apelante, tais certificados possuem número sequencial, podendo ser identificados, razão pela qual deveriam ter sido ao menos retidos ou inutilizados quando do cancelamento da acreditação.

6. É certo dizer que o INMETRO, ao se valer da faculdade que lhe foi atribuída por lei, autorizou a empresa corré, por meio da acreditação, a exercer atividade que lhe competia, desdobrando-se daí, em face do caráter público do serviço prestado, o poder de polícia a ser exercido mediante a fiscalização e repressão às condutas tidas como irregulares.

7. Vale lembrar que norma regulamentar expedida pela própria autarquia apelante, qual seja, o Regulamento para a Acreditação de Organismos de Inspeção (Norma Nº: NIT-DIOIS-001 - fls. 330/341) já dispunha sobre as atividades de supervisão, monitoramento e controle sobre os organismos autorizados à emissão de certificados, inclusive com a aplicação de sanções, *dependendo da gravidade ou abrangência do ato irregular praticado pelo organismo.*

8. Não há como afastar a responsabilidade do INMETRO, que *in casu*, foi condenada *subsidiariamente* à reparação dos danos causados à parte autora, ou seja, *caso sejam esgotadas as forças da empresa antes da total satisfação da autora*, entendimento consentâneo com a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça (STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 732.946/DF, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, j. 06/06/2017, DJe 09/06/2017).

9. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 01 de fevereiro de 2018.

Juiz Federal Convocado PAULO SARNO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado PAULO SARNO (Relator):

Trata-se de apelação, em sede de ação pelo rito ordinário, ajuizada por São Martinho S/A, em face da empresa CQI - Certificação, Qualidade e Inspeção Veicular Ltda. - ME, do Instituto Nacional de Normalização, Metrologia e Qualidade Industrial (INMETRO) e da União Federal, com o objetivo de assegurar a condenação da primeira ré à indenização pelos danos causados à autora, em face da emissão de Certificados de Inspeção para Produtos Pe-

rigosos (CIPP) fraudulentos e da retenção dos certificados emitidos anteriormente. Pleiteia a condenação do INMETRO e da União Federal, de forma subsidiária, tendo em vista a falha na fiscalização da empresa ré.

A parte autora alega que, em sua frota, possui caminhões com carrocerias tipo “tanque” que transportam produtos classificados por lei como “perigosos” (herbicidas), e, portanto, tais veículos e produtos transportados submetem-se periodicamente à inspeção de segurança junto a empresas técnicas credenciadas pelo INMETRO. Sustenta que, em 2010, 08 (oito) de seus veículos foram encaminhados à empresa ré CQI, a qual, mesmo não atuando mais como organismo de inspeção de produtos perigosos, emitiu os Certificados de Inspeção para Produtos Perigosos (CIPP) e recolheu os certificados anteriores, impedindo que os veículos sejam inspecionados por outra empresa considerada idônea. Afirma que tentou resolver a questão junto ao INMETRO e ao DENATRAN, órgãos que credenciam as empresas para a citada inspeção técnica, mas não obteve êxito. Argumenta que os documentos expedidos são fraudulentos, ressaltando a inação do INMETRO e do DENATRAN no dever de fiscalização que lhes compete. Pleiteia, assim, tutela antecipada, para que o INMETRO autorize a realização de nova inspeção em seus veículos, por empresa regularmente cadastrada, a fim de obter os certificados devidos, sem que sejam exigidos os certificados anteriores, os quais foram retidos ilegalmente pela empresa ré. Requer primeiramente a condenação da empresa ré a indenizar os danos que lhe foram causados, pela emissão dos certificados fraudulentos e retenção indevida dos documentos anteriores; e, subsidiariamente, a condenação do INMETRO e da União Federal à reparação ora pleiteada.

Atribuído à causa o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), em agosto/2011.

O pedido de tutela antecipada não foi apreciado, sendo determinada a citação dos corréus (fl. 117).

O INMETRO peticionou informando que expediu carta à autora comunicando que, de forma extraordinária, seria autorizada a realização das inspeções em outro organismo de acreditação (fls. 368 e 445), situação confirmada pela autora em réplica (fls. 456/457).

O r. Juízo *a quo* reconheceu a ilegitimidade passiva da União Federal e, no mais, julgou os pedidos parcialmente procedentes para condenar a empresa CQI - Certificação, Qualidade e Inspeção Veicular Ltda. a indenizar a parte autora, no importe de R\$ 5.150,00 (cinco mil, cento e cinquenta reais), assim como condenar o INMETRO, *subsidiariamente*, ao pagamento da mesma quantia. Determinou a atualização monetária do montante indenizável desde a data de cada pagamento efetuado pela parte autora, aplicando-se o IPCA-E, nos termos do Prov. COGE nº 64/2005 e Resolução nº 242/2011-CJF, além da incidência dos juros moratórios a partir de cada evento danoso, nos termos da Súmula 54 do STJ.

Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, tendo em vista a sucumbência recíproca. A sentença não foi submetida ao reexame necessário, tendo em vista o disposto no art. 475, § 2º CPC/1973. (fls. 481/488)

A parte autora interpôs embargos de declaração, aos quais foi negado provimento (fls. 497/vº).

A União Federal interpôs embargos de declaração, aos quais foi dado provimento para condenar a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, em favor do ente federal (fl. 543).

Apelou o INMETRO, aduzindo em suas razões, a inexistência de nexo de causalidade entre sua conduta e o dano alegado pela parte autora. Sustenta que o dano foi causado exclu-

sivamente pela contratada, de modo que não tem responsabilidade por fato de terceiro, sendo que a autora não foi diligente o suficiente para consultar a vigência da autorização antes de contratar o serviço.

Com as contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado PAULO SARNO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado PAULO SARNO (Relator):

Não assiste razão ao apelante.

A fiscalização do transporte rodoviário de produtos perigosos é feita pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO), ao qual compete atestar a adequação dos veículos e equipamentos utilizados para esta finalidade. O referido órgão tem autorização legal para credenciar entidades públicas e privadas para a execução de atividades de sua competência, nos termos do que dispõe o art. 4º, § 1º do Decreto nº 96.044/1988, *in verbis*:

Art. 4º Os veículos e equipamentos (como tanques e contêineres) destinados ao transporte de produto perigoso a granel deverão ser fabricados de acordo com as Normas Brasileiras ou, na inexistência destas, com norma internacional aceita.

§ 1º O Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - INMETRO, ou entidade, por ele credenciada, atestará a adequação dos veículos e equipamentos ao transporte de produto perigoso, nos termos dos seus regulamentos técnicos.

Uma vez realizada a inspeção e obedecida a regulamentação técnica do INMETRO atinente ao transporte de produtos perigosos, a própria autarquia ou entidade por ela acreditada expedirá o competente Certificado de Inspeção para o Transporte de produtos perigosos (CIPP), documento obrigatório para a circulação de tais veículos pelas vias públicas, conforme expressamente dispõe o art. 22, I, do Decreto nº 96.044/1988 e Portaria nº 172/2008-INMETRO.

Ao que consta dos autos, a empresa corrê, CQI - Certificação, Qualidade e Inspeção Veicular Ltda - ME, obteve a acreditação em 2006 pelo INMETRO, como organismo de inspeção na área de segurança veicular e de produtos perigosos (fls. 370/438). Em março/2010, o INMETRO formalizou o cancelamento da acreditação concedida anteriormente à empresa, no que concerne à inspeção de produtos perigosos (fls. 343 e 443). No entanto, entre agosto e dezembro/2010, a empresa corrê, mesmo não atuando mais como organismo de inspeção de produtos perigosos, realizou a inspeção nos veículos e equipamentos da autora, ora apelada, emitiu os Certificados de Inspeção de Produtos Perigosos (CIPP) e recolheu os certificados anteriores, impossibilitando que nova inspeção fosse realizada em estabelecimento idôneo credenciado (fls. 88/95).

A apelada buscou solução administrativa para sua situação, recorrendo ao INMETRO, mas não obteve êxito. À ocasião, o referido órgão informou (fl. 79):

... informamos que o organismo CQI (OIA-PP 0258) realmente teve sua acreditação cancelada em 10 de março de 2010.

Portanto, após esta data o referido organismo não poderia realizar mais nenhuma inspeção na área de produtos perigosos, nem emitir Certificado de Inspeção CIPP, já que a Coordena-

ção Geral de Acreditação (Cgcre) não reconhece mais a competência técnica do mesmo e este serviço somente pode ser realizado por organismo creditado.

Entretanto, na ocasião do cancelamento da acreditação, certamente o organismo ainda possuía sob sua responsabilidade uma certa quantidade de certificados CIPP em branco, os quais não foram devolvidos para o Inmetro e pelo jeito nem destruídos pelo organismo. Estes certificados também não poderiam ser repassados para outro organismo, pois o Inmetro os entrega a cada organismo, controlando de forma sequencial.

Ressaltamos que quando do envio da Notificação de cancelamento de acreditação, o organismo foi informado que a partir da data de 10/03/2010 não poderia mais prestar serviços como organismo acreditado, ou seja, não poderia mais realizar inspeções na área de produtos perigosos. Desta forma, caso as inspeções dos veículos da empresa SÃO MARTINHO tenham sido inspecionados após a referida data de cancelamento, estas inspeções foram irregulares e a empresa CQI deve devolver os certificados CIPP anteriores para que novas inspeções sejam realizadas em organismo devidamente creditado.

Entretanto, considerando o fato do organismo CQI não ser mais creditado, não há mais nenhum vínculo com a Cgcre e a apuração fatos ilícitos como o mencionando deve ser apurado através de fiscalização realizada pelo referido IPEM situado na região.

Também, pode-se adotar medidas judiciais, pois caso seja constatado inspeção após o cancelamento da acreditação, o que de fato ocorreu foi a emissão fraudulenta de documento público, que no caso são os CIPP.

Não obstante, após o ajuizamento da presente ação, o INMETRO encaminhou à autora o Ofício nº 712/Cgcre, de 28/11/2011, cujo teor autoriza, extraordinariamente, a realização das inspeções em outro organismo de inspeção devidamente acreditado, *considerando a ausência de culpabilidade por parte da transportadora* (fl. 461).

Nesse aspecto, observa-se que o INMETRO viabilizou à autora a realização de nova inspeção em seus veículos, o que, por certo, atendeu ao pleito formulado em sede de tutela antecipada.

Entretanto, no mais, pode-se concluir que, embora a autarquia apelante tenha efetuado o cancelamento da acreditação da empresa corrê, no que concerne à inspeção de produtos perigosos, deixou de recolher eventuais certificados CIPP em branco que anteriormente haviam sido repassados à empresa.

Como informado pelo próprio apelante, tais certificados possuem número sequencial, podendo ser identificados, razão pela qual deveriam ter sido ao menos retidos ou inutilizados quando do cancelamento da acreditação.

É certo dizer que o INMETRO, ao se valer da faculdade que lhe foi atribuída por lei, autorizou a empresa corrê, por meio da acreditação, a exercer atividade que lhe competia, desdobrando-se daí, em face do caráter público do serviço prestado, o poder de polícia a ser exercido mediante a fiscalização e repressão às condutas tidas como irregulares.

Como bem ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, ao se referir ao poder de polícia que permeia as atividades da Administração:

... a atividade de polícia envolve também os atos fiscalizadores, através dos quais a Administração pública previamente acautela eventuais danos que poderiam advir da ação dos particulares. Assim, a fiscalização de pesos e medidas por meio da qual o Poder público se assegura de que uns e outros competentemente aferidos correspondem efetivamente aos padrões e, com isto, previne eventual lesão aos administrados, que decorreria de marcações inexatas. Do mesmo modo, a fiscalização das condições de higiene dos estabelecimentos e

casas de pato, a vistoria dos veículos automotores para garantia das condições de segurança que devem oferecer, prevenindo riscos para terceiros, a fiscalização da caça para assegurar que sua realização esteja conformada aos preceitos legais, são entre outras numerosíssimas manifestações fiscalizadoras próprias da polícia administrativa.

(Curso de Direito Administrativo. 18ª ed. Malheiros: 2005, p. 765)

Vale lembrar que norma regulamentar expedida pela própria autarquia apelante, qual seja, o Regulamento para a Acreditação de Organismos de Inspeção (Norma Nº: NIT-DIOIS-001 - fls. 330/341) dispunha sobre as atividades de supervisão, monitoramento e controle sobre os organismos autorizados à emissão de certificados, inclusive com a aplicação de sanções, *dependendo da gravidade ou abrangência do ato irregular praticado pelo organismo* (fl. 338).

Em análise ao exposto, não há como afastar a responsabilidade do INMETRO, que *in casu*, foi condenado *subsidiariamente* à reparação dos danos causados à parte autora, ou seja, *caso sejam esgotadas as forças da empresa antes da total satisfação da autora* (fl. 486 vº). Nesse sentido, não há reparos à r. sentença proferida, que se encontra em consonância com a orientação do E. Superior Tribunal de Justiça, assim expressa no seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORES DE SERVIÇO PÚBLICO. SÚMULA 83/STJ. INCIDÊNCIA. ENTE ESTATAL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

II - É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual, as pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviço público, respondem objetivamente pelos prejuízos que causarem a terceiros usuários e não usuários do serviço.

III - O recurso especial, interposto pela alínea a e/ou pela alínea c, do inciso III, do art. 105, da Constituição da República, não merece prosperar quando o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com a jurisprudência dessa Corte, a teor da Súmula 83/STJ.

IV - Esta Corte possui orientação consolidada, segundo o qual nos casos de danos resultantes de atividade estatal delegada pelo Poder Público há responsabilidade subsidiária do ente estatal.

V - O Agravante não apresenta, no regimental, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada.

VI - Agravo Regimental improvido.

(STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 732.946/DF, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, j. 06/06/2017, DJe 09/06/2017)

Em face do exposto, *nego provimento à apelação*.

Juiz Federal Convocado PAULO SARNO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0011407-31.2011.4.03.6100
(2011.61.00.011407-7)

Apelante: ALESSANDRA NOVAIS SANTOS

Apelada: UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 25ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES

Classe do Processo: Ap 2101557

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/06/2017

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MILITAR TEMPORÁRIO. ACIDENTE EM SERVIÇO. ATAQUE DE ANIMAL SILVESTRE (ONÇA). INCAPACIDADE DEFINITIVA PARA AS ATIVIDADES HABITUALMENTE EXERCIDAS. CONCESSÃO DE REFORMA *EX OFFICIO*.

1 - O evento de 22/05/2007 configura acidente em serviço, nos termos do art. 1º do Decreto nº 57.272/65 e de ação própria, que tramitou perante a Justiça Federal da 1ª Região sob o nº 2007.32.00.006094-7. O principal ponto controvertido destes autos resume-se à possibilidade de reintegrar a autora e de conceder-lhe reforma *ex officio* diante da extensão e da gravidade das sequelas decorrentes do acidente.

2 - Conforme os documentos de fl. 76, referente ao relatório da sentença proferida em ação penal militar que a absolveu do crime de deserção, e de fl. 381, no primeiro semestre de 2010 determinou-se a reversão da agregação dela, a contar de 23/11/2009. Por essa razão, não há como acatar o pedido de reforma *ex officio* pelo art. 106, III, da Lei nº 6.880/80, pois seu tempo de agregação foi inferior a dois anos.

3 - Esta Segunda Turma tem defendido que a incapacidade do militar deve ser compreendida em relação às atividades habitualmente exercidas na ativa. Se o militar apresenta limitações para atividades físicas mais exigentes, não se pode, após acidente ou enfermidade, afastar quadro de incapacidade definitiva, à luz do art. 52, nº 4, do Decreto nº 57.654/66, sob o argumento de que a incapacidade parcial lhe permite exercer atividades de natureza burocrática.

4 - A apelante pertencia ao quadro de Oficiais Veterinários do Exército Brasileiro. Embora se possa considerar que este ofício tenha características mais próximas de um trabalho essencialmente burocrático, o fato é que, no âmbito das Forças Armadas, se exige rigor físico muito superior àquele na vida civil. Ademais, o trato com animais selvagens e de grande porte é mais um elemento a corroborar essa particularidade do trabalho de veterinário do Exército Brasileiro.

5 - Ferimentos sofridos pela apelante resumiram-se a: braço esquerdo; cotovelo esquerdo (danificação de nervo); membro inferior esquerdo e tronco, ambos com leves escoriações; ombro esquerdo (traumatismo de tendão). Conforme o laudo médico-pericial, a apelante apresenta incapacidade definitiva, nos termos do art. 52, nº 4, do Decreto nº 57.654/66, para as atividades habitualmente exercidas na ativa, em decorrência das lesões havidas no acidente em serviço, porquanto tem limitações de ordem física, sem as quais não teria como participar de exercícios militares frequentes e lidar com animais de grande porte, como as onças. A aptidão para atividades administrativas apenas confirma a incapacidade para aquelas habitualmente exercidas. Hipótese dos

arts. 106, II, e 108, III, da Lei nº 6.880/80. Reforma *ex officio*. Remuneração equivalente àquela do posto/grau ocupado na ativa, a incidir desde a data de realização do laudo médico pericial que atestou a incapacidade definitiva, 06/09/2013. Atualização conforme art. 1º-F da Lei nº 9.494/97.

6 - Como a presente apelação foi interposta sob a vigência do recém-revogado CPC (Lei nº 5.869/73) e como se trata de medida de natureza sancionatória, afastam-se as atuais disposições do Novo CPC (Lei nº 13.105/2015), devem incidir, pois, aquelas da recém-revogada Lei nº 5.869/73. Condenação contra a Fazenda Pública. Art. 20, §4º. Arbitramento dos honorários advocatícios de sucumbência em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), consideradas as particularidades do caso concreto.

7 - Apelação a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 20 de junho de 2017.

Desembargador federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Trata-se de ação ordinária ajuizada por ALESSANDRA NOVAIS SANTOS em face da UNIÃO FEDERAL, em que pleiteia sua reintegração como adido para fins de tratamento médico-hospitalar e posterior concessão de reforma *ex officio*. Às fls. 527/531 e 578/581, foi parcialmente deferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, no sentido de determinar à União Federal que proveesse à autora tratamento médico-hospitalar. Conforme documento de fls. 651/655, em agravo de instrumento de nº 0000584-28.2012.403.0000, este Tribunal Regional Federal deu parcial provimento ao recurso, determinando a reintegração da autora ao serviço militar, sem prejuízo do recebimento de vencimentos.

O MM. Juízo *a quo* julgou improcedentes os pedidos iniciais, por entender que a autora padece de incapacidade tão somente parcial, malgrado a ocorrência de acidente em serviço, o que impede a reintegração e a concessão de reforma *ex officio*. Quanto ao ressarcimento das despesas médicas, considerou que a União Federal não lhe negou tratamento médico. Acolhidos os embargos de declaração de fls. 862/863, supriu-se omissão quanto à decisão liminar de reintegração, no sentido de manter seus efeitos até ulterior deliberação.

A agravante alega, em breve síntese, que: (i) em 08/06/2010, ela foi considerada incapaz definitivamente para o serviço ativo, conforme documento de fl. 68; (ii) quando do ajuizamento da presente demanda, em 08/07/2011, ela já preenchia os requisitos da reforma *ex officio*; (iii) a jurisprudência pátria consolidou o entendimento de que o licenciamento de militar temporário será legal somente se for atestada sua higidez física e mental; (iv) de acordo com o laudo pericial, a incapacidade, malgrado parcial, é irreversível, mesmo que haja futura intervenção cirúrgica; (v) há, portanto, limitações para o exercício de múltiplas atividades de natureza estritamente militar; (vi) faz jus ao ressarcimento de gastos para arcar com a cirurgia de que necessita.

Com contrarrazões.

Às fls. 905/906, a douta Vice-Presidência deste Tribunal Regional Federal julgou prejudicado o agravo de instrumento interposto pela autora, no qual logrou obter decisão liminar de reintegração, pela perda de objeto decorrente da sentença de improcedência, resultando em seu licenciamento das fileiras do Exército Brasileiro.

Parecer do Ministério Público Federal (fls. 948/952): pelo desprovimento da apelação.

É o relatório.

Desembargador federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Primeiramente, é inegável reconhecer que o evento de 22/05/2007 configura acidente em serviço, nos termos do artigo 1º do Decreto nº 57.272/65. Essa conclusão consta de ação própria, que tramitou perante a Justiça Federal da 1ª Região sob o nº 2007.32.00.006094-7.

Em seguida, verifica-se que a causa de pedir se relaciona estritamente com esse acidente. Isto é, requer-se a reintegração e a reforma *ex officio* em decorrência das sequelas resultantes do ataque sofrido. Ademais, há uma duplicidade de fundamentos legais a que se recorre: por um lado, requer-se a reforma nos termos do artigo 106, III, da Lei nº 6.880/80, pelo fato de a autora ter superado o lapso de dois anos na condição de agregada à organização militar; por outro, fundamenta-se esse pedido no antecedente inciso II, pela existência de incapacidade definitiva para o meio castrense.

Por conseguinte, o principal ponto controvertido destes autos resume-se à possibilidade de reintegrar a autora e de conceder-lhe reforma *ex officio* diante da extensão e da gravidade das sequelas decorrentes do acidente.

Conforme os documentos de fl. 76, referente ao relatório da sentença proferida em ação penal militar que a absolveu do crime de deserção, e de fl. 381, no primeiro semestre de 2010 determinou-se a reversão da agregação dela, a contar de 23/11/2009. Por essa razão, não há como acatar o pedido de reforma *ex officio* pelo artigo 106, III, do Estatuto dos Militares, pois seu tempo de agregação foi inferior a dois anos.

Superada essa questão, passo a analisar o estado de saúde da apelante.

De início, em todo o conjunto fático-probatório não há qualquer indício relativo à existência de invalidez - ou seja, além de incapacidade definitiva para o meio militar, impossibilidade de exercer qualquer atividade laboral no meio civil -, à luz do artigo 111, II, da Lei nº 6.880/80.

Do laudo pericial, sobretudo às fls. 818/819, consta o seguinte, *in verbis*:

Conforme descrito na documentação médica, a autora evoluiu com complicação decorrente do próprio ferimento e de fibrose local pós-operatória na topografia ulnar do cotovelo esquerdo, demandando nova abordagem cirúrgica para ressecção do tecido cicatricial e liberação do nervo ulnar, que se encontrava secundariamente comprimido. A pericianda sempre manteve reabilitação fisioterápica, mas posteriormente passou a evoluir com quadro clínico caracterizado por cervicobraquialgia e lombociatalgia com irradiação para o hemitórax esquerdo, com identificação de alterações de caráter degenerativo e hérnia discal cervical. Atualmente mantém seguimento médico regular e tratamento conservador, em programação de abordagem cirúrgica para correção da hérnia de disco em segmento cervical da coluna

vertebral. Ao exame físico atual, além das cicatrizes decorrentes dos ferimentos (...) verifica-se uma discreta limitação funcional da coluna cervical e lombossacra. *Ainda que a pericianda se submeta ao procedimento cirúrgico preconizado pelo médico neurocirurgião, a previsão de melhora é parcial, devendo restar limitações funcionais, tanto que o segmento lombar não será abordado cirurgicamente. Quanto ao nexo causal, fica estabelecido de forma direta com os ferimentos perfuro-cortantes acima descritos e indiretamente com a compressão do nervo ulnar esquerdo, pela evolução com processo cicatricial local e consequente compressão extrínseca. Não há como se estabelecer o nexo causal entre o acidente e as demais patologias, como a cervicobraquialgia, a lombociatalgia e a tendinose do ombro esquerdo, bem como com a hipótese diagnóstica de Fibromialgia. Sua incapacidade laborativa pode ser classificada como parcial e permanente, com restrições para atividades que demandem esforço físico, tanto para os membros superiores quanto para a coluna vertebral. (...) mesmo que seja realizada a abordagem cirúrgica da coluna cervical, suas limitações laborativas permanecerão as mesmas.* (Grifo nosso)

É fundamental distinguir as características do quadro de saúde da apelante, na medida em que há uma duplicidade de diagnósticos que a afetam de maneiras distintas. Relativamente ao acidente, além de cicatrizes, o laudo pericial destaca a existência de compressão no nervo ulnar esquerdo. Já as demais enfermidades - cervicobraquialgia, a lombociatalgia e a tendinose do ombro esquerdo -, apesar de seus efeitos limitadores, sequer têm relação com o acidente em serviço.

Quanto a esse evento, é fundamental delimitar as partes do corpo diretamente afetadas, de modo a distinguir os diagnósticos. Nos documentos de fls. 92/102, há uma série de fotografias que registram os ferimentos sofridos no ataque da onça. À fl. 92, há registro de ferimentos no braço esquerdo. Às fls. 93/95, mostra-se o ferimento no cotovelo esquerdo. Às fls. 96/100, registram-se escoriações no membro inferior esquerdo, e, às fls. 101/102, escoriações no tronco.

Dessa forma, conclui-se que o animal silvestre não lhe impingiu ferimentos no pescoço ou na região da coluna vertebral. Ademais, ao analisar a petição inicial, verifico que eventual incapacidade definitiva ou mesmo invalidez para os meios militar - indispensável para concessão de reforma - e civil teriam como origem lesão no membro superior esquerdo, a qual produziria, de acordo com documento de fl. 105, paralisia irreversível por perda de massa muscular. Conforme o documento de fl. 109, em inspeção de saúde realizada pela Administração Pública militar em São Paulo, houve traumatismo do tendão do manguito rotador do ombro esquerdo e traumatismo de nervo no braço esquerdo.

Malgrado o posterior desenvolvimento de outras enfermidades, como, por exemplo, a cervicobraquialgia, o laudo pericial não concluiu tratar-se de consequências diretas dos ferimentos causados pelo animal selvagem, tampouco serem aquelas resultantes em incapacidade total e definitiva para as atividades militares. Nesse sentido, o único ponto de contato entre as sequelas do acidente e as enfermidades nevrálgicas é este: a limitação para atividades a demandar esforço físico.

Posteriormente, é imprescindível analisar o estado de saúde da apelante em relação às atividades que desempenhava normalmente na ativa. Esta Segunda Turma tem defendido que a incapacidade do militar deve ser compreendida em relação às atividades habitualmente exercidas na ativa. Dessa maneira, se o militar apresenta limitações para atividades físicas mais exigentes - para as quais fora inicialmente convocado para exercer -, não se pode, após acidente ou enfermidade, afastar quadro de incapacidade definitiva, à luz do artigo 52, nº 4, do Decreto nº 57.654/66, sob o argumento de que a incapacidade parcial lhe permite exercer atividades de natureza burocrática.

No presente caso, a apelante pertencia ao quadro de Oficiais Veterinários do Exército Brasileiro. Embora se possa considerar que este ofício tenha características mais próximas de um trabalho essencialmente burocrático, o fato é que, no âmbito das Forças Armadas, se exige rigor físico muito superior àquele na vida civil. Ademais, o trato com animais selvagens e de grande porte - a exemplo da própria onça - é mais um elemento a corroborar essa particularidade do trabalho de veterinário do Exército Brasileiro.

Por conseguinte, entendo não ser o ofício habitual exercido por ela como de natureza burocrática.

Recorremos novamente, pois, ao laudo médico pericial, a fim de verificar o grau e a extensão de suas feridas e a compatibilidade delas com as atividades militares.

Às fls. 819/822, o experto manifestou-se nos seguintes termos, *in verbis*:

Sua incapacidade laborativa pode ser classificada como parcial e permanente, *com restrições para atividades que demandem esforço físico, tanto para os membros superiores quanto para a coluna vertebral.* (...) mesmo que seja realizada a abordagem cirúrgica da coluna cervical, suas limitações laborativas permanecerão as mesmas. (...) 5. *A incapacidade decorreu da evolução das moléstias ortopédicas desde a data do referido acidente.* 6. *Não. Apta para atividades administrativas.* (Grifo nosso)

Ora, disso se conclui que a apelante apresenta incapacidade definitiva, nos termos do artigo 52, nº 4, do Decreto nº 57.654/66, para as atividades habitualmente exercidas na ativa, em decorrência das lesões havidas no acidente em serviço (sem considerar as limitações oriundas de enfermidade na coluna), porquanto tem limitações de ordem física, sem as quais não teria como participar de exercícios militares frequentes e lidar com animais de grande porte, como as onças. Assim, a aptidão para atividades administrativas apenas confirma a incapacidade para aquelas habitualmente exercidas.

Consequentemente, estão satisfeitas as condições dos artigos 106, II, e 108, III, da Lei nº 6.880/80, razão por que se lhe deve conceder a reforma *ex officio* com remuneração equivalente àquela do posto/grau ocupado na ativa, a incidir desde a data de realização do laudo médico pericial que atestou a incapacidade definitiva, 06/09/2013 (fl. 822). Nesse sentido, é a jurisprudência desta Segunda Turma:

ADMINISTRATIVO. MILITAR. TEMPORÁRIO. ACIDENTE EM SERVIÇO CONFIGURADO. VERIFICADA INCAPACIDADE DEFINITIVA PARA AMBIENTE CASTRENSE. REFORMA *EX OFFICIO*. POSSIBILIDADE.

1 - *In casu*, o autor foi incorporado às fileiras do Exército Brasileiro em 1993, tendo sido considerado apto, nos moldes do art. 52, 1, do Decreto nº 57.654/66, apesar de haver informado que, anos antes, havia realizado transplante de córnea em seu olho direito. Em outubro de 1995, durante exercício militar, sofreu trauma nesse olho, necessitando de novo transplante de córnea. Contudo, em nova intervenção cirúrgica, houve rejeição do novo órgão, razão por que ele ficou com cegueira monocular.

2 - *Contexto fático-probatório é robusto o suficiente para sustentar posicionamento do MM. Juízo a quo, segundo o qual a hipótese dos autos é aquela de incapacidade definitiva - art. 52, 4, do Decreto nº 57.654/66 - decorrente de acidente em serviço, conforme art. 108, III, do Estatuto dos Militares. Por conseguinte, o autor faz jus à reforma ex officio com os efeitos decorrentes dessa classificação. Precedentes do STJ.*

3 - Cegueira monocular não enseja reforma nos termos do art. 108, V, da Lei nº 6.880/80. Precedentes. 4 - Apelação e reexame necessário aos quais não se dá provimento.

(AC 00073648519964036000, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/07/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO:.). (Grifo nosso)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ART. 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APLICABILIDADE. MILITAR TEMPORÁRIO. ACIDENTE EM SERVIÇO. DIREITO À REFORMA RECONHECIDO. DANO MORAL. ALEGAÇÃO NÃO CONHECIDA, ANTE A OCORRÊNCIA DE PRECLUSÃO. RETROAÇÃO DO PEDIDO DE REFORMA À DATA DO EVENTO DANOSO. IMPOSSIBILIDADE, EM RAZÃO DA PRECLUSÃO. DECLARAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO DA UNIÃO DESPROVIDO E AGRAVO DO AUTOR CONHECIDO, EM PARTE, E NÃO PROVIDO.

1. Para a aplicação do disposto no art. 557 do CPC não há necessidade de a jurisprudência dos Tribunais ser unânime ou de existir súmula dos Tribunais Superiores a respeito do tema. Ademais, o recurso pode ser manifestamente improcedente ou inadmissível mesmo sem estar em confronto com súmula ou jurisprudência dominante. Precedentes do STJ.

2. Não deve ser conhecido o agravo do autor na parte em que postula a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais, tendo em vista que não houve interposição de recurso em face da sentença que afastou tal pretensão, não sendo dado à parte reacender discussão em torno de matéria a cujo respeito se operou a preclusão.

3. Encontra-se preclusa a pretensão autoral de fazer retroagir a reforma à data do evento danoso, vez que o autor não apelou da sentença que reconheceu o direito apenas a contar da data do ajuizamento da ação.

4. Não merece ser conhecido o pleito de declaração, como tempo de serviço militar, do período em que o autor permaneceu ilegalmente licenciado, haja vista que tal pretensão não consta da inicial, constituindo, pois, inovação recursal.

5. Restando comprovada nos autos a incapacidade do autor para a atividade militar, em razão de acidente sofrido no deslocamento para o serviço, faz ele jus à reforma *ex officio*, com fulcro no art. 106, II, c/c art. 108, III e art. 109 da Lei nº 6.880/80.

6. Os fundamentos trazidos pelos agravantes não se mostram suficientes a ensejar a reforma da decisão agravada.

7. Agravo da União não provido e agravo do autor conhecido, em parte, e não provido.

(APELREEX 00111275020034036000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/10/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO:.).

Em igual sentido, tem julgado o Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. MILITAR TEMPORÁRIO. PRETENSÃO DE REFORMA FUNDADA EM MOLÉSTIA QUE ECLODIU DURANTE O SERVIÇO ATIVO. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A DOENÇA E A INCAPACIDADE PARA A ATIVIDADE CASTRENSE RECONHECIDA PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. CONCLUSÃO APOIADA NO SUPORTE FÁTICO DOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DA UNIÃO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça fixou o entendimento de que o Militar, temporário ou de carreira, que por motivo de doença ou acidente em serviço se tornou definitivamente incapacitado para o serviço ativo das Forças Armadas, faz jus à reforma, no mesmo grau hierárquico que ocupava enquanto na ativa, independentemente de seu tempo de serviço.

2. No caso dos autos, fundado nas provas colhidas durante a instrução, o Tribunal de origem afirma a incapacidade laborativa do Militar, bem como sua invalidez, confirmando que sua alienação mental é decorrente do exercício da atividade castrense.

3. Portanto, presente essa premissa fático-probatória, a alteração dessas conclusões, na forma

pretendida pela União, encontra óbice na Súmula 7 do STJ.

4. Agravo Regimental da UNIÃO desprovido. ..EMEN:

(AGRESP 201200628756, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:01/04/2016 ..DTPB:.).

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MILITAR. DIREITO À REFORMA. COMPROVAÇÃO DA INCAPACIDADE DEFINITIVA. DIREITO AO RECEBIMENTO DE PROVENTOS CALCULADO COM BASE NO SOLDADO INTEGRAL CORRESPONDENTE AO QUE POSSUÍA NA ATIVA.

1. Nos termos da jurisprudência do STJ, o militar temporário ou de carreira que, por motivo de doença ou acidente em serviço, tornou-se definitivamente incapacitado para o serviço militar faz jus à reforma, sendo desnecessária a existência do nexo causal entre a moléstia e o serviço castrense. Precedente: AgRg nos EREsp 1095870/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/11/2015, DJe 16/12/2015.

2. Hipótese em que o militar deverá ser reformado ante a existência de doença incapacitante, sem nexo causal com a atividade castrense, nos termos do art. 108, inciso V, da Lei 6.880/80, com direito a receber proventos calculados com base no soldo integral da graduação em que possuir, nos termos do art. 109, da Lei 6.880/80, como bem determinou o Tribunal de origem. Agravo regimental improvido. ..EMEN:

(AGRESP 201503154192, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:17/03/2016 ..DTPB:.).

Em seguida, os valores em atraso devidos a ela devem ser corrigidos nos termos do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, cuja incidência é imediata devido à natureza eminentemente processual.

Por fim, quanto à condenação em honorários advocatícios, como a presente apelação foi interposta sob a vigência do recém-revogado Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/73) e como se trata de medida de natureza sancionatória, afasto as atuais disposições do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), devendo incidir, pois, aquelas da recém-revogada Lei nº 5.869/73.

Como se está a tratar de condenação imposta à Fazenda Pública federal, incide a hipótese prevista no artigo 20, §4º. Consideradas as particularidades do caso concreto - pouca complexidade jurídica, interposição de agravo de instrumento e realização de perícia médica -, arbitro os honorários advocatícios em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Ante o exposto, voto por *dar provimento* à apelação, a fim de conceder à apelante reforma *ex officio* a contar desde 06/09/2013.

É o voto.

Desembargador federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL

0012766-88.2012.4.03.6000

(2012.60.00.012766-9)

Parte Autora: LEILA SIMONE FOERSTER MEREY

Parte Ré: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL - FUFMS

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

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE

Classe do Processo: ReeNec 347604

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/01/2018

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. CARÊNCIA DA AÇÃO. INOCORRÊNCIA. CONCURSO PÚBLICO. MESTRADO. EXIGÊNCIA DO EDITAL PARA INSCRIÇÃO CUMPRIDA. FORMAÇÃO ACADÊMICA SUFICIENTE. SENTENÇA MANTIDA.

- Afasto a preliminar de carência da ação por falta de interesse processual, uma vez que a aceitação da inscrição da impetrante no concurso ocorreu por força da liminar concedida, a qual carece de confirmação.

- No caso concreto, a ora impetrante foi impedida de efetivar sua inscrição no certame em debate ao fundamento de que o título de Mestrado que apresentou não preenche os requisitos estabelecidos pelo concorrente edital.

- Constata-se, contudo, que a universidade ré, ao inserir no edital o requisito do atendimento de todos os itens constantes do campo “formação exigida”, no qual inclui até mesmo a especialidade da tese defendida pelo concorrente, excede a sua competência e seu poder regulamentar e incorre em ilegal inovação no ordenamento jurídico, uma vez que a legislação pertinente (Decreto nº 94.664/87, Lei nº 7.596/87) não impõe a apresentação de titulação específica ao postulante à carreira do Magistério Superior, ao mencionar unicamente a graduação de Mestrado para o cargo de Professor Assistente, como corretamente consignado pelo provimento de 1º grau de jurisdição. Desse modo, não merece reparos a sentença, ao determinar que a autoridade impetrada aceite, em definitivo, a inscrição da impetrante no concurso público para ingresso na carreira do magistério superior, na classe de Professor Assistente - Ciências da Saúde/Fisioterapia da FUFMS, na medida em que a candidata comprovou sua titulação de Mestre em Saúde e Sociedade, auferida na própria instituição impetrada, o que satisfaz o requisito exigido para a sua participação no certame. Precedentes.

- Cabe ressaltar, ademais, que, conforme assinalado no parecer do MPF em 1º grau de jurisdição, a demonstração do cumprimento dos requisitos para a posse em cargo público deve realizar-se no momento da posse, e não da inscrição, como exigido no regulamento do concurso discutido, entendimento sedimentado na Súmula nº 266 do STJ.

- Remessa oficial a que se *nega provimento*.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2017.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator):

Remessa oficial de sentença (fls. 95/97) que, em sede de mandado de segurança, concedeu a ordem, para determinar que a autoridade impetrada aceite, em definitivo, a inscrição da impetrante no concurso público para ingresso na carreira do magistério superior, na classe de Professor Assistente - Ciências da Saúde/Fisioterapia da FUFMS. Sem honorários advocatícios.

O Ministério Público Federal manifestou-se no sentido do desprovimento da remessa oficial (fl. 105).

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator):

Pretende-se no presente *mandamus* a obtenção de ordem judicial que assegure ao impetrante a participação no concurso público organizado pela FUFMS para concorrer ao cargo de Professor Assistente - Ciências da Saúde/Fisioterapia.

Inicialmente, afasto a preliminar de carência da ação por falta de interesse processual, uma vez que a aceitação da inscrição da impetrante no concurso ocorreu por força da liminar concedida, a qual carece de confirmação.

Outrossim, destaque-se o que dispõe o artigo 12, § 1º, alínea “b”, do Decreto nº 94.664/87, que regulamenta o Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos de que trata a Lei nº 7.596/87, *in verbis*:

Art. 12. *O ingresso na carreira do Magistério Superior dar-se-á mediante habilitação em concurso público de provas e títulos, somente podendo ocorrer no nível 1 de qualquer classe.*

1º Para inscrição no concurso a que se refere este artigo, será exigido:

- a) diploma de graduação em curso superior, para a classe de Professor Auxiliar;
- b) grau de Mestre, para a classe de Professor Assistente;
- c) título de Doutor ou de Livre-Docente, para a classe de Professor Adjunto.

2º O ingresso na classe de Professor Titular dar-se-á unicamente mediante habilitação em concurso público de provas e títulos, na qual somente poderão inscrever-se portadores do título de Doutor ou de Livre-Docente, Professores Adjuntos, bem como pessoas de notório saber, reconhecido pelo conselho superior competente da IFE.

3º A instituição pode prescindir da observância dos pré-requisitos previstos nas alíneas b e c do § 1º, em relação a áreas de conhecimento cuja excepcionalidade seja reconhecida pelo conselho superior competente da IFE.

No caso concreto, a ora impetrante foi impedida de efetivar sua inscrição no certame em debate (fl. 24) ao fundamento de que o título de Mestrado que apresentou não preenche os requisitos estabelecidos pelo concernede edital (fls. 33/56).

Constata-se, contudo, que a universidade ré, ao inserir no edital o requisito do atendimento de todos os itens constantes do campo “formação exigida”, no qual inclui até mesmo a especialidade da tese defendida pelo concorrente, excede a sua competência e seu poder regulamentar e incorre em ilegal inovação no ordenamento jurídico, uma vez que a legislação pertinente (Decreto nº 94.664/87, Lei nº 7.596/87) não impõe a apresentação de titulação específica ao postulante à carreira do Magistério Superior, ao mencionar unicamente a graduação de Mestrado para o cargo de Professor Assistente, como corretamente consignado pelo provimento de 1º grau de jurisdição. Desse modo, não merece reparos a sentença, ao determinar que a autoridade impetrada aceite, em definitivo, a inscrição da impetrante no concurso público para ingresso na carreira do magistério superior, na classe de Professor Assistente - Ciências da Saúde/Fisioterapia da FUFMS, na medida em que a candidata comprovou sua titulação de Mestre em Saúde e Sociedade, auferida na própria instituição impetrada (fl. 18), o que satisfaz o requisito exigido para a sua participação no certame. Corrobora esse entendimento a seguinte jurisprudência:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. INSCRIÇÃO PARA CONCURSO DE PROFESSOR SUBSTITUTO. PROCESSO SELETIVO. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA. INEXISTÊNCIA DE AMPARO LEGAL. INTELIGÊNCIA DO DECRETO Nº 94.664/97 E LEI Nº 94.664/97. APELAÇÃO PROVIDA.

1. O cerne da questão recursal se cinge na legalidade da exigência contida no edital que regulamenta concurso público para provimento de vaga do cargo de Professor Adjunto da disciplina de Endocrinologia do curso de Medicina da Universidade Federal de Campina Grande - UFCG, que prevê a imprescindibilidade de apresentação de título de Especialista em Endocrinologia e Metabologia geral.

2. *A lei aplicável para tratar da admissão de Professor-Assistente no âmbito universitário é a Lei n. Lei nº 7.596, de 10 de abril de 1987, regulamentada pelo Decreto nº 94.664/87, que institui o Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos. Tais diplomas legais não estabelecem como requisito para o acesso ao cargo de Professor-Assistente o título de “especialização específica em determinada área”.*

2. Não há que se falar em razoabilidade e eficiência da Administração, que incluiu no edital a exigência de apresentação de título de “especialista em Endocrinologia e Metabologia geral”, já que se denota *evidente desrespeito ao que preceitua a lei, na medida em que se amplia exigência, sem que o legislador o tenha efetivado.*

3. Inexiste caráter discricionário a ser reconhecido, já que a discricionariedade só se legitima e existe no âmbito do direito administrativo, quando inexistente lei que rege a referida atuação do Poder Público, quando devidamente legalizada esta última, não há que se falar em discricionariedade administrativa, mas desnuda-se evidente vinculação entre a prática do ato e o que previu o legislador.

4. No que tange à ofensa ao princípio da isonomia, inexistente a respectiva inconstitucionalidade mediante eventual desobediência à garantia constitucional, já que não se pode, sob a justificativa de que existem situações semelhantes, deixar de amparar o direito almejado por aquele que buscou se albergar na tutela judicial. O fato de que eventuais outros interessados não tenham se inscrito para a seleção pública por não atenderem à exigência editalícia, agora

reconhecida indevida, não faz com que em nome deles se legitime a ilegalidade ora verificada. 5. Ausente também qualquer ingerência do Judiciário sobre o mérito administrativo, visto que quando se desobedece a mandamento legal não se pode reconhecer atuação administrativa que possa ficar fora do poder de apreciação judicial, o que poderia ocasionar ofensa ao próprio preceito constitucional da garantia de acesso ao poder Judiciário.

6. Apelação do particular provida.

(TRF 5ª Região, AMS 97718, PROC: 20068201008797, Rel. Des. Federal FRANCISCO BARROS DIAS, SEGUNDA TURMA, Julg.: 13/10/2009, v.u., DJE - Data::28/10/2009 - Página::428)

Cabe ressaltar, ademais, que, conforme assinalado no parecer do MPF em 1º grau de jurisdição, a demonstração do cumprimento dos requisitos para a posse em cargo público deve realizar-se no momento da posse e não da inscrição, como exigido no regulamento do concurso discutido, entendimento sedimentado na Súmula nº 266 do STJ, *in verbis*:

O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público.

Ante o exposto, *rejeito a matéria preliminar e nego provimento à remessa oficial.*

É como voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0021252-53.2012.4.03.6100
(2012.61.00.021252-3)

Apelante: MAKRO ATACADISTA S/A
Apelada: AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª DA VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR
Classe do Processo: Ap 2075754
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/02/2018

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MULTA DE TRÂNSITO. EXCESSO DE PESO. AUTUAÇÃO. REGULAR.

1 - O autor foi autuado por ser embarcador de carga em veículo que transitou com excesso de peso, com base no artigo 231, V, “b” e “d” do CTB. Em sua peça inicial, afirma que não realizou o transporte de mercadorias, não procedeu à contratação de veículo para transporte de mercadorias sob sua responsabilidade, não deteve vínculos em relação aos veículos objetos das autuações, não emitiu conhecimento de transporte nem remessa via CIF, e não agiu como embarcadora das mercadorias. No entanto, os Documentos Auxiliares de Nota Fiscal Eletrônica - DANFE nº 06807 e 007501, emitidos pelo autor o identificam como único remetente das cargas, ou seja, como embarcador, para os fins legais.

2 - Para fins dos parágrafos 4º e 6º do artigo 257 do CTB, a Resolução CONTRAN de nº 258, de 30/11/2008 estabelece em seu artigo 12 que deve ser considerado embarcador o remetente ou expedidor da carga, mesmo se o frete for “à pagar”, sendo este o responsável pela infração relativa ao transporte de carga com excesso de peso.

3 - Verifica-se que as autuações em comento consideraram os dados constantes dos documentos fiscais em poder dos veículos pesados, que indicavam o autor como remetente da carga transportada. Portanto, encontram-se regulares e em consonância com a legislação.

4 - A aferição e controle do peso dos veículos são essenciais, pois é sabido que o excesso de peso, além de reduzir a condição de segurança no trânsito, contribui para o desgaste prematuro dos pavimentos de asfalto.

5 - Apelação não provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 24 de janeiro de 2018.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

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

Cuida-se de ação anulatória de ato administrativo, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada por MAKRO ATACADISTA S/A em face da AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT, objetivando a nulidade dos autos de infração lavrados contra a autora por excesso de peso no transporte de mercadorias. Foi atribuído à causa o valor de R\$ 437,00, à época da propositura.

À inicial apresentou documentos (fls. 16/45).

Informa a autora que se dedica ao comércio atacadista de produtos alimentícios e não alimentícios em geral e que sofreu autuação por parte da requerida por ultrapassar o limite de peso permitido.

Segundo relata, o Auto de Infração nº 1331837-3 foi lavrado em 26/05/2011 por considerar que o veículo Mercedes Benz placa 905834275 encontrava-se transitando na Rodovia BR-116 km com excesso de peso, aplicando-se a multa no valor de R\$ 308,57 e o Auto de Infração nº 13338702 foi lavrado em 14/07/2011 por considerar que o veículo Mercedes Benz placa BWLo730 transitava na mesma rodovia, também com excesso de peso, com aplicação da multa no valor de R\$ 127,69.

Sustenta a autora que as autuações lavradas contra a empresa foram irregulares eis que infringiram disposições legais previstas na Lei nº 9.053/97 e Resolução nº 586/86 do CONTRAN.

Afirma que não procedeu à feitura de transporte dos itens encontrados em tais veículos, não procedeu a contratação de qualquer veículo para que procedesse ao transporte dessas mercadorias, não detém qualquer vínculo com tais veículos ou com seus motoristas e não emitiu qualquer conhecimento de transporte ou remessa via CIF, portanto a autuação é indevida.

Decisão deferindo a suspensão da exigibilidade das multas em decorrência de depósito integral à fl. 56.

Contestação apresentada às fls. 73/87.

Réplica apresentada às fls. 349/350.

Sobreveio sentença de improcedência do pedido não vislumbrando o Juízo nenhum vício no procedimento de fiscalização. Condenou a autora ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.500,00. Custas na forma da lei.

Apelou a autora, pugnando pela reforma da decisão. Sustentou a ilegalidade das autuações a ela impostas.

É o relatório.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

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

Cuida-se de ação anulatória ajuizada com objetivo de obter a nulidade dos autos de infração lavrados em virtude de excesso de peso de carga.

Em relação aos veículos que trafegam com excesso de peso pelas vias terrestres, a Lei nº 9.503/1997, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro, previu expressamente as infrações

de trânsito e correspondentes penalidades, delegando ao CONTRAN a regulamentação dos limites de peso e de dimensões, assim disposto:

Art. 99. Somente poderá transitar pelas vias terrestres o veículo cujo peso e dimensões atenderem aos limites estabelecidos pelo CONTRAN.

§ 1º O excesso de peso será aferido por equipamento de pesagem ou pela verificação de documento fiscal, na forma estabelecida pelo CONTRAN.

§ 2º Será tolerado um percentual sobre os limites de peso bruto total e peso bruto transmitido por eixo de veículos à superfície das vias, quando aferido por equipamento, na forma estabelecida pelo CONTRAN.

§ 3º Os equipamentos fixos ou móveis utilizados na pesagem de veículos serão aferidos de acordo a metodologia e na periodicidade estabelecidas pelo CONTRAN, ouvido o órgão ou entidade de metrologia legal.

Art. 161. Constitui infração de trânsito a inobservância de qualquer preceito deste Código, da legislação complementar ou das resoluções do CONTRAN, sendo o infrator sujeito às penalidades e medidas administrativas indicadas em cada artigo, além das punições previstas no Capítulo XIX.

Parágrafo único. As infrações cometidas em relação às resoluções do CONTRAN terão suas penalidades e medidas administrativas definidas nas próprias resoluções.

(...)

Art. 231. Transitar com o veículo:

(...)

V - com excesso de peso, admitido percentual de tolerância quando aferido por equipamento, na forma a ser estabelecida pelo CONTRAN:

Infração - média;

Penalidade - multa acrescida a cada duzentos quilogramas ou fração de excesso de peso apurado, constante na seguinte tabela:

- a) até seiscentos quilogramas - 5 (cinco) UFIR;
- b) de seiscentos e um a oitocentos quilogramas - 10 (dez) UFIR;
- c) de oitocentos e um a um mil quilogramas - 20 (vinte) UFIR;
- d) de um mil e um a três mil quilogramas - 30 (trinta) UFIR;
- e) de três mil e um a cinco mil quilogramas - 40 (quarenta) UFIR;
- f) acima de cinco mil e um quilogramas - 50 (cinquenta) UFIR;

Medida administrativa - retenção do veículo e transbordo da carga excedente;

Art. 280. Ocorrendo infração prevista na legislação de trânsito, lavrar-se-á auto de infração, do qual constará:

I - tipificação da infração;

II - local, data e hora do cometimento da infração;

III - caracteres da placa de identificação do veículo, sua marca e espécie, e outros elementos julgados necessários à sua identificação;

IV - o prontuário do condutor, sempre que possível;

V - identificação do órgão ou entidade e da autoridade ou agente autuador ou equipamento que comprovar a infração;

VI - assinatura do infrator, sempre que possível, valendo esta como notificação do cometimento da infração.

§ 1º (VETADO)

§ 2º A infração deverá ser comprovada por declaração da autoridade ou do agente da autoridade de trânsito, por aparelho eletrônico ou por equipamento audiovisual, reações químicas ou qualquer outro meio tecnologicamente disponível, previamente regulamentado pelo CONTRAN.

§ 3º Não sendo possível a autuação em flagrante, o agente de trânsito relatará o fato à autoridade no próprio auto de infração, informando os dados a respeito do veículo, além dos

constantes nos incisos I, II e III, para o procedimento previsto no artigo seguinte.

§ 4º O agente da autoridade de trânsito competente para lavrar o auto de infração poderá ser servidor civil, estatutário ou celetista ou, ainda, policial militar designado pela autoridade de trânsito com jurisdição sobre a via no âmbito de sua competência.

Art. 281. A autoridade de trânsito, na esfera da competência estabelecida neste Código e dentro de sua circunscrição, julgará a consistência do auto de infração e aplicará a penalidade cabível.

Sobre a a responsabilidade pelo pagamento de multas, a Resolução CONTRAN nº 108, de 21 de dezembro de 1999, dispõe em seu artigo 1º:

Art.1º Fica estabelecido que o proprietário do veículo será sempre responsável pelo pagamento da penalidade de multa, independente da infração cometida, até mesmo quando o condutor for indicado como condutor-infrator nos termos da lei, não devendo ser registrado ou licenciado o veículo sem que o seu proprietário efetue o pagamento do débito de multas, *excetuando-se as infrações resultantes de excesso de peso que obedecem ao determinado no art. 257 e parágrafos do Código de Trânsito Brasileiro*.

No caso, o autor foi autuado por ser embarcador de carga em veículo que transitou com excesso de peso, com base no artigo 231, V, “b” e “d” do CTB. Em sua peça inicial, afirma que “não realizou o transporte de mercadorias, não procedeu à contratação de veículo para transporte de mercadorias sob sua responsabilidade, não deteve vínculos em relação aos veículos objetos das autuações, não emitiu conhecimento de transporte nem remessa via CIF, e não agiu como embarcadora das mercadorias”.

No entanto, os Documentos Auxiliares de Nota Fiscal Eletrônica - DANFE nº 06807 e 007501, emitidos pelo autor o identificam como único remetente das cargas, ou seja, como embarcador, para os fins legais.

Com efeito, para fins dos parágrafos 4º e 6º do artigo 257 do CTB, a Resolução CONTRAN de nº 258, de 30/11/2008 estabelece em seu artigo 12 que deve ser considerado embarcador o remetente ou expedidor da carga, mesmo se o frete for “à pagar”, sendo este o responsável pela infração relativa ao transporte de carga com excesso de peso.

Verifica-se que as autuações em comento consideraram os dados constantes dos documentos fiscais em poder dos veículos pesados, que indicavam o autor como remetente da carga transportada. Portanto, encontram-se regulares e em consonância com a legislação.

Cumpra observar que a aferição e controle do peso dos veículos são essenciais, pois é sabido que o excesso de peso, além de reduzir a condição de segurança no trânsito, contribui para o desgaste prematuro dos pavimentos de asfalto.

Assim, as atividades de normatização e de execução da política de metrologia legalmente atribuídas à ANTT e ao CONTRAN, traduzem-se em verdadeiro exercício de poder de polícia, nos termos do art. 78, do CTN, tendo por escopo preservar a ordem pública, em face de interesse público relevante, garantindo o bem-estar geral da comunidade.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0004010-07.2014.4.03.6102
(2014.61.02.004010-6)

Apelantes: LUCAS COSTA SILVA E UNIÃO FEDERAL

Apelados: OS MESMOS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS

Classe do Processo: Ap 2239900

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/10/2017

EMENTA

APELAÇÃO. PRELIMINAR. LEGITIMIDADE PASSIVA. REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. SERVIDOR EGRESSO DE OUTRO ENTE FEDERATIVO. DIREITO DE OPÇÃO.

I. Preliminarmente, deve ser afastada a hipótese de ilegitimidade passiva da Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público - FUNPRESP, uma vez que o autor efetuou pedido sucessivo para se submeter ao referido regime instituído pela Lei nº 12.618/2012, ainda que já tenha transcorrido o prazo previsto no parágrafo 7º do artigo 3º da referida Lei.

II. Assim sendo, a FUNPRESP deverá integrar o polo passivo da presente ação, tendo em vista que poderá ser afetada direta ou indiretamente pela decisão de mérito a ser proferida nos presentes autos.

III. No que concerne ao pedido de suspensão da presente ação, cabe salientar que o ajuizamento de ação coletiva não obsta o exercício individual do direito de ação.

IV. Ademais, não restou comprovada a identidade da cauda de pedir e dos pedidos entre as referidas ações, motivo pelo qual deve ser indeferido o pedido de suspensão.

V. O cerne da controvérsia diz respeito ao direito do servidor público federal, egresso de cargo público de outro ente da federação no período anterior a 30-04-2012, de optar pelo novo regime de previdência complementar, previsto na Lei nº 12.618/2012, ou pelo regime anterior.

VI. A Lei nº 12.618/2012 instituiu o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargos efetivos, obrigatório àqueles que ingressaram no serviço público após o início da vigência do aludido diploma e facultativo aos que entraram até a data anterior ao início da vigência do regime de previdência complementar.

VII. Todavia, a referida Lei restringiu o direito de opção ao novo regime previdenciário ou à manutenção ao antigo apenas ao servidor público federal oriundo, sem quebra de continuidade, de cargo público estatutário do mesmo ente da federação, remanescendo, ao egresso de cargo vinculado a outro ente político, somente o direito a um benefício especial.

VIII. Em que pese a restrição conferida pela norma infraconstitucional, a Constituição Federal, em seu artigo 40, §16º, não fez distinção entre os agentes públicos federais, estaduais, distritais ou municipais ao prever o direito de opção do “*servidor que tiver ingressado no serviço público*”.

IX. Em idêntica linha de raciocínio, o comando constitucional previsto no inciso III

do artigo 40, confere o direito à aposentadoria voluntária mediante o cumprimento do tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público, sem limitar o vínculo a um único ente federativo.

X. Portanto, o autor faz jus ao direito de optar pela vinculação ao antigo Regime Próprio de Previdência da União, com efeitos retroativos a 31-03-2014.

XI. Apelação da União Federal improvida. Apelação da parte autora parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 03 de outubro de 2017.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de ação ordinária ajuizada por Lucas Costa Silva em face da União Federal e da Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público - FUNPRESP, visando o direito de não se submeter ao sistema de previdência complementar, tendo em vista a condição de servidor público, sem quebra de continuidade, inicialmente como Técnico Previdenciário e, após, como Agente da Fiscalização Financeira junto ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

A r. sentença monocrática julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do CPC, com relação à FUNPRESP, em razão de sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da ação, e julgou procedente o pedido, com relação à União Federal, para assegurar ao autor o direito de opção pelo regime próprio de previdência desde 31-03-2014, sem as limitações de valores de benefícios decorrentes da Emenda Constitucional nº 41/2003. Condenou a União Federal, ainda, ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa (R\$ 1.000,00) e um terço das custas processuais.

Nas razões recursais, a parte autora argui, preliminarmente, a legitimidade passiva da Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público - FUNPRESP. Requer, ainda, que a União Federal seja condenada ao pagamento das contribuições previdenciárias referentes ao período em que o autor não estava filiado ao Regime Próprio de Previdência da União Federal.

Por sua vez, a União Federal alega a existência de ação coletiva e requer a suspensão da presente ação até o deslinde daquela causa. No mérito, requer a reforma da sentença com a total improcedência da ação.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.

É o relatório.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

VOTO

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

Preliminarmente, deve ser afastada a hipótese de ilegitimidade passiva da Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público - FUNPRESP, uma vez que o autor efetuou pedido sucessivo para se submeter ao referido regime instituído pela Lei nº 12.618/2012, ainda que já tenha transcorrido o prazo previsto no parágrafo 7º do artigo 3º da referida Lei.

Assim sendo, a FUNPRESP deverá integrar o polo passivo da presente ação, tendo em vista que poderá ser afetada direta ou indiretamente pela decisão de mérito a ser proferida nos presentes autos.

No que concerne ao pedido de suspensão da presente ação, cabe salientar que o ajuizamento de ação coletiva não obsta o exercício individual do direito de ação.

Ademais, não restou comprovada a identidade da cauda de pedir e dos pedidos entre as referidas ações, motivo pelo qual deve ser indeferido o pedido de suspensão.

Passo, então, à análise do mérito.

O cerne da controvérsia diz respeito ao direito do servidor público federal, egresso de cargo público de outro ente da federação no período anterior a 30-04-2012, de optar pelo novo regime de previdência complementar, previsto na Lei nº 12.618/2012, ou pelo regime anterior.

Em relação ao regime de previdência complementar dos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, assim dispôs a respeito a Constituição Federal:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

§ 14. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

§ 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

§ 16. Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

A Lei nº 12.618/2012 instituiu o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargos efetivos, obrigatório àqueles que ingressaram no serviço público após o início da vigência do aludido diploma e facultativo aos que entraram até a data anterior ao início da vigência do regime de previdência complementar.

Todavia, a referida Lei restringiu o direito de opção ao novo regime previdenciário ou à manutenção ao antigo apenas ao servidor público federal oriundo, sem quebra de continuidade, de cargo público estatutário do mesmo ente da federação, remanescendo, ao egresso de cargo vinculado a outro ente político, somente o direito a um benefício especial.

Em que pese a restrição conferida pela norma infraconstitucional, a Constituição Federal, em seu artigo 40, §16º, não fez distinção entre os agentes públicos federais, estaduais, distritais ou municipais ao prever o direito de opção do “*servidor que tiver ingressado no serviço público*”.

Em idêntica linha de raciocínio, o comando constitucional previsto no inciso III do artigo 40, confere o direito à aposentadoria voluntária mediante o cumprimento do tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público, sem limitar o vínculo a um único ente federativo.

Portanto, o autor faz jus ao direito de optar pela vinculação ao antigo Regime Próprio de Previdência da União, com efeitos retroativos a 31-03-2014.

Por fim, não há previsão legal para determinar que a União Federal seja responsabilizada pelo recolhimento das contribuições previdenciárias nos moldes requeridos pelo autor, de modo que o mesmo deverá arcar com todas as contribuições atrasadas, não sendo possível a este Juízo deferir o parcelamento uma vez que a sua autorização cabe exclusivamente à Administração Pública mediante o cumprimento de requisitos legais.

No que concerne aos honorários advocatícios, o seu arbitramento pelo magistrado fundamenta-se no princípio da razoabilidade, devendo, como tal, pautar-se em uma apreciação equitativa dos critérios contidos no § 2º do artigo 85 do Código de Processo Civil, evitando-se que sejam estipulados em valor irrisório ou excessivo.

Os honorários devem ser fixados em quantia que valorize a atividade profissional advocatícia, homenageando-se o grau de zelo, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, tudo visto de modo equitativo.

Assim, afigura-se razoável o arbitramento de honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, que deverá ser arcado pelas partes rés.

Isto posto, *nego provimento à apelação da União Federal e dou parcial provimento à apelação da parte autora*, apenas para reconhecer a legitimidade da Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público - FUNPRESP para figurar no polo passivo da ação.

Mantenho, quanto ao mais, a douda decisão recorrida.

É o voto.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0011737-19.2016.4.03.0000

(2016.03.00.011737-1)

Agravantes: HUGO MIGUEL OLIVEIRA SILVA E FABIANA PEREIRA DA SILVA

Agravada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR

Classe do Processo: AI 583968

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/02/2018

EMENTA

SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE. LEI 9.514/97. SISTEMA DE AMORTIZAÇÃO CONSTANTE - SAC. INEXISTÊNCIA DE ANATOCISMO. CADASTRO DOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. INSCRIÇÃO. POSSIBILIDADE.

I - A impontualidade na obrigação do pagamento das prestações acarreta o vencimento antecipado da dívida e a consolidação da propriedade em nome da instituição financeira, legitimando-se a medida nos termos da Lei nº 9.514/97, que não fere direitos do mutuário, e não incide em inconstitucionalidade. Precedentes da Corte.

II - Pagamento dos valores incontroversos que por si só não autoriza a suspensão do procedimento de execução extrajudicial, devendo o mutuário prosseguir desembolsando a integralidade dos valores que lhe são exigidos pelo agente financeiro, efetuando o depósito judicial dos valores controvertidos e o pagamento da porção incontroversa diretamente à instituição financeira. Inteligência da Lei 10.931/04.

III - É legítima a inscrição do nome do mutuário inadimplente nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito. Para o afastamento da excogitada providência, não basta a mera propositura de demanda, havendo necessidade de preenchimento do requisito da verossimilhança das alegações quanto à exigência da instituição financeira que compõe a questão principal.

IV - Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 06 de fevereiro de 2018.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão de fls. 19/24 pela qual, em autos de ação revisional de contrato de financiamento de imóvel, foi indeferido pedido de tutela antecipada objetivando seja autorizado o depósito judicial das parcelas vencidas no valor de R\$ 2.353,71, com incorporação ao saldo devedor das parcelas vencidas, bem como a abstenção da CEF em promover execução extrajudicial e inscrição dos nomes dos recorrentes em cadastro de inadimplentes.

Sustenta a parte recorrente, em síntese, a ocorrência de irregularidades no reajuste das prestações, cujos valores efetivamente devidos somente serão apurados com a realização de perícia contábil, pleiteando o depósito judicial das prestações vencidas nos valores incontroversos e a incorporação das vencidas no saldo devedor, evitando assim os efeitos da inadimplência. Aduz também a inconstitucionalidade da execução extrajudicial nos termos da Lei 9.514/97 e a impossibilidade de restrição nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito enquanto estiver a questão “*sub judice*”.

Em juízo sumário de cognição (fl. 78) foi indeferido o efeito suspensivo ao recurso.

O recurso foi respondido.

É o relatório.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator):

A impontualidade na obrigação do pagamento das prestações acarreta o vencimento antecipado da dívida e a consolidação da propriedade em nome da instituição financeira e, conforme entendimento desta Corte, legitima-se a medida nos termos da Lei nº 9.514/97, que não fere direitos do mutuário, e não incide em inconstitucionalidade.

Neste sentido, destaco os seguintes julgados:

PROCESSO CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL RECEBIDO COMO AGRAVO PREVISTO NO ART. 557, § 1º, DO CPC PROCESSO CIVIL - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO, NOS TERMOS DO ART. 557, *CAPUT*, DO CPC - DECISÃO MANTIDA - SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO/SFH - EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL - Lei nº 9.514/97 - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - RECURSO IMPROVIDO.

1. Agravo Regimental recebido como Agravo previsto no § 1º do art. 557 do Código de Processo Civil, em homenagem ao princípio da fungibilidade dos recursos.

2. A atual redação do art. 557 do Código de Processo Civil indica que o critério para se efetuar o julgamento monocrático é, tão somente, a existência de jurisprudência dominante, não exigindo, para tanto, jurisprudência pacífica ou, muito menos, decisão de Tribunal Superior que tenha efeito erga omnes. Precedentes.

3. Não merece prosperar o inconformismo da parte agravante, tendo em vista que a decisão recorrida foi prolatada em consonância com a jurisprudência majoritária deste E. Tribunal e do C. Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que é constitucional a Lei nº 9.514/97, que prevê a possibilidade de consolidação da propriedade nas mãos do agente fiduciário

em decorrência do inadimplemento do mutuário e que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos contratos regidos pelo SFH, quando o mutuário efetivamente comprova a existência de abusividade das cláusulas contratuais ou de excessiva onerosidade da obrigação.

4. Considerando que a parte agravante não conseguiu afastar os fundamentos da decisão agravada, esta deve ser mantida. 5. Recurso improvido.

(AC 00010028420124036104, JUIZ CONVOCADO HELIO NOGUEIRA, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 07/11/2013.. FONTE_REPUBLICACAO:.)

DIREITO CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO IMOBILIARIO. LEI Nº 9.514/97. CONSTITUCIONALIDADE. DECRETO-LEI 70/66. INAPLICABILIDADE. ARTIGO 557 DO CPC. POSSIBILIDADE.

1. *Não há que se falar em inconstitucionalidade da Lei 9.514/97, que prevê a possibilidade de consolidação da propriedade nas mãos do agente fiduciário em decorrência do inadimplemento do mutuário.*

2. Inaplicabilidade do Decreto-Lei nº 70/66, visto que o contrato de financiamento firmado pelas partes não prevê a adoção de tal procedimento, mas sim determina que o imóvel, em caso de inadimplemento, seja alienado fiduciariamente, na forma da Lei nº 9.514 /97.

3. Agravo regimental, recebido como agravo legal, não provido.

(AC 00203581920084036100, JUIZA CONVOCADA SILVIA ROCHA, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, TRF3 CJ1 DATA: 08/02/2012)

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO LEGAL - CPC, ART. 557 - SFH - EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL - CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - ARTIGO 38 DA LEI 9514/97 - NÃO HÁ QUE SE FALAR NA APLICAÇÃO DO DL 70 66 - O PROCEDIMENTO DE EXECUÇÃO DO TÍTULO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA NÃO OFENDE A ORDEM CONSTITUCIONAL.

I - Cumpre consignar que o presente contrato possui cláusula de alienação fiduciária em garantia, na forma do artigo 38 da Lei nº 9.514/97, cujo regime de satisfação da obrigação difere dos mútuos firmados com garantia hipotecária, posto que na hipótese de descumprimento contratual e decorrido o prazo para a purgação da mora, ocasiona a consolidação da propriedade do imóvel em nome da credora fiduciária.

II - Diante da especificidade da lei em comento, não há que se falar na aplicação das disposições do Decreto-Lei nº 70/66 neste particular.

III - *O procedimento de execução do mútuo com alienação fiduciária em garantia, não ofende a ordem constitucional vigente, sendo passível de apreciação pelo Poder Judiciário, caso o devedor assim considerar necessário.*

IV - *In casu*, verifica-se no registro de matrícula do imóvel (fls. 40/45), que o autor foi devidamente intimado para purgação da mora, todavia, o mesmo deixou de fazê-lo, razão pela qual a propriedade restou consolidada em favor da credora fiduciária.

V - Agravo legal improvido.

(AC 00126169120094036104, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 - SEGUNDA TURMA, TRF3 CJ1 DATA: 23/02/2012)

PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE IMÓVEL. IMPONTUALIDADE. CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE EM NOME DA CEF. INSCRIÇÃO DO NOME DO MUTUÁRIO NO CADASTRO DE INADIMPLENTES. POSSIBILIDADE. DIREITO DE ACESSO AO JUDICIÁRIO NÃO VIOLADO.

1. O contrato de financiamento foi firmado nos moldes do artigo 38 da Lei nº 9.514 /97, com alienação fiduciária em garantia, cujo regime de satisfação da obrigação (artigos 26 e seguintes) diverge dos mútuos firmados com garantia hipotecária. *A impontualidade na obrigação do pagamento das prestações, conforme confessado pelos agravantes, acarretou*

no vencimento antecipado da dívida e a imediata consolidação da propriedade em nome da instituição financeira.

2. O pagamento da parte incontroversa, por si só, não protege o mutuário contra a execução, bem como da inscrição de seu nome em cadastros de proteção ao crédito. Para obter tal proteção, é preciso depositar integralmente a parte controvertida (§ 2º, artigo 50, Lei nº 10.931/2004) ou obter do Judiciário decisão nos termos do § 4º do artigo 50 da referida lei.

3. O procedimento de execução do mútuo com alienação fiduciária em garantia não fere o direito de acesso ao Judiciário, porquanto não proíbe ao devedor, lesado em seu direito, levar a questão à análise judicial.

4. Agravo legal a que se nega provimento.

(TRF3 - QUINTA TURMA, AI 201103000156664, JUIZ ANTONIO CEDENHO, 10/08/2011)

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - ARTIGO 557, "CAPUT", DO CPC - POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO - SFH - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - LEI Nº 9.514 /97 - NÃO PURGAÇÃO DA MORA - CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE DO IMÓVEL EM FAVOR DA CREDORA - AGRAVO IMPROVIDO.

I- O fundamento pelo qual o presente recurso foi julgado nos termos do artigo 557, "caput", do CPC, se deu pela ampla discussão da matéria já pacificada no âmbito desta C. Corte, o que se torna perfeitamente possível devido à previsibilidade do dispositivo.

II - O contrato firmado entre as partes possui cláusula de alienação fiduciária em garantia, na forma do artigo 38 da Lei nº 9.514 /97, cujo regime de satisfação da obrigação difere dos mútuos firmados com garantia hipotecária, posto que na hipótese de descumprimento contratual e decorrido o prazo para a purgação da mora, ocasiona a consolidação da propriedade do imóvel em nome da credora fiduciária.

III - Diante da especificidade do contrato em comento, não há que se falar na aplicação das disposições do Decreto-Lei nº 70/66 neste particular.

IV - Ademais, o procedimento de execução do mútuo com alienação fiduciária em garantia, não ofende a ordem constitucional vigente, sendo passível de apreciação pelo Poder Judiciário, caso o devedor assim considerar necessário.

V - Conforme se verifica no registro de matrícula do imóvel, a agravante foi devidamente intimada para purgação da mora, todavia, a mesma deixou de fazê-lo, razão pela qual a propriedade restou consolidada em favor da credora fiduciária.

VI - Registre-se que não há nos autos qualquer documento que infirme as informações constantes na referida averbação da matrícula do imóvel.

VII - Não há ilegalidade na forma utilizada para satisfação dos direitos da credora, sendo inadmissível obstá-la de promover atos expropriatórios ou de venda, permitindo à agravante a permanência em imóvel que não mais lhe pertence, sob pena de ofender ao disposto nos artigos 26 e 27, da Lei nº 9.514 /97, uma vez que, com a consolidação da propriedade, o bem se incorporou ao patrimônio da Caixa Econômica Federal.

VIII - Agravo improvido.

(TRF3 - SEGUNDA TURMA, AI 201103000074751, JUIZ COTRIM GUIMARÃES, 07/07/2011).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SISTEMA FINANCEIRO IMOBILIÁRIO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. INADIMPLÊNCIA. DIREITO REAL. CONSOLIDAÇÃO DO IMÓVEL EM FAVOR DO CREDOR. IMPROVIMENTO.

1. O contrato firmado entre as partes no presente caso é regido pelas normas do Sistema de Financiamento Imobiliário, não se aplicando as normas do Sistema Financeiro da Habitação, conforme artigo 39 da Lei nº 9.514/97.

2. Na alienação fiduciária, o devedor ou fiduciante transmite a propriedade ao credor ou fiduciário, constituindo-se em favor deste uma propriedade resolúvel, é dizer, contrata como garantia a transferência ao credor ou fiduciário da propriedade resolúvel da coisa imóvel, nos termos do artigo 22 da Lei nº 9.514/97. O fiduciante é investido na qualidade de proprietário

sob condição resolutiva e pode tornar novamente titular da propriedade plena ao implementar a condição de pagamento da dívida, que constitui objeto do contrato principal, ou seja, com o pagamento da dívida, a propriedade fiduciária do imóvel resolve-se, assim como, vencida e não paga, consolida-se a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.

3. Não é possível impedir qualquer providência para evitar a consolidação da propriedade do imóvel em nome da agravada, bem como de promover os leilões, haja vista que ainda assim permaneceria a mora e, conseqüentemente, o direito de constituir direito real sobre o respectivo imóvel.

4. *Desse modo, ao realizar o contrato de financiamento imobiliário com garantia por alienação fiduciária do imóvel, o fiduciante assume o risco de, se inadimplente, possibilitar o direito de consolidação da propriedade do imóvel em favor do credor/fiduciário Caixa Econômica Federal, pois tal imóvel, na realização do contrato, é gravado com direito real, razão pela qual está perfeitamente ciente das conseqüências que o inadimplemento pode acarretar. O risco, então, é consectário lógico da inadimplência, não havendo qualquer ilegalidade ou irregularidade na conduta do fiduciário nesse sentido, uma vez que a consolidação da propriedade plena e exclusiva em favor do fiduciário, nesse caso, se dá em razão deste já ser titular de uma propriedade resolúvel, conforme dispõe o artigo 27 da Lei nº 9.514/97.*

5. Agravo de instrumento improvido.

(TRF da 3ª Região, AI nº 2008.03.00.024938-2, Rel. Des. Fed. Luiz Stefanini, j. 31.03.09).

Quanto à pretensão de realização de depósito judicial das prestações vincendas nos valores incontroversos e a incorporação das vencidas no saldo devedor verifico que o contrato de financiamento foi celebrado em 02/07/2014 (fls. 60/71), com prestação inicial fixada no valor de R\$5.004,31 (fl. 60) e utilização do Sistema de Amortização Constante - SAC na amortização do saldo devedor, anotando-se que na exegese da Lei 10.931/04, nas ações versando contrato de financiamento imobiliário, o mutuário deverá prosseguir desembolsando a integralidade dos valores que lhe são exigidos pelo agente financeiro, efetuando o depósito judicial, para fins de suspensão da sua exigibilidade, dos valores controvertidos, devendo a porção incontroversa ser paga diretamente ao agente financeiro, *no tempo e modo contratados*, não sendo nestes termos, todavia, a pretensão formulada.

Assevero que esta E. Corte adota o entendimento de que o pagamento das prestações pelos valores incontroversos por si só não autoriza a suspensão do procedimento de execução extrajudicial, conforme julgados a seguir colacionados:

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI 70/66. CONTRATO DE MÚTUO HABITACIONAL REGIDO PELO SFH. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. IMÓVEL GRAVADO COM DIREITO REAL. LEGITIMIDADE. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1 - A execução de contrato de hipoteca em mútuo habitacional regido pelo Sistema Financeiro da Habitação encontra amparo no Decreto-lei 70/66, o qual foi recepcionado pela Constituição Federal de 88, conforme já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (RE 223.075-1/DF)

2 - Tratando-se de imóvel gravado com direito real, o fiduciante assume o risco de eventual consolidação da propriedade em favor do credor e fiduciário Caixa Econômica Federal, razão pela qual manifesta sua concordância quanto às conseqüências decorrentes de inadimplência quando da celebração do contrato

3 - *Não tendo os ora agravantes trazido aos autos comprovação de depósito em Juízo no valor integral do crédito controverso, afasta-se a possibilidade de suspensão da execução em tela*

4 - Recurso a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, AI 0000485-58.2012.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO, julgado em 03/12/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 09/01/2014)

AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. CPC, ART. 557. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - SFH. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. INADIMPLÊNCIA.

- Para o julgamento monocrático nos termos do art. 557, § 1º, do CPC, não há necessidade de a jurisprudência dos Tribunais ser unânime ou de existir súmula dos Tribunais Superiores a respeito.

- *Somente o depósito integral das prestações, conforme pactuado no contrato de financiamento imobiliário, tem o condão de ilidir os efeitos da mora. Ademais, permanecendo a parte autora em dia com os pagamentos das prestações nos valores exigidos pela ré, poderá discutir os abusos suscitados, sem que haja providências punitivas por parte da CEF.*

- Conquanto alegue a ausência de intimação para realização do leilão, a autora tampouco demonstrou a existência do procedimento de execução extrajudicial ou de como teria tido notícia da sua existência. Ausentes os requisitos autorizadores da concessão da tutela antecipada deve ser mantida a decisão agravada.

- Se a decisão agravada apreciou e decidiu a questão de conformidade com a lei processual, nada autoriza a sua reforma.

- Agravo legal desprovido.

(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, AI 0016999-52.2013.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, julgado em 22/10/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 31/10/2013)

AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO COMO LEGAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. LEI Nº 9.514/97 E DECRETO-LEI Nº 70/66. CONSTITUCIONALIDADE. DEPÓSITO DAS PRESTAÇÕES VINCENDAS. INSCRIÇÃO DO NOME DOS MUTUÁRIOS NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. POSSIBILIDADE. NÃO PROVIMENTO.

1. Agravo regimental conhecido como legal, tendo em vista ser este o recurso correto no caso de decisões proferidas nos moldes do art. 557 do Código de Processo Civil.

2. O contrato de mútuo e alienação fiduciária firmado entre as partes tem natureza de título executivo extrajudicial e, assim, submete-se à Lei nº 9.514/97 e ao Decreto-lei nº 70/66 (artigo 39, II, da Lei nº 9.514/97), cuja constitucionalidade foi reconhecida por ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal (RE 287.483, rel. Min. Moreira Alves DJ 18.09.01 e RE 239.036, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 10.08.00) bem como por esta C. Corte.

3. *Este Tribunal tem precedentes no sentido de que o depósito das prestações vincendas seria baldado, haja vista que permaneceria a mora e, conseqüentemente, a possibilidade de execução do restante do débito. Nesse sentido: AG - 173961, Rel. Des. Fed. Vesna Kolmar, DJU 23/03/2004; AG - 204702, Rel. Des. Fed. Johonsom Di Salvo, DJU 16/08/2005.*

4. *O mutuário, ao realizar o contrato de financiamento, valendo-se das regras do Sistema Financeiro de Habitação - SFH - ou do Sistema Financeiro Imobiliário - SFI, assume o risco de, em se tornando inadimplente, ter o imóvel objeto do financiamento levado a leilão, razão pela qual está perfeitamente ciente das conseqüências que o inadimplemento pode acarretar.*

5. Não se pode obstar a inscrição, vez que inquestionável a existência da dívida. Não há qualquer óbice à inscrição do nome do mutuário nos órgãos de proteção ao crédito, que, segundo o C. Supremo Tribunal Federal, é constitucional (ADIN 1178/DF).

6. Agravo regimental conhecido como legal, ao qual se nega provimento.

(TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, AI 0017311-96.2011.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, julgado em 05/09/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 15/09/2011 PÁGINA: 788)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO. ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. SFH. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. AÇÃO REVISIONAL E AÇÃO ANULATÓRIA. Decreto Lei nº 70/66.

1. É plenamente cabível a decisão monocrática na presente ação, pois, segundo o art. 557, basta que o recurso seja manifestamente inadmissível, o que é o caso dos autos.

2. Os termos da decisão ora agravada não deixam dúvidas acerca da inadmissibilidade flagrante do recurso, não havendo qualquer argumento no presente agravo que possa, mesmo que minimamente, alterá-la.

3. Deve ser reconhecida a carência da ação, tendo em vista que, houve o registro da carta de adjudicação (fl. 182), que transferiu, naquela ocasião, a propriedade do imóvel da parte Autora, de modo que resta ausente o interesse de agir da parte Autora no presente feito, sendo carecedor da ação.

4. Já com relação ao pleito de nulidade da execução extrajudicial, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que a atual Constituição recepcionou o Decreto-lei nº 70/66, que autoriza a execução extrajudicial de contrato de financiamento vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação- SFH, produzindo efeitos jurídicos sem ofensa à Carta Magna.

5. Apesar de não se poder exigir produção de prova negativa, a eventual falta de notificação pessoal só se sustenta se a parte demonstrar interesse em efetivamente exercer o direito de purgar a mora - em toda sua extensão controversa.

6. *No caso em tela, não se deve perder de vista que os mutuários estão inadimplentes. O pedido de pagamento da parte incontroversa, ou mesmo o efetivo pagamento nesses moldes, por si só, não protege o mutuário contra a execução.*

7. *Para obter tal proteção ou anulação, não tendo ocorrido a preclusão do direito, seria preciso oferecer o depósito integral da parte controvertida, nos termos do Art. 401, I do CC (Art. 959, I, CC/1916) ou obter do Judiciário decisão nesse sentido.*

8. Agravo legal a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, AC 0000229-46.2007.4.03.6126, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 09/05/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 19/05/2011 PÁGINA: 1287)

PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. DECISÃO TERMINATIVA. CEF. SFH. CONTRATO. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL DO IMÓVEL NOS TERMOS DO DECRETO-LEI Nº 70/66. POSSIBILIDADE.

I - O agravo em exame não reúne condições de acolhimento, visto desafiar decisão que, após exauriente análise dos elementos constantes dos autos, alcançou conclusão no sentido do não acolhimento da insurgência aviada através do recurso interposto contra a r. decisão de primeiro grau.

II - A recorrente não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma da decisão guerreada, limitando-se a mera reiteração do quanto afirmado na petição inicial. Na verdade, a agravante busca reabrir discussão sobre a questão de mérito, não atacando os fundamentos da decisão, lastreada em jurisprudência dominante desta Corte.

III - *Durante o curso do processo judicial destinado à revisão do contrato regido pelas normas do SFH, é direito do mutuário efetuar os pagamentos da parte incontroversa das parcelas - e da instituição financeira receber - sem que isso assegure, isoladamente, o direito ao primeiro de impedir a execução extrajudicial ou a inscrição em cadastros de proteção ao crédito.*

IV - *Para que o credor fique impedido de tomar tais providências há necessidade de constatação dos requisitos necessários à antecipação da tutela, o que no caso não ocorre, ou o depósito também da parte controversa.*

V - No que concerne à suspensão dos efeitos da execução extrajudicial, compreende-se que não é inconstitucional, havendo, nesse sentido, inúmeros precedentes do STJ e deste E. Tribunal nesse sentido.

VI - Com relação ao depósito dos valores incontroversos, há de se admitir o pagamento dos valores apresentados como corretos pelos agravantes, diretamente à instituição financeira, ainda que não reconhecida judicialmente sua exatidão, tendo em vista, por um lado, o direito do devedor de cessar a incidência dos juros e outros acréscimos relativos ao valor pago que considera devido; por outro, o interesse do credor em ter a sua disposição uma parcela de

seu crédito.

VII - Mister apontar que o pagamento das prestações, pelos valores incontroversos, embora exigível pela norma do § 1º do artigo 50 da Lei nº 10.921/2004, não confere ao mutuário proteção em relação a medidas que a instituição financeira adotar para haver seu crédito.

VIII - A inadimplência do mutuário devedor, dentre outras consequências, proporciona a inscrição de seu nome em cadastros de proteção ao crédito. O fato de o débito estar sub judice por si só não torna inadmissível a inscrição do nome do devedor em instituição dessa natureza.

IX - Há necessidade de plausibilidade das alegações acerca da existência do débito para fins de afastamento da medida, hipótese esta que não se vê presente nestes autos.

X - Agravo improvido.

(TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, AI 0002414-63.2011.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, julgado em 22/03/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 31/03/2011 PÁGINA: 181)

PROCESSO CIVIL. AGRAVO LEGAL. DEPÓSITO DAS PARCELAS INCONTROVERSAS. INDEFERIMENTO DO PEDIDO. DECRETO-LEI Nº 70/66. CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO PLENÁRIO DO STF. INSCRIÇÃO DO NOME DOS DEVEDORES NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. POSSIBILIDADE. INADIMPLÊNCIA RECONHECIDA.

I - A execução extrajudicial de que trata o Decreto-lei nº 70/66 é compatível com a atual Constituição da República, tendo sido por esta recepcionada. Precedentes do egrégio STF.

II - Quanto à autorização para depósito ou pagamento direto à CEF dos valores incontroversos, necessário esclarecer que para valer-se da suspensão da exigibilidade da cobrança e, por consequência, do procedimento de execução, imperioso se faz o depósito judicial do valor controvertido e não apenas do valor que os agravantes entendem correto, nos exatos termos do que dispõe o artigo 50, §§ 1º e 2º, da Lei nº 10.931/2004.

III - Somente com o depósito integral do valor cobrado pela instituição financeira é possível suspender a exigibilidade da dívida e os efeitos decorrentes da inadimplência. Ademais, não há como, em sede liminar, cancelar os valores apurados em cálculo unilateralmente produzido, fora dos parâmetros contratualmente estabelecidos, autorizando o depósito de valores que a parte mutuária entende devidos, para o fim de livrá-la dos efeitos da mora.

IV - Sem prova do descumprimento de cláusulas contratuais pela credora ou enquanto não forem elas reputadas ilegais e judicialmente anuladas, as planilhas, laudos e pareceres apresentados unilateralmente pelos mutuários não prevalecem sobre os cálculos realizados pelo agente financeiro. A não ser em hipóteses excepcionálissimas, deve o contrato - por força dos princípios pacta sunt servanda e da segurança jurídica - ser prestigiado.

V - O simples ajuizamento de ação judicial visando a discussão do débito, sem garantia integral da dívida e sem obtenção de medida liminar, não obsta a inscrição do nome dos devedores nos serviços de proteção ao crédito.

VI - Agravo legal desprovido. Decisão monocrática mantida.

(TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, AI 0043726-87.2009.4.03.0000, Rel. JUIZ CONVOCADO ALEXANDRE SORMANI, julgado em 22/06/2010, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 01/07/2010 PÁGINA: 275)

Examino, a seguir, a matéria alusiva à possibilidade de inscrição do nome do mutuário nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito.

A inscrição de devedores em cadastros de órgãos de proteção ao crédito encontra respaldo legal no próprio Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 43, concluindo-se daí, sua legalidade.

Quanto ao fato de o débito estar sendo discutido judicialmente sou de opinião que, para o afastamento da excogitada providência, não basta a mera propositura de demanda, havendo

necessidade de preenchimento do requisito da verossimilhança das alegações quanto à exigência da instituição financeira que compõe a questão principal, à qual se apresenta atrelada a medida envolvendo os órgãos de proteção ao crédito.

Nesse sentido precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça, “*verbis*”:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SFH. PREQUESTIONAMENTO. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. SUSTAÇÃO. TUTELA ANTECIPADA. REGISTRO DO NOME DO DEVEDOR EM CADASTROS DE INADIMPLENTES.

1. Se a matéria referente ao dispositivo tido por violado não foi decidida pelo Tribunal de origem, ressepte-se o especial do necessário prequestionamento. Aplicação das súmulas 282 e 356 do STF.

2. Esta Corte tem entendimento assente no sentido de ser o pedido de antecipação de tutela meio hábil a suspender a execução extrajudicial de imóvel vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação. Precedentes.

3. Na linha do entendimento firmado pela Segunda Seção (Resp. nº 527.618/RS), somente fica impedida a inclusão dos nomes dos devedores em cadastros de proteção ao crédito se implementadas, concomitantemente, as seguintes condições: (a) o ajuizamento de ação, pelo devedor, contestando a existência parcial ou integral do débito, (b) a efetiva demonstração de que a contestação da cobrança indevida funda-se na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça e (c) que, sendo a contestação apenas de parte do débito, deposite o valor referente à parte tida por incontroversa, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do magistrado, requisitos, *in casu*, não demonstrados. Precedentes.

4. Recurso especial conhecido em parte e, nesta extensão, provido.

(STJ, RESP 772.028/RS, 4ª Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves, V.U., DJU 12.12.2005)

CAUTELAR. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. SUSPENSÃO. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. CABIMENTO. VERIFICAÇÃO. REQUISITOS. SÚMULA 7/STJ. VEDAÇÃO. INSCRIÇÃO. MUTUÁRIOS. CADASTRO DE INADIMPLENTES. POSSIBILIDADE.

I - Conforme entendimento pacificado, a ação cautelar é meio hábil para suspensão da execução extrajudicial dos imóveis adquiridos pelo Sistema Financeiro da Habitação, sendo que, no caso, aferir a presença dos requisitos autorizadores da medida importa reexame de matéria fática, vedado pela Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.

II - É cabível a concessão de medida cautelar para impedir a inscrição do nome dos mutuários em cadastro de inadimplentes quando: a) existir ação questionando integral ou parcialmente o débito principal; b) o devedor estiver depositando o valor da parcela que entende devido; c) houver demonstração da plausibilidade jurídica da tese invocada ou fundar-se esta em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. Recurso não conhecido.

(STJ, RESP 725.761/PE, 3ª Turma, Relator Ministro Castro Filho, V.U., DJU 26.09.2005)

CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. MÚTUO HIPOTECÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. DEFEITO DE REPRESENTAÇÃO. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. INSCRIÇÃO DO NOME DOS DEVEDORES EM CADASTRO DE INADIMPLENTES.

- Não há que se reconhecer violação ao art. 535 do CPC quando ausentes omissão, contradição ou obscuridade no acórdão recorrido.

- Inexiste vício de representação processual se demonstrada, no caso, a regularidade da cadeia de procurações outorgadas aos patrocinadores da causa, a partir da comprovação da nomeação legal do representante da CEF.

- Pacificou-se o entendimento nesta Corte no sentido de que a ação cautelar é meio hábil a suspender as medidas executórias extrajudiciais previstas no Decreto-Lei nº 70/66.
- Para impedir a inscrição do nome dos devedores em cadastro de inadimplentes, a 2ª Seção do STJ pacificou o entendimento de que é necessária a presença concomitante de três elementos: a) que haja ação proposta pelo devedor contestando a existência integral ou parcial do débito; b) que haja efetiva demonstração de que a contestação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; c) que, sendo a contestação apenas de parte do débito, deposite o valor referente à parte tida por incontroversa, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do magistrado.
- Recursos especiais conhecidos e parcialmente providos.
(STJ, RESP 643.515/PB, 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, V.U., DJU 08.03.2005)

Adotando igual orientação já julgou esta E. Corte:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SISTEMA DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. LEI Nº 9.514/97.

1. Havendo contrato firmado nos moldes da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, que dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário e alienação fiduciária de coisa imóvel, não há que se falar, no caso em tela, em aplicação das normas do Sistema Financeiro da Habitação - SFH.
2. O fiduciante é investido na qualidade de proprietário sob condição resolutiva e, pode tornar novamente titular da propriedade plena ao implementar a condição de pagamento da dívida, que constitui objeto do contrato principal, ou seja, com o pagamento da dívida, a propriedade fiduciária do imóvel resolve-se, assim como, vencida e não paga, consolida-se a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.
3. Não obstante o regime de satisfação da obrigação seja diverso daquele aplicado pelo Decreto nº 70/66, entendo que, de igual forma, não é possível impedir qualquer providência para evitar a consolidação da propriedade do imóvel em nome da agravada, bem como de promover os leilões, haja vista que ainda assim permaneceria a mora e, conseqüentemente, o direito de constituir direito real sobre o respectivo imóvel.
4. Não se pode obstar a inscrição, vez que inquestionável a existência da dívida. Não há qualquer óbice à inscrição do nome do mutuário nos órgãos de proteção ao crédito, que, segundo o E. Supremo Tribunal Federal, é constitucional (Adin 1178/DF).
5. Agravo de instrumento em que se nega provimento.

(TRIBUNAL - TERCEIRA REGIÃO AG 200703000026790 PRIMEIRA TURMA DJF3 DATA: 02/06/2008 Relator(a) JUIZ LUIZ STEFANINI)

Pelos fundamentos exposto, *nego provimento* ao recurso.

É como voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0013876-41.2016.4.03.0000

(2016.03.00.013876-3)

Agravante: SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA EM SÃO PAULO – SESI/SP

Agravado: CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA DA 4ª REGIÃO - CREF4SP

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 19ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA GISELLE FRANÇA

Classe do Processo: AI 585484

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/02/2018

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPRESCINDIBILIDADE DE REGISTRO PROFISSIONAL PARA O EXERCÍCIO DE ATIVIDADE NA ÁREA DA EDUCAÇÃO FÍSICA, INCLUSIVE DE MAGISTÉRIO NO ENSINO FUNDAMENTAL. IMPROVIMENTO.

1. Interpretando sistematicamente os artigos 62 da Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), 1º a 4º da Lei nº 9.696/98 e 3º, I, da Lei nº 9.615/98, conclui-se ser imprescindível o devido registro profissional para que profissionais de educação física ministrem aulas dessa disciplina, inclusive no ensino fundamental, mormente por estar incluída na grade curricular do ensino básico, sendo essencial para o pleno desenvolvimento das crianças.

2. O *periculum in mora* necessário para a manutenção da antecipação dos efeitos da tutela encontra-se igualmente demonstrado, pois revela-se como medida adequada para evitar danos à saúde e à integridade física dos alunos do ensino básico ministrado nas unidades escolares do SESI/SP, os quais são em sua maioria, senão a totalidade, por pessoas em condição peculiar de desenvolvimento.

3. Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 07 de fevereiro de 2018.

Juíza Federal Convocada GISELLE FRANÇA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada GISELLE FRANÇA (Relatora):

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de atribuição de efeito suspensivo, interposto pelo SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA - SESI em face da decisão prolatada nos

autos da ação civil pública nº 0004513-63.2016.4.03.6100, ajuizada pelo Conselho Regional de Educação Física do Estado de São Paulo - CREF4, em trâmite na 19ª Vara Federal Cível de São Paulo/SP, que deferiu a liminar requerida para “determinar que as aulas de Educação Física de todos os anos da Educação Básica, especialmente dos 1º a 5º, sejam ministrados por Professores de Educação Física, devidamente registrado no Sistema CONFEF/CREFs” (fls. 168/174).

O agravante pugnou, liminarmente, pela atribuição de efeito suspensivo ao presente recurso, uma vez que a decisão agravada lhe impõe elevado e injustificado ônus, na medida em que deverá providenciar a imediata modificação do conteúdo programático para o próximo semestre lesivo, que em breve se iniciará, de todas as suas 167 escolas, presentes em 112 municípios do Estado de São Paulo, tendo que contratar, por conseguinte, professores de educação física que atendam a determinação judicial, para todas as unidades escolares.

O pedido de atribuição suspensivo foi deferido parcialmente para postergar o cumprimento da decisão agravada a partir do primeiro semestre do ano letivo de 2017 (fls. 178/180).

Foi apresentada contraminuta pelo CREF4/SP e (fls. 184/227).

A Procuradoria Regional da República opina pelo improvimento do recurso (fls. 244/246v).

O agravante juntou parecer proferido pelo Conselho Estadual de Educação visando corroborar seus argumentos deduzidos no presente agravo (fls. 248/256).

Instados a se manifestar, o CREF4/SP sustenta que o parecer deve ser desconsiderado e o *Parquet* ratificou e reiterou o parecer de fls. 244/246v (fls. 263/265 e 267/268).

É o relatório.

Juíza Federal Convocada GISELLE FRANÇA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada GISELLE FRANÇA (Relatora):

Foi proposta ação civil pública, com pedido de tutela antecipada, objetivando a parte autora obter provimento judicial que declare que as aulas de Educação Física de todos os anos da Educação Básica, especialmente dos 1º a 5º, sejam ministrados por Professores de Educação Física, devidamente registrado no Sistema CONFEF/CREFs, segundo dispõe a Lei de Diretrizes e Bases da Educação e a Lei Federal nº 9.696/98.

Aduz que, por meio de fiscalização levada a efeito, constatou a ausência de Profissionais de Educação Física para orientar as atividades do 1º ao 5º ano, bem como que as aulas de Educação Física foram substituídas por atividade denominada “Vivências Lúdicas”, que invariavelmente é ministrada pelo professor de classe.

Expõe que o réu ministra aulas de Educação Física somente a partir do 6º ano do ensino fundamental, através de profissionais devidamente habilitados, ignorando, no entanto, a legislação relativa à Educação Física Escolar na educação básica. Sustenta que, instado a se manifestar, o requerido informou que manterá a estrutura da grade curricular, assinalando que as aulas de educação física para alunos do SESI/SP na educação básica e a exclusão do componente curricular “vivências esportivas” são afetas e de competência exclusiva da área educacional de ensino.

Relata que foram flagradas diversas situações em que: as aulas de Vivências Lúdicas eram ministradas como se fossem aulas de Educação Física, com o agravante de serem mi-

nistradas por pessoas sem formação específica; e, as escolas da parte ré têm desobedecido a legislação em vigor no que se refere à obrigatoriedade de inclusão da disciplina Educação Física nos currículos de todas as turmas de educação básica, bem como à necessidade de se atribuir referidas aulas somente a profissionais de Educação Física devidamente inscritos junto ao Conselho profissional.

Aponta, ainda, que o réu, ao deixar de promover aulas de Educação Física em todas as séries da Educação Básica, permitindo que professores sem formação específica e a devida habilitação legal ministrem aulas de tal disciplina, expõe em risco as crianças beneficiárias da Educação Pública, configurando dano manifestamente difuso.

Postergada a apreciação do pedido de tutela antecipada para após a apresentação da contestação, o MM Juízo *a quo* prolatou decisão no seguinte sentido:

(...) Examinando o feito, especialmente as provas trazidas à colação, nesta cognição sumária, tenho que se acham presentes os requisitos para a concessão da liminar requerida.

Consoante se infere dos fatos articulados na inicial, pretende a parte autora que as aulas de Educação Física de todos os anos da Educação Básica, especialmente dos 1º a 5º, sejam ministrados por Professores de Educação Física, devidamente registrado no Sistema CONFEF/CREFs.

A Lei nº 9.394/96 assim dispõe:

“Art. 26 Os currículos da educação infantil, do ensino fundamental e do ensino médio devem ter base nacional comum, a ser complementada, em cada sistema de ensino e em cada estabelecimento escolar, por uma parte diversificada, exigida pelas características regionais e locais da sociedade, da cultura, da economia e dos educandos:

(...)

3º A educação física, integrada à proposta pedagógica da escola, é componente curricular obrigatório da educação básica, sendo sua prática facultativa ao aluno:

I - que cumpra jornada de trabalho igual ou superior a seis horas;

II - maior de trinta anos de idade;

III - que estiver prestando serviço militar inicial ou que, em situação similar, estiver obrigado à prática de educação física; IV - amparado pelo Decreto-Lei nº 1.044, de 21 de outubro de 1969;

V - (VETADO)

VI - que tenha prole”

Como se vê, a disciplina Educação Física é componente obrigatório da Educação Básica. Por conseguinte, a Lei nº 9.696/88, que regulamenta a profissão de Educação Física e cria os respectivos Conselho Federal e Conselhos Regionais de Educação Física, estabelece que:

“Art. 1º O exercício das atividades de Educação Física e a designação de Profissional de Educação Física é prerrogativa dos profissionais regularmente registrados nos Conselhos Regionais de Educação Física.

Art. 2º Apenas serão inscritos nos quadros dos Conselhos Regionais de Educação Física os seguintes profissionais:

I - os possuidores de diploma obtido em curso de Educação Física, oficialmente autorizado ou reconhecido;

II - os possuidores de diploma em Educação Física expedido por instituição de ensino superior estrangeira, revalidado na forma da legislação em vigor;

III - os que, até a data do início da vigência desta Lei, tenham comprovadamente exercido atividades próprias dos Profissionais de Educação Física, nos termos a serem estabelecidos pelo Conselho Federal de Educação Física.

Art. 3º Compete ao Profissional de Educação Física coordenar, planejar, programar, supervisionar, dinamizar, dirigir, organizar, avaliar e executar trabalhos, programas, planos e projetos, bem como prestar serviços de auditoria, consultoria e assessoria, realizar treinamentos espe-

cializados, participar de equipes multidisciplinares e interdisciplinares e elaborar informes técnicos, científicos e pedagógicos, todos nas áreas de atividades físicas e do desporto.”

Assim, o exercício das atividades de Educação Física e a designação de Profissional de Educação Física é prerrogativa apenas daqueles profissionais inscritos nos Conselhos Regionais de Educação Física.

Noutro giro, a Resolução CNE/CEB nº 7 de 2010, que “Fixa Diretrizes Curriculares Nacionais para o Ensino Fundamental de 9 (nove) anos”, estabelece que:

“Art. 1º. A presente Resolução fixa as Diretrizes Curriculares Nacionais para o Ensino Fundamental de 9 (nove) anos a serem observadas na organização curricular dos sistemas de ensino e de suas unidades escolares artísticas, a começar pela literatura, a utilizar materiais que ofereçam oportunidades de raciocinar, manuseando-os e explorando as suas características e propriedades.

(...)

Art. 31. Do 1º ao 5º ano do Ensino Fundamental, os componentes curriculares Educação Física e Arte poderão estar a cargo do professor de referência da turma, aquele com o qual os alunos permanecem a maior parte do período escolar, ou de professores licenciados nos respectivos componentes.”

A norma estabelece a possibilidade de aulas de Educação Física do 1º ao 5º ano do Ensino Fundamental serem ministradas pelo professor da turma, ou seja, aquele com o qual os alunos permanecem a maior parte do período escolar, hipótese que extrapola os limites impostos pelo art. 3º da Lei nº 9.696/88.

Posto isto, considerando tudo o mais que dos autos consta, presentes os pressupostos legais, DEFIRO a liminar requerida para determinar que as aulas de Educação Física de todos os anos da Educação Básica, especialmente dos 1º a 5º, sejam ministrados por Professores de Educação Física, devidamente registrado no Sistema CONFEF/CREFs. (...)

Desta decisão, foi interposto o presente agravo de instrumento.

O artigo 1.019, I, do Código de Processo Civil de 2015 dispõe que:

Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias: I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

Inicialmente, cumpre observar que o livre exercício profissional é um direito fundamental garantido pela Constituição Federal, conforme prevê seu artigo 5º, XIII:

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:

(...)

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

É certo que se trata de norma constitucional de eficácia contida que, embora possua aplicação imediata, pode ter o seu alcance limitado pela edição de lei que estabeleça critérios para a habilitação do profissional ao desempenho de determinada atividade, visando, por meio desse controle, à proteção da sociedade.

Ainda de acordo com a Constituição Federal, compete à União editar a referida lei, *verbis*:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XVI - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões;

(...)

XXIV - diretrizes e bases da educação nacional;

Nesse contexto, editou-se a Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), que estabelece em seu art. 62 que "a formação de docentes para atuar na educação básica far-se-á em nível superior, em curso de licenciatura, de graduação plena, em universidades e institutos superiores de educação, admitida, como formação mínima para o exercício do magistério na educação infantil e nos 5 (cinco) primeiros anos do ensino fundamental, a oferecida em nível médio na modalidade normal".

Posteriormente, com a edição da Lei nº 9.696/98, regulamentou-se a profissão de Educação Física, com a criação de um Conselho Federal e dos respectivos Conselhos Regionais. Estabelece a referida lei:

Art. 1º. O exercício das atividades de Educação Física e a designação de Profissional de Educação Física é prerrogativa dos profissionais regularmente registrados nos Conselhos Regionais de Educação Física.

Art. 2º. Apenas serão inscritos nos quadros dos Conselhos Regionais de Educação Física os seguintes profissionais:

I - os possuidores de diploma obtido em curso de Educação Física, oficialmente autorizado ou reconhecido;

II - os possuidores de diploma em Educação Física expedido por instituição de ensino superior estrangeira, revalidado na forma da legislação em vigor;

III - os que, até a data do início da vigência desta Lei, tenham comprovadamente exercido atividades próprias dos Profissionais de Educação Física, nos termos a serem estabelecidos pelo Conselho Federal de Educação Física.

Art. 3º. Compete ao Profissional de Educação Física coordenar, planejar, programar, supervisionar, dinamizar, dirigir, organizar, avaliar e executar trabalhos, programas, planos e projetos, bem como prestar serviços de auditoria, consultoria e assessoria, realizar treinamentos especializados, participar de equipes multidisciplinares e interdisciplinares e elaborar informes técnicos, científicos e pedagógicos, todos nas áreas de atividades físicas e do desporto.

Art. 4º. São criados o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Educação Física.

Ainda, pertinente invocar a Lei nº 9.615/98, que instituiu normas gerais sobre desporto, em especial o inciso I, do artigo 3º:

Art. 3º. O desporto pode ser reconhecido em qualquer das seguintes manifestações:

I - desporto educacional, praticado nos sistemas de ensino e em formas assistemáticas de educação, evitando-se a seletividade, a hipercompetitividade de seus praticantes, com a finalidade de alcançar o desenvolvimento integral do indivíduo e a sua formação para o exercício da cidadania e a prática do lazer;

Interpretando sistematicamente os dispositivos legais acima, conclui-se ser imprescindível o devido registro profissional para que profissionais de educação física ministrem aulas dessa disciplina, inclusive no ensino fundamental, mormente por estar incluída na grade curricular do ensino básico, sendo essencial para o pleno desenvolvimento das crianças.

Tal entendimento coaduna-se com a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. PROFESSORES DE EDUCAÇÃO FÍSICA. REDE MUNICIPAL DE ENSINO. CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA. INSCRIÇÃO. OBRIGATORIEDADE. LEIS NºS 8.650/83 E 9.696/98.

1. Nos termos do art. 1º da Lei nº 9.696/98, o exercício da atividade de educação física somente pode ser realizado por profissional com registro no Conselho Regional de Educação Física.

2. Dentre as atividades descritas em lei, cabe exclusivamente aos profissionais registrados o magistério dos conteúdos de educação física para o ensino fundamental, médio e superior. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 819.752/SP, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 10/03/2016)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SINDICATO DE CATEGORIA ECONÔMICA. PEDIDO DE ABSTENÇÃO DE FISCALIZAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO FILIADAS. LEGITIMIDADE ATIVA. CARGO DE PROFESSOR DE EDUCAÇÃO FÍSICA. EXIGÊNCIA DE INSCRIÇÃO NO CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA. CABIMENTO. EXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

1. Não se nota contradição no julgado ao reconhecer a legitimidade ativa do sindicato patronal e afirmar que os efeitos da sentença atingem os professores de Educação Física vinculados aos estabelecimentos de ensino filiados a esse sindicato, e não simplesmente tais estabelecimentos.

2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que não há omissão no julgado quando este resolve a controvérsia de maneira sólida e fundamentada e apenas deixa de adotar a tese do embargante.

Precedentes.

3. No que tange à aventada afronta ao artigo 6º do CPC, esta não deve prosperar, porquanto se nota a legitimidade extraordinária ativa do Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino do Estado de Santa Catarina para a ação.

4. No caso dos autos, o recorrido pleiteia a condenação da autarquia a “abster-se de fiscalizar, impor sanções e exigir dos professores de educação física no exercício do magistério e às escolas particulares afiliadas o registro no conselho”.

5. Há que se cogitar na legitimidade ativa do sindicato da categoria econômica relativamente aos eventuais atos praticados contra os professores de Educação Física no âmbito das escolas, uma vez que ele estava atuando no seu âmbito de representação, vale dispor, na proteção do estabelecimentos de ensino particular em Santa Catarina contra a fiscalização supostamente arbitrária do CREF/SC.

6. Sobre a ofensa aos artigos 1º, 2º, III, e 3º da Lei nº 9.696/1998, observa-se que tais dispositivos têm comando normativo suficiente para caracterizar as atividades exercidas pelos professores de Educação Física vinculados aos estabelecimentos de ensino filiados ao recorrente e no âmbito interno das referidas entidades como próprias do profissional de educação física. Precedentes: RMS 26.316/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/06/2011, DJe 15/06/2011; REsp 783.417/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJe 29/03/2010

7. Cabe exclusivamente aos profissionais registrados identificar, planejar, programar, organizar, dirigir, supervisionar e lecionar conteúdos da educação física para o ensino fundamental, médio e superior.

8. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1339372/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/08/2013, DJe 20/08/2013)(grifos nossos)

Nessa linha, também é o entendimento desta E. Corte:

ADMINISTRATIVO. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CONTRA SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA OBJETIVANDO A ADEQUAÇÃO DOS PROFESSORES DE EDUCAÇÃO FÍSICA DA REDE MUNICIPAL DE ENSINO PAULISTANA À LEI Nº 9.696/98 (REGISTRO NO CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA). INTERESSE DIFUSO CONFIGURADO. OBRIGATORIEDADE DE REGISTRO PROFISSIONAL PARA O EXERCÍCIO DE QUALQUER ATIVIDADE NA ÁREA DA EDUCAÇÃO FÍSICA, INCLUSIVE DE MAGISTÉRIO. LEGITIMIDADE DA FUNÇÃO FISCALIZATÓRIA DO CRF4/SP (PODER DE POLÍCIA). NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DO CORPO DOCENTE MUNICIPAL À LEI Nº 9.696/98. MULTA MANTIDA. SENTENÇA EM CONFORMIDADE COM A POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL DOMINANTE. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Tratam-se de remessa oficial e apelação interposta pelo Município de São Paulo contra a sentença de procedência da ação civil pública ajuizada pelo Conselho Regional de Educação Física da 4ª Região (CREF4/SP). A controvérsia cinge-se à legalidade da exigência de registro no Sistema CONFEF/CREF, nos termos da Lei nº 9.696/98, pelos ocupantes do cargo/função de Professor de Ensino Fundamental II e Médio - Educação Física na rede municipal de ensino paulistana.

2. Interesse difuso configurado, eis que relacionado à qualidade/eficiência do serviço educacional prestado no âmbito municipal paulistano, com real possibilidade de comprometimento da higidez dos alunos submetidos às práticas desportivas curriculares, caso ministradas por docentes não habilitados para esse fim.

3. A Lei nº 9.696/98 é clara: o registro profissional tornou-se necessário para o exercício de qualquer atividade na área da Educação Física, inclusive de magistério (artigo 3º), sem distinção entre os graduados com licenciatura ou com bacharelado.

5. A Lei nº 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, não possui o condão de afastar a obrigatoriedade de registro profissional. A regulamentação da profissão de educador físico, inclusive no desempenho da atividade de magistério, contribui positivamente para o sistema de ensino, pois, não raro, a maior parte da população infanto-juvenil brasileira tem seu o primeiro e único contato com esporte no ambiente escolar, mostrando-se salutar o estabelecimento de padrões qualitativos mínimos e a subsunção à fiscalização especializada.

6. A função fiscalizatória do CRF4/SP reveste-se de legitimidade, por decorrer do poder de polícia atribuído pela Lei nº 9696/98. Não é derogada pela fiscalização que o Município de São Paulo exerça sobre seus professores.

7. Inexiste óbice legal na exigência do registro no Sistema CONFEF/CREFs de todos os professores de educação física da rede municipal de ensino paulistana, até dos que ingressaram no serviço público anteriormente à propositura dessa demanda ou mesmo da publicação da Lei nº 9.696/98. Inteligência do artigo 37, I, da Constituição Federal.

8. O registro no Sistema CONFEF/CREFs não constitui opção, mas obrigação legal do educador físico, cabendo ao apelante exigir a providência de seus docentes, sob pena de manter em seus quadros profissional não habilitado para o cargo/função, e isso é o que basta para validar a multa diária de R\$ 1.000,00 estabelecida na sentença, em caso de descumprimento da decisão.

9. Manutenção integral da sentença, totalmente compatível com a jurisprudência do STJ (AgRg no RMS 34.360/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 20/05/2014, DJe 20/06/2014; REsp 1339372/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, julgado em 13/8/2013, DJe 20/8/2013; RMS 26316/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 2/6/2011, DJe 15/6/2011; REsp 783.417/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 2/3/2010, DJe 29/3/2010), e, na sua esteira, desse Tribunal Regional (APELREEX 0000238-13.2012.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal ANDRE NABARRETE, Quarta Turma, julgado em 31/10/2013, e-DJF3 26/11/2013).

11. Recursos desprovidos.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, APELREEX - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 1956660 - 0000239-95.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 27/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:05/12/2014)

O *periculum in mora* necessário para a manutenção da antecipação dos efeitos da tutela encontra-se igualmente demonstrado, pois revela-se como medida adequada para evitar danos à saúde e à integridade física dos alunos do ensino básico ministrado nas unidades escolares do SESI/SP, os quais são em sua maioria, senão a totalidade, por pessoas em condição peculiar de desenvolvimento.

Por fim, o parecer emanado pelo Conselho Estadual de Educação, juntado pelo agravante, não desconstitui o entendimento acima, pois, caso contrário, haveria a perpetração de ilegalidade pela entidade de ensino, tornando-se ineficaz o direito fundamental à inafastabilidade do Poder Judiciário, estampado no artigo 5º, XXV, da Lei Maior (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”).

Diante do exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.

Juíza Federal Convocada GISELLE FRANÇA - Relatora

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR:

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de atribuição de efeito suspensivo, interposto por Serviço Social da Indústria - SESI em face da r. decisão que deferiu a liminar requerida pelo Conselho Regional de Educação Física do Estado de São Paulo - CREF4 nos autos da ação civil pública nº 0004513-63.2016.4.03.6100, fls. 168/174, para “determinar que as aulas de Educação Física de todos os anos da Educação Básica, especialmente dos 1º a 5º, sejam ministrados por Professores de Educação Física, devidamente registrado no Sistema CONFEF/CREFs”.

Iniciado o julgamento, o e. Relator votou por negar provimento ao recurso.

Pedi vistas dos autos para melhor me assenhorear acerca da controvérsia e, após análise acurada, concluí pelo acerto do voto do e. Relator.

Consta dos autos que, por meio de fiscalização levada a efeito, verificou-se que a agravante substituiu as aulas de Educação Física, do 1º ao 5º ano, por atividade denominada “Vivências Lúdicas”, ministrada pelo professor de classe como se aula de educação física fosse.

O § 3º do artigo 26 da Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) estabelece que a Educação Física, integrada à proposta pedagógica da escola, é componente curricular obrigatório da educação básica.

Por seu turno, a Lei nº 9.696/98 dispõe que o exercício das atividades de Educação Física e a designação de Profissional de Educação Física é prerrogativa dos profissionais regularmente registrados nos Conselhos Regionais de Educação Física (art. 1º).

O Superior Tribunal de Justiça entende que o exercício do magistério dos conteúdos de educação física nos ensinos fundamental, médio e superior é prerrogativa dos profissionais regularmente registrados nos Conselhos Regionais de Educação Física. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXERCÍCIO PROFISSIONAL. MAGISTÉRIO. PROFESSOR DE EDUCAÇÃO FÍSICA. ATIVIDADE EXCLUSIVA DOS PROFISSIONAIS REGISTRADOS NO CONSELHO DE EDUCAÇÃO FÍSICA.

1. A jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de que cabe exclusivamente aos profissionais registrados no Conselho Regional de Educação Física o exercício do magistério dos conteúdos de educação física nos ensinos fundamental, médio e superior. Precedentes: AgRg no AREsp 819.752/SP, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3ª Região), Segunda Turma, DJe 10/3/2016; REsp 1.339.372/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20/8/2013; REsp 783.417/RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 29/3/2010.

2. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 885.353/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 17/11/2017)

Cumpre observar que, nos anos iniciais do Ensino Fundamental, a educação física tem o papel de contribuir para o desenvolvimento psicomotor da criança, pré-requisito para o processo de aprendizagem, devendo haver planejamento específico para esta faixa etária, que não se limita ao aspecto lúdico.

Neste passo, os professores polivalentes de sala, docentes habilitados em magistério e/ou pedagogia, não possuem formação suficiente para desenvolver este tipo de aula, podendo comprometer a higidez dos alunos.

Corroboro, portanto, o voto do e. Relator, que negou provimento ao agravo de instrumento, por entender que as aulas de educação física, inclusive no ensino fundamental, devem ser ministradas por profissionais de educação física com o devido registro profissional.

Ante o exposto, *acompanho* integralmente o voto do e. Relator.

É como voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR

SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA**5001511-93.2018.4.03.0000**

Requerente: UNIÃO FEDERAL

Requerido: JUÍZO FEDERAL DA 25ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO SP, FÓRUM NACIONAL DE PROTEÇÃO E DEFESA ANIMAL

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES - PRESIDENTE

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/02/2018

DECISÃO

Vistos,

Trata-se de pedido de suspensão de execução de liminar ajuizado pela UNIÃO em face de decisão proferida pelo Juízo da 25ª Vara Federal da Subseção Judiciária da Capital nos autos da ação civil pública nº 5000325-94.2017.403.6135, que proibiu a exportação de animais vivos para o abate no exterior, em todo o território nacional, bem como determinou o desembarque e retorno à origem dos mais de vinte e cinco mil animais vivos que se encontram embarcados no navio “MV NADA”, atracado no Porto de Santos.

A União alega, em síntese, que o cumprimento do *decisum* implicará grave lesão à ordem administrativa, à saúde e à economia públicas.

Sustenta a presença de grave risco de dano à ordem público-administrativa com a determinação de suspensão de um navio carregado com mais de 25.000 (vinte e cinco mil) gados vivos e o imediato desembarque dos mesmos com retorno às fazendas de origem. Tal medida seria apta a submeter a agropecuária nacional a risco, pois cabe unicamente ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento calcular o risco sanitário atribuível ao trânsito internacional de animais de interesse agropecuário.

Ademais, frisa, o navio é estrangeiro e “é considerado um fator potencial de risco à introdução de diversos agentes patógenos de difícil mensuração, razão pela qual todos os produtos, alimentos e equipamentos não são autorizados a adentrarem em território nacional”. Nestes termos, o efeito e os danos de eventual introdução de um agente patógeno em território nacional poderiam ser catastróficos para a agropecuária nacional, com prejuízos imensuráveis que afetariam toda a cadeia produtiva e o abastecimento do mercado nacional e o comércio internacional de carne brasileira.

Outro risco à ordem administrativa reside no fato de que toda a operação de transporte e embarque dos animais está prevista e estruturada apenas para este fim, inexistindo previsão e procedimentos adequados para o desembarque em território nacional e retorno dos animais às fazendas de origem. Estabelecer nova logística e procedimentos para desembarque e retorno do gado às propriedades rurais demandaria operação cujo prazo se aproximaria de 30 (trinta) dias, haja vista a necessidade da presença de cerca de 820 (oitocentos e vinte) caminhões, 60 (sessenta) pessoas e pelo menos 10 (dez) dias de trabalho.

Não bastasse, a acomodação desses animais nas fazendas de origem requer planejamento e mão-de-obra especializada, além de aporte de alimentação e do atendimento aos requisitos de ordem sanitários vigentes.

Ainda segundo a União, impedir o início da viagem do navio e considerando o tempo para implementar os procedimentos para desembarque e retorno do gado às fazendas, o sofrimento imposto aos animais aumentaria porque a embarcação não pode ser limpa na costa

brasileira por questões ambientais, impedindo a higienização dos ambientes em que o gado se encontra confinado.

Salienta que a exportação de bovinos é regulamentada por uma série de atos normativos, todos observados no caso em apreço, que estão em consonância com as diretrizes estabelecidas pela Organização Mundial de Saúde Animal (OIE).

No que se refere ao método de abate dos animais, aponta que a legislação brasileira permite o abate de acordo com preceitos religiosos, o que se justifica pelo fato de o Brasil ser um país laico provedor mundial de proteína animal, garantindo, assim, a possibilidade de atender a demanda de comunidades religiosas nacionais e internacionais.

Sob o enfoque da grave lesão à economia pública, assevera que a decisão judicial impôs restrição duríssima e de gravíssimas consequências para o comércio internacional, principalmente porque o Brasil é um dos maiores, senão o maior, produtor de carnes do mundo e o quarto país em número de exportação de bovinos. Somente em relação à exportação de animais vivos, o país movimenta anualmente cerca de US\$ 170,000,000.00 (cento e setenta milhões de dólares americanos) com a exportação de aproximadamente 600.000 (seiscentas mil) cabeças de gado.

Portanto, o impacto econômico é evidente. Mantida a decisão, agravar-se-á ainda mais a crise econômica pela qual o país atravessa. Todos os contratos internacionais serão afetados e a tendência é que as exportações brasileiras sejam substituídas por outras, prejudicando a economia nacional.

Além do mais, haverá desgaste nas relações internacionais brasileiras, porque a decisão atinge e afeta negativamente todos os compromissos internacionais já assumidos pelos agentes econômicos brasileiros e por seus pares estrangeiros. Aventa-se, inclusive, a possibilidade de retaliações comerciais ao país, por força da aplicação do princípio da credibilidade.

Pugna, assim, pela concessão de liminar que autorize a partida do navio MV NADA do país e afaste a proibição de exportação de animais vivos para o abate no exterior em todo o território nacional.

É o relatório.

Decido.

Primeiramente observo que a questão referente à permissão para início da viagem do navio MV NADA com a carga de animais vivos encontra-se prejudicada porque alcançada por meio de liminar deferida nos autos do agravo de instrumento nº 5001513-63.2018.4.03.0000. Nestes autos, em sede de plantão judiciário, a eminente Desembargadora Federal Diva Malerbi consignou:

Inicialmente, consigno que as alegações de grave lesão à ordem público-administrativa, ordem econômica e saúde pública devem ser deduzidas em sede própria (suspensão de segurança). No entanto, neste juízo de cognição sumária, verifico presente o *periculum in mora* reverso à integridade e saúde dos animais, tendo em vista que encontrando-se completamente embarcada a carga viva e impossibilitada a limpeza do navio no porto de Santos, por questões ambientais (para não contaminar a costa brasileira), a permanência no navio aguardando os procedimentos de reversão, que sequer encontram-se programados, provocará maior sofrimento e penoso desgaste aos animais do que o prosseguimento da viagem. Ante o exposto, concedo liminar para o fim específico de determinar o imediato início da viagem do navio MV NADA.

Portanto, nada resta a enfrentar sobre este ponto, sendo a União, quanto a este aspecto, carecedora de interesse processual.

No entanto, a decisão liminar do juízo *a quo* é mais abrangente. Além de proibir a partida do navio e determinar o desembarque do gado, *impedi*u a exportação de animais vivos para o abate no exterior, em todo o território nacional, até que o país de destino se comprometa, mediante acordo *inter partes*, a adotar práticas de abate compatíveis com o preconizado pelo ordenamento jurídico brasileiro e desde que editadas e observadas normas específicas, concretas e verificáveis, por meio de parâmetros clara e precisamente estabelecidos que possam efetivamente conferir condições de manejo e bem estar dos animais transportados (id 1651930).

Oportuno frisar, de antemão, que o ordenamento jurídico pátrio não veda o comércio internacional de animais vivos. Ao contrário, há uma série de atos normativos traçando regramentos a respeito do assunto, estabelecidos pelo órgão nacional competente que é o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento.

A título exemplificativo, cito a Instrução Normativa nº 13, de 30 de março de 2010, da lavra do Ministro da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, que aprova o regulamento técnico para exportação de bovinos, búfalos, ovinos e caprinos vivos destinados ao abate. Nela consta:

Art. 2º Será permitido exportar animais vivos que estejam em bom estado de saúde, isentos de ectoparasitos e que procedam de estabelecimentos de criação e de áreas que não estejam sob restrição sanitária devido a doenças transmissíveis que afetam a espécie a ser exportada.

Art. 3º Os animais somente poderão ser exportados quando acompanhados de Certificado Zoossanitário Internacional regularmente expedido por Médico Veterinário ocupante do cargo de Fiscal Federal Agropecuário, que atenda aos requisitos constantes das normas vigentes no País e às condições sanitárias requeridas pelo país importador.

Parágrafo único. A saída do país somente será autorizada pelos portos, aeroportos e pontos de fronteira devidamente aparelhados e designados pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – MAPA.

Art. 4º Os veículos transportadores devem atender aos requisitos para transporte de animais de forma segura e de acordo com os princípios de bem-estar animal, sendo limpos e desinfetados antes do carregamento no estabelecimento de origem e no estabelecimento de pré-embarque, sob a responsabilidade do transportador.

Parágrafo único. Será permitido que a limpeza e a desinfecção dos veículos transportadores sejam realizadas em uma única oportunidade, prévia ao primeiro embarque, quando estes forem utilizados exclusivamente para transporte dos animais do mesmo estabelecimento de origem ao estabelecimento de pré-embarque ou do estabelecimento de pré-embarque ao local de saída do país, podendo, a qualquer momento, ser requerida nova higienização destes.

Art. 5º Os animais a serem exportados devem ser selecionados em estabelecimentos que cumpram com as normas sanitárias vigentes no País, com atendimento aos requisitos sanitários e de bem-estar animal estabelecidos pelo país importador.

Art. 6º Os animais selecionados para exportação devem ser identificados individualmente ou por lote, de forma que possam ser relacionados ao estabelecimento de origem, ou possuir outro tipo de identificação quando o país importador assim o solicitar.

Art. 7º Os animais selecionados devem estar adequadamente preparados para o transporte e, adicionalmente, não devem apresentar qualquer condição que possa comprometer a sua saúde e bem-estar no trajeto até o Estabelecimento de Pré-embarque - EPE - e deste até o local de embarque.

(...)

Art. 27. O transporte marítimo e fluvial deve ser realizado em embarcações que possuam instalações adequadas para alojar a espécie animal exportada e para o seu manejo e sua

alimentação, propiciando o bem-estar geral dos mesmos durante a viagem.

Art. 28. As embarcações utilizadas para o transporte marítimo ou fluvial deverão estar em bom estado de conservação e manutenção e ser completamente limpas e desinfetadas com produtos aprovados pelo MAPA, antes do embarque dos animais.

Art. 29. O transporte marítimo ou fluvial deve ser previamente planejado pelo transportador e pelo exportador e realizado em navios aprovados pela Capitania dos Portos, adequadamente abastecidos de provisões - alimento e água - para a viagem, que tenham habilitação para o transporte de animais, segundo a espécie, e conduzidos de forma a prevenir danos aos animais e minimizar o estresse de viagem, respeitando as normas estabelecidas para o bem-estar animal.

Art. 30. O exportador ou importador deverão apresentar ao Serviço ou Unidade de Vigilância Agropecuária do MAPA, no local de saída do país, até três dias antes do embarque, a configuração do navio a ser utilizado na operação, expedida pelo armador, contendo: metragem da embarcação, metragem quadrada de cada deck disponível para carregamento de animais, quantidade de cochos, bebedouros, capacidade de armazenagem de alimentação (em toneladas), capacidade de tanques para água potável, quantidade e capacidade do dessanizador, número de acionamentos por minuto das turbinas para ventilação e renovação de ar.

Parágrafo único. A configuração apresentada servirá de base para estabelecer a quantidade de animais que será embarcada.

Art. 31. Animais de diferentes espécies não podem ser transportados no mesmo curral; animais criados em um mesmo estabelecimento devem ser mantidos como um grupo, sempre que possível.

Art. 32. Antes do embarque dos animais, com no mínimo três dias de antecedência, o exportador deverá protocolar na unidade local do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento documento com as seguintes informações:

I - plano de viagem;

II - informação sobre o local, data e hora do embarque;

III - previsão de chegada, data e local de desembarque dos animais;

IV - número de animais a serem embarcados; e

V - a quantidade e o tipo de alimento embarcado e a quantidade de água.

Art. 33. Os exportadores e importadores, os proprietários dos animais, os agentes comerciais, as empresas de navegação, os capitães de navios e os administradores das instalações são responsáveis pelo estado geral de saúde dos animais e pela sua aptidão física para a viagem, independentemente de que sejam contratados terceiros para realização de determinados serviços durante o transporte.

Art. 34. Os EPEs devem ser construídos, mantidos e utilizados de tal maneira que evitem lesões e sofrimento e garantam a segurança dos animais.

Art. 35. O proprietário dos animais ou o exportador deverá disponibilizar pessoal suficiente para realizar as operações de embarque e desembarque rodoviário e para embarque nos navios de transporte.

Art. 36. As pessoas encarregadas do manejo dos animais nos navios devem ter experiência no transporte e conhecimento do comportamento animal e dos princípios básicos necessários para o desempenho das suas tarefas, sem utilização de violência ou qualquer método passível de provocar medo, lesões ou sofrimento.

Art. 37. Caso ocorram problemas no transporte, devem ser tomadas medidas necessárias para garantir o bem-estar animal.

Art. 38. No caso de doença ou traumatismos nos animais durante o transporte, os animais envolvidos devem ser separados dos demais animais e receber tratamento adequado e imediato.

Art. 39. Os veículos e navios transportadores de animais devem dispor de instalações que assegurem a proteção dos animais das intempéries, temperaturas extremas e variações meteorológicas desfavoráveis.

Art. 40. Os navios devem dispor de fonte de iluminação artificial suficiente para a inspeção e o tratamento dos animais durante a viagem.

Art. 41. Os navios devem estar equipados com equipamentos de combate a incêndios.

Art. 42. Os animais devem ser transportados em piso que garanta o seu conforto, adaptado à espécie, ao número de animais transportados e à duração da viagem.

Art. 43. Os navios devem manter em permanente disponibilidade uma baia hospital em cada deck, específica para separação dos animais que durante o transporte apresentem problemas de saúde.

Art. 44. O número de animais a serem abrigados no interior dos veículos de transporte rodoviário e nos navios deverá atender as condições de conforto e bem-estar animal, determinando-se este número em função do espaço disponível, segundo a espécie animal.

Art. 45. O Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento adotará as medidas necessárias para aplicação deste Regulamento em todo o Território Nacional.

Portanto, o transporte internacional de animais vivos é realizado de acordo com as normas editadas pelo Poder Executivo, observando, *in casu*, os interesses da Administração no comércio exterior e sem deixar de lado o controle da qualidade, da segurança e do bem-estar dos animais.

Ao estabelecer parâmetros para o bem-estar dos animais a serem transportados (quantidade de cochos, de bebedouros, de alimentação, além da presença de pessoas com experiência de transporte e de conhecimento de comportamento animal, vedando a utilização de violência ou de método capaz de provocar medo, lesões ou sofrimento), a norma mostra-se em consonância tanto com a legislação interna (Lei nº 9.605/98, que criminaliza o abuso e maus-tratos a animais) quanto com a legislação externa, notadamente a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, proclamada pela UNESCO em Bruxelas, na Bélgica, em 27 de janeiro de 1978.

Assim, resta evidente que, ao menos em sede de cognição sumária, própria do momento, não se pode impedir a exportação de animais destinados a abate no exterior, seja pela existência normas a respeito do tema, seja por se tratar de modelo eleito pelo administrador e sobre o qual não se pode admitir, em princípio, ingerência do Poder Judiciário, sob pena de violar o indispensável e fundamental princípio da separação dos poderes (art. 2º da Carta Magna).

A imposição de um modelo diverso daquele eleito pelo Administrador para a exportação de animais vivos, por parte do Poder Judiciário, somente seria admissível em sede de cognição exauriente, ou seja, após ampla instrução, com o esgotamento e análise de todas as provas produzidas, bem como a oitiva de todos os interessados, haja vista as consequências advindas de medida de tamanha envergadura. Em outras palavras, para afastar o modelo escolhido pelos órgãos técnicos da Administração Federal a decisão judicial deve estar robustamente amparada em provas e elementos de convencimento que assegurem que a exportação de animais vivos, na forma como é feita atualmente, causa prejuízo a estes animais.

Não obstante, são evidentes os prejuízos a serem suportados pela União, no momento, no caso de manutenção da ordem judicial. De acordo com informações extraídas do *site* do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, “A cada ano, a participação brasileira no comércio internacional vem crescendo, com destaque para a produção de carne bovina, suína e de frango. Segundo o Ministério da Agricultura, até 2020, a expectativa é que a produção nacional de carnes suprirá 44,5% do mercado mundial. Já a carne de frango terá 48,1% das exportações mundiais e a participação de carne suína será de 14,2%. Essas estimativas indicam que o Brasil pode manter posição de primeiro exportador mundial de carnes bovina e de frango” (<http://www.agricultura.gov.br/assuntos/sanidade-animal-e-vegetal/saude-animal/exportacao>).

A exportação de carne bovina, de acordo com o Portal da EMBRAPA – Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária, representa relevante percentual das exportações brasileiras, com um faturamento expressivo de cifras bilionárias.

Conquanto haja discussão a respeito da viabilidade do negócio chamado de venda de gado em pé – venda de animais vivos –, com alguns empresários do setor dizendo que o produto deixa de agregar valor e empregos no comparativo com as vendas de carnes processadas, não se pode perder de vista que há uma demanda de consumo a ser atendida e que o Brasil possui interesse, normas e regras previamente estabelecidas para atender esta demanda.

De acordo com as alegações contidas na exordial, a própria autora da ação civil pública informou que o mercado de animais vivos movimentava valores da ordem de 170 milhões de dólares por ano. Cuida-se de valor significativo, que jamais poderia ser desprezado. Numa época crítica como a atual, com escassez de recursos, abrir mão de tamanha quantia beiraria o escárnio e agravaria ainda mais a crise econômica.

Indiretamente, a vedação imposta pelo juízo *a quo* também provocaria prejuízos ao país, inclusive o impedimento, no que diz respeito aos contratos já existentes, acarretará a incidência de multa, cuja indenização poderá ser de responsabilidade da União. Ademais, os contratos já celebrados para vendas de animais em pé não poderiam ser cumpridos e, com isso, os países compradores seriam obrigados a buscar outros mercados fornecedores. Haveria quebra de confiabilidade no país, que geraria reflexos na perda de mercado e no modelo de negócio internacional.

Nesse sentido destaca-se trecho das informações prestadas pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (id 1652004):

Para estabelecer um comércio internacional livre e transparente, a Organização Mundial do Comércio – OMC, traz alguns princípios básicos que restringem as políticas de comércio exterior dos países, a saber: a não discriminação, a previsibilidade, a concorrência leal, a proibição de restrições quantitativas, o tratamento especial e diferenciado para países em desenvolvimento.

Os operadores do comércio exterior precisam de previsibilidade de normas e do acesso aos mercados tanto na exportação quanto na importação para poderem desenvolver suas atividades. Para garantir essa previsibilidade, o pilar básico é a consolidação dos compromissos tarifários para bens e das listas de ofertas em serviços, além das disciplinas em outras áreas da OMC, como TRIPS, TRIMS, Barreiras Técnicas (TBT) e SPS (Acordo de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias) que visam impedir o uso abusivo dos países para restringir o comércio.

O Acordo SPS/OMC não contempla o tema bem-estar animal, que na concepção do global deve ser pautado sempre nas diretrizes e recomendações da Organização Mundial de Saúde Animal - OIE para a sua regulação. Existe clara movimentação direcionada à intensificação da utilização do bem-estar animal como barreira não tarifária aos produtos exportados pelo Brasil e exploração comercial por grupos de interesse, e, para mitigar essa prática, O Brasil participando ativamente na elaboração dos temas relativos ao bem-estar animal e segue as diretrizes da OIE.

As diretrizes em vigor são respaldadas por anos de pesquisa técnico-científica e validadas por seus 181 países membros, ou seja, não são pautadas em percepções de cunho ideológico muito comum hoje em alguns setores da sociedade civil organizada. Compete ao país importador avaliar as condições de aceitação da paridade ou equivalência com suas legislações, bem como das regras internacionais. No caso em questão, não foi identificada incompatibilidade com o Acordo TBT/OMC (Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio) e a Turquia, país membro da OMC e da OIE, entende que há equivalência com suas regras internacionais de bem-estar animal cuja referência é a OIE. O Brasil comercializa os animais, sendo que a destinação e

tratamentos posteriores em território de outro país devem ser definidas por esses com base em sua soberania e costumes. Os países muçulmanos com quem o Brasil tem comércio aplicam o abate humanitário e zelam dos seus animais, o que pode ser demonstrado pelo documento encaminhado pela própria OIE que se encontra anexo.

O impedimento de exportação de animais vivos pode gerar imprevisibilidade no fluxo comercial e promover crise de confiabilidade no comércio internacional pelas exportações realizadas pelo Brasil. A perda de credibilidade pode gerar impactos gerais nas negociações internacionais do Agronegócio em curso para promover a remoção de barreiras relacionadas com abertura, manutenção e ampliação das exportações nesse e em outros países. Além disso, pode gerar instabilidade nas relações internacionais e afetar outros temas, tais como relacionados aos acordos de comércio, reduções tarifárias, cooperação, promoção e atração de investimentos. Não se pode descartar a possibilidade de que prejuízos causados pelas ações do Estado sobre os entes privados acarretem em prejuízos à União em eventuais ações de reparação de perdas e danos pelos entes privados de ambos países.

Considerando a possibilidade de reais prejuízos aos importadores, uma vez que o Estado estrangeiro considere inaceitável, não pode ser descartado o desencadeamento de ações de retaliações comerciais a diversos produtos brasileiros que, se aplicadas, podem não ficar caracterizadas como claras e inequívocas. Ou seja, podem desencadear escalada de retaliações disfarçadas com difícil caracterização denexo causal, o que afetaria as diversas ações ofensivas no comércio internacional do Agronegócio.

É evidente, por conseguinte, o risco de dano à ordem administrativa.

Assim, estando convencida de que a liminar deferida pelo douto juízo *a quo* causará violação aos bens tutelados pela Lei nº 8.437/92, de rigor a sua suspensão.

Ante o exposto, constatado carência superveniente em relação a parte do pedido, DETERMINO a suspensão da liminar deferida nos autos do processo nº 5000325-94.2017.403.6135, da 25ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo, que impedia a exportação de animais vivos para abate no exterior em todo o território nacional, até o trânsito em julgado da ação civil pública.

Comunique-se. Intimem-se. Publique-se.

Depois, à Procuradoria Regional da República.

Decorrido o prazo legal sem a interposição de recurso, archive-se.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Presidente

Direito Constitucional



APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0019890-16.2012.4.03.6100

(2012.61.00.019890-3)

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Apelados: UNIÃO FEDERAL, BANCO CENTRAL DO BRASIL E CASA DA MOEDA DO BRASIL - CMB

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO

Classe do Processo: ApReeNec 1891300

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/12/2017

EMENTA

IMPRESSÃO DA FRASE DEUS SEJA LOUVADO NO PAPEL MOEDA BRASILEIRO: ação civil pública interposta pelo Ministério Público Federal objetivando a retirada dessa expressão da cédula do Real, à alegação de ofensa contra a liberdade religiosa e de violação dos princípios da laicidade estatal, da liberdade de crença, da isonomia e da legalidade; ação julgada improcedente. *CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADO*: o julgamento antecipado da lide, conforme artigo 330, I, do Código de Processo Civil/1973, não configura cerceamento de defesa, na medida em que compete ao magistrado avaliar a necessidade ou não de provas para a formação da sua convicção (*STJ - AgInt nos EDcl no AREsp 473.252/SC, Relator Ministro SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, julgado em 21/02/2017, DJe 27/03/2017; REsp 1338010/SP, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 2/6/2015, DJe 23/6/2015; REsp 1338010/SP, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 2/6/2015, DJe 23/6/2015*). *DEFINIÇÃO DOS TERMOS DEUS E RELIGIÃO*: subentende-se, pela simples análise das definições dos termos DEUS e RELIGIÃO, que a expressão *Deus seja louvado* não privilegia uma ou outra vertente religiosa, considerando que qualquer uma delas - em seu cerne - cultiva a ideia ou a intuição da existência de uma divindade (*monoteístas*), ou de várias (*politeístas*). *A LIBERDADE RELIGIOSA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL*: a Constituição Federal - promulgada “sob a proteção de Deus”, como ocorreu com outras Cartas à exceção das de 1891 e 1937 - garante a liberdade religiosa, expressada na liberdade de crença, na liberdade de culto e na liberdade de organização religiosa. Ensina José Afonso da Silva que a liberdade de crença inclui a liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, a liberdade/direito de mudar de religião, a liberdade de não aderir à religião alguma, a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir o agnosticismo. Mas não compreende a liberdade de *embaraçar* o livre exercício de qualquer religião, de qualquer crença (*in Curso de Direito Constitucional Positivo, 35ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2012, p. 249*). Sob essa ótica, não se pode concordar que a expressão *Deus seja louvado* enquanto posta na cédula do Real ofenda o ateu, que - como todo cidadão de um Estado democrático de direito - deve tolerar e respeitar a crença alheia e a exposição pública às manifestações e aos simbolismos religiosos. *PRECEDENTE ACERCA DO USO DE CRUCIFIXOS NAS DEPENDÊNCIAS DE ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIOS*: o Conselho Nacional de Justiça, por maioria, no julgamento de quatro pedidos de providência (1344, 1345, 1346 e 1362), em

6/6/2007, entendeu que a manutenção de um crucifixo numa sala de audiência não torna o Estado clerical e nem ofende interesse público. *A MOEDA*: sempre foi fonte notável de informações históricas porque a sua confecção - iniciada com a cunhagem em cobre, prata e ouro - permitiu às pessoas de seu tempo e à posteridade o conhecimento de aspectos políticos, econômicos e culturais, assim como permitiu, em favor das gerações ulteriores, conhecer alguns procedimentos tecnológicos do passado; os lançamentos e inscrições postos na moeda refletem um povo, sua história, seus costumes. Assim, a moeda acaba por expressar fatos relevantes para esse povo, sem exclusividade. *O CONSTITUINTE DE 1988*: diante da vocação religiosa da população brasileira, foi o próprio Constituinte que resolveu invocar - mais uma vez - a proteção de Deus no preâmbulo da Constituição atual, assim *refundando* o Estado brasileiro pós-ditadura militar sob os *auspícios divinos*, ainda que tenha sido mantido o Estado laico no art. 19, inciso I, da Constituição Federal. *INDEFERIMENTO DO PLEITO MINISTERIAL*: referência à divindade - seja no preâmbulo da Constituição, seja nas cédulas monetárias - tem raízes na História brasileira e nos costumes de nosso povo; não é uma afronta a qualquer culto ou religião em particular; menos ainda é um acinte contra os brasileiros que se declaram ateus. Essa prática de referir-se ou dirigir-se a uma divindade - genericamente tratada como Deus - alcançava 73,6% dos brasileiros em 2016. E está longe de trazer ofensa aos cerca de 8,00% que se dizem sem religião. *SENTENÇA DE IMPROCEDENCIA MANTIDA. REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDO.*

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 14 de dezembro de 2017.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

Trata-se de REEXAME NECESSÁRIO e APELAÇÃO do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra a *sentença de improcedência* da AÇÃO CIVIL PÚBLICA ajuizada em desfavor da UNIÃO FEDERAL e do BANCO CENTRAL DO BRASIL (BACEN), objetivando a retirada da expressão Deus seja louvado das cédulas do Real, por violação aos princípios da laicidade estatal, da liberdade de crença, da legalidade e da isonomia.

Na inicial foi requerida a exclusão da frase nas cédulas a serem impressas, no prazo máximo de 120 dias, sob pena de multa diária simbólica de R\$ 1,00. Deu-se à causa o valor de R\$ 1.000,00 (fls. 2/10).

Em 12/11/2012 o feito foi distribuído à 7ª Vara Federal Cível de São Paulo, Capital (fls. 107).

A UNIÃO FEDERAL e o BACEN manifestaram-se, nos termos do artigo 2º da Lei nº 8.437/92 (fls. 109, 116/152, 153/170).

Em 28/11/2012 foi proferida a decisão que negou a antecipação da tutela:

... Rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa formulada pois vincula matéria meritória. No presente momento processual cumpre ao juízo verificar a relevância e urgência do postulado de modo a justificar o acolhimento do pleito de antecipação de tutela.

A presente ação civil pública é fruto de representação formulada por Procurador Regional da República perante a instituição ministerial dando assim ensejo a instauração de inquérito civil público onde foram ouvidos os Réus desta ação (fls. 16).

No seio deste procedimento administrativo (ICP) não se aferiu a existência de oposição aos dizeres inscritos nas cédulas no âmbito do seio social.

De fato, não foi consultada nenhuma instituição laica ou religiosa não cristã que manifestasse indignação perante as inscrições da cédula e não há notícia de nenhuma outra representação perante o Ministério Público neste sentido.

Entendo este fato relevante na medida em que a alegação de afronta à liberdade religiosa não veio acompanhada de dados concretos, colhidos junto à sociedade, que denotassem um incômodo com a expressão “Deus” no papel-moeda.

Ademais, em uma análise preliminar, a menção a expressão Deus nas cédulas monetárias não parece ser um direcionamento estatal na vida do indivíduo que o obrigue a adotar ou não determinada crença, assim como também não são os feriados religiosos e outras tantas manifestações aceitas neste sentido, como o nome de cidades, exemplificativamente.

Saliento, por fim, que os dizeres encontram-se há quase três décadas impressos no papel moeda, o que afasta qualquer risco de dano irreparável como a não concessão do pleito antecipatório.

Isto posto, pelas razões elencadas indefiro a antecipação de tutela almejada... (fls. 171/172).

A UNIÃO FEDERAL e o BACEN contestaram o feito (fls. 182/229, 233/252).

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL requereu a designação de audiência pública, com fulcro na Lei nº 9.868/99, ou a oitiva de representantes das várias religiões professadas no país, a título de testemunho (fls. 2655/265, 268/282).

A CASA DA MOEDA DO BRASIL (CMB) requereu o ingresso no polo passivo, na qualidade de assistente (fls. 285/302, 305/322).

Em 10/7/2013 foi proferida a sentença que deferiu o ingresso da CMB no feito, como assistente dos réus, e julgou o pedido improcedente:

... Sob a alegação de ofensa à liberdade religiosa e laicidade do Estado, pretende o Ministério Público Federal a retirada da expressão “Deus seja louvado” das cédulas monetárias.

A Constituição Federal, em seu artigo 19, veda expressamente à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o estabelecimento de cultos religiosos ou igrejas. Diz o texto da Carta Constitucional:

...

Essa cultura de separação de Estado e Igreja é fruto de doutrina política que tem em John Locke seu principal expoente e a Revolução Francesa seu principal agente difusor.

Interessante notar que até hoje a Inglaterra, país natal deste pensador mantém-se como Estado religioso, onde o monarca assume a posição de chefe da Igreja, desde os tempos em que Henrique VIII rompeu com o Papa em 1534.

Especificamente no caso brasileiro, durante todo o período colonial, a religião oficial era a Católica.

No Império, em 1824 uma mudança legislativa permitiu a liberdade de crença em espaços privados.

Somente após a promulgação da República, a Constituição de 1891 instituiu a separação da Igreja e do Estado.

Liberdade religiosa e Estados laicos não são sinônimos.

O exemplo mais contundente dessa distinção é, como já dito, o da Inglaterra, país com alto grau de liberdade religiosa, mas com uma religião estatal reconhecida na Constituição, onde o monarca é o governador supremo.

No Brasil a longa tradição católica como religião oficial (mais de trezentos anos) deu nome a muitas cidades, instituiu vários feriados oficiais e delineou culturalmente o país.

Tanto é assim, que apesar de não existir uma religião oficial, o Cristo Redentor é símbolo do País e o Natal é comemorado com decorações pagas pelas Prefeituras na grande maioria das cidades.

Compete ao Poder Judiciário ou ao Ministério Público Federal, sob o argumento da inconstitucionalidade, afastar todas essas práticas, mudando o nome das cidades, abolindo feriados religiosos, impedindo que o Poder Público mantenha símbolos religiosos e comemorações afins? Creio que não.

Como dito na decisão que indeferiu a antecipação da tutela a própria Portaria que instituiu o Inquérito Civil Público e ensejou a propositura da presente ação não se baseou em qualquer sorte de clamor popular.

Ao contrário, tudo surgiu no seio interno do Ministério Público Federal, como se lê no documento de fls. 16 em que a representação inicial foi oferecida por um Procurador da República perante outro.

A pretensa ofensa a interesses de camadas indeterminadas da população que não são cristãs não veio representada em um local sequer.

Tamanha indeterminação poderia ter dado margem a outra linha argumentativa, na medida em que a expressão “Deus seja louvado” nas cédulas monetárias também serve de argumento a ser utilizado por grupos religiosos, inclusive cristãos, no sentido de que dinheiro não é lugar para a inscrição do nome de Deus.

Como se percebe, tratam-se de conceitos abstratos, e com alta carga valorativa.

Seja qual for a linha que se adote, não compete ao Judiciário definir se esta inscrição pode ou não estar cunhada no papel moeda.

Ela, em si, não fere nenhum direito individual ou coletivo, ou impõe determinada conduta.

O próprio Constituinte optou por inserir menção a “Deus” no preâmbulo da Constituição.

Acolher esta pretensão seria admitir que o Poder Judiciário também pudesse abolir feriados nacionais religiosos já comemorados de longa data, determinar a modificação do nome de cidades, proibir a decoração de natal em espaços públicos e impedir a manutenção de reconhecidos símbolos nacionais de cunho religioso com dinheiro público.

Essas decisões devem ser tomadas pela coletividade através de seus representantes, ou até mesmo pelo Poder Executivo, como no caso do papel moeda.

Como salientado pela União, trazendo em sua contestação o julgado *Lynch v Donnelly*, a Suprema Corte americana afirmou a constitucionalidade da colocação de um presépio em um parque municipal, assentando à impossibilidade de total separação entre Estado e religiosidade. Importante frisar que apesar de o Estado americano ser secular, sua moeda também vem grafada com expressão “in god we trust” sendo que até o momento o Poder Judiciário local não acolheu a pretensão de grupos ateus de excluir a expressão das cédulas.

Isto posto, com base na fundamentação traçada, entendo, que a expressão cunhada na moeda não é ilegal e sua menção não ofende direito fundamental ou bem jurídico que justifique sua retirada pelo Poder Judiciário.

Isto posto, rejeito o pedido formulado e julgo improcedente a ação a teor do artigo 269, I do CPC... (fls. 340/343).

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, nas razões de APELAÇÃO, preliminarmente suscita a nulidade da sentença por cerceamento do direito à prova. No mérito, requer a reforma da decisão, reiterando que a expressão *Deus seja louvado* nas cédulas do Real viola os princípios da igualdade, da liberdade de crença e não crença, da laicidade do Estado brasileiro, da legalidade e da impessoalidade (fls. 358/368).

A UNIÃO FEDERAL, o BACEN e a CMB, nas contrarrazões, pugnaram pela manutenção da sentença (fls. 380/384, 386/405, 407/416).

Em 6/9/2013 o feito foi distribuído nessa Corte, a minha relatoria (fls. 418/v).

A PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA, no parecer, opinou pela anulação da sentença, para realização da audiência pública requerida pelo *parquet*, ou subsidiariamente, pelo acolhimento do pedido inicial (fls. 421/424).

Indeferi o pedido do advogado MINORU MASSUDA de ingressar na lide, na qualidade de assistente do autor (fls. 426/428, 430/431, 437/479, 481).

A lei processual civil aplicável à espécie é a encerrada no Código de Processo Civil/1973. É o relatório.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

A presente ação civil pública, subsidiada pelo inquérito civil público nº 1.34.001.007230/2011-17, instaurado pela PROCURADORIA DA REPÚBLICA em São Paulo/SP, após representação do Procurador Regional da República da 3ª Região OSÓRIO BARBOSA, objetiva a condenação da UNIÃO FEDERAL e do BANCO CENTRAL DO BRASIL (BACEN), assistidos pela CASA DA MOEDA DO BRASIL (CMB), à obrigação de excluir a expressão *Deus seja louvado* das cédulas do Real.

Alega o autor que a frase ofende a liberdade religiosa e viola os princípios da laicidade estatal, da liberdade de crença, da isonomia e da legalidade. A fim de corroborar sua tese, durante a instrução *requereu a designação de audiência pública*, com fulcro na Lei 9.868/1999, *ou a produção de prova testemunhal*, para oitiva de representantes das várias religiões professadas no país (fls. 268/278).

O Juízo *a quo*, no entanto, optou pelo julgamento antecipado da lide, conforme artigo 330, I, do Código de Processo Civil/1973, o que *não configura cerceamento de defesa*, na medida em que compete ao magistrado avaliar a necessidade ou não de provas para a formação da sua convicção. Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CRÉDITO DECORRENTE DE CONTRATO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA AFASTADA PELA CORTE DE ORIGEM, EM RAZÃO DE LIMINAR CONCEDIDA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE IMPEDIA O PAGAMENTO DA ÚLTIMA PRESTAÇÃO DO CONTRATO. ANÁLISE DOS EFEITOS DE TAL DECISUM E DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. PRODUÇÃO PROBATÓRIA. INDEFERIMENTO FUNDAMENTADO. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE ILIQUIDEZ DO TÍTULO EXECUTIVO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. VEDAÇÃO. SÚMULA 5/STJ.

...

2. A teor da legislação de regência, cumpre ao magistrado, destinatário da prova, valorar sua necessidade. Assim, tendo em vista o princípio do livre convencimento motivado, não há cerceamento de defesa quando, em decisão fundamentada, o juiz indefere produção de prova, seja ela testemunhal, pericial ou documental.

3. Assim, a alteração do acórdão recorrido, a fim de se identificar a necessidade de realização das provas requeridas, sob pena de cerceamento de defesa, também implicaria, no presente caso, o reexame de matéria fática, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

...

(STJ - AgInt nos EDcl no AREsp 473.252/SC, Relator Ministro SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, julgado em 21/02/2017, DJe 27/03/2017)

PROCESSO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 NÃO CONFIGURADA. NÃO OCORRÊNCIA DE JULGAMENTO EXTRA PETITA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. DANOS MORAIS. INVIOABILIDADE DE VEREADOR POR ATOS, PALAVRAS E VOTOS NA CIRCUNSCRIÇÃO DO MUNICÍPIO.

...

2. A finalidade da prova é o convencimento do juiz, sendo ele o seu direto e principal destinatário, de modo que a livre convicção do magistrado consubstancia a bússola norteadora da necessidade ou não de produção de quaisquer provas que entender pertinentes à solução da demanda (art. 330 do CPC); exurgindo o julgamento antecipado da lide como mero consectário lógico da desnecessidade de maiores diligências. Precedentes.

3. A lide foi apreciada pelo julgador dentro dos exatos limites em que suscitadas as questões, uma vez que cabe ao magistrado aplicar o direito à espécie, ainda que por fundamento diverso do invocado pelas partes (iura novit curia e da mihi factum dabo tibi ius), não havendo falar em julgamento extra ou ultra petita. Precedentes.

...

8. Recurso especial não provido.

(STJ - REsp 1338010/SP, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 2/6/2015, DJe 23/6/2015)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. PRESCINDIBILIDADE DA PROVA. SÚMULA 7/STJ. DANO AO ERÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADEQUAÇÃO DA VIA. LEGITIMIDADE DO PARQUET. SÚMULA 83/STJ. PRESCRIÇÃO: SÚMULAS 126/STJ, 283/STF E 83/STJ. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. SÚMULA 182/STJ. NÃO INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS VIOLADOS QUANTO À TESE DE LEGALIDADE DO CONTRATO E AUSÊNCIA DE DANO.FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E JUROS LEGAIS. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.

1. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firmado no sentido de que não há cerceamento de defesa quando o julgador considera desnecessária a produção de prova, mediante a existência nos autos de elementos suficientes para a formação de seu convencimento. Ademais, aferir eventual necessidade de produção de prova demanda o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado em recurso especial, dado o óbice da Súmula 7/STJ.

...

Agravo regimental improvido.

(STJ - AgRg no REsp 1322962/SP, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, julgado em 26/5/2015, DJe 2/6/2015)

Afastada a matéria preliminar, passo ao exame do mérito.

Inicialmente observo que *O Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, define os vocábulos DEUS e RELIGIÃO da seguinte forma:

deus [Do lat. deus.]

Substantivo masculino.

1. Princípio supremo considerado pelas religiões como superior à natureza.
2. Ser infinito, perfeito, criador do Universo.
3. Nas religiões politeístas, divindade de personificação masculina, superior aos homens, e à qual se atribui influência especial, benéfica ou maléfica, nos destinos do Universo. [Com cap., nestas acep.]
4. Fig. Objeto de um culto ou de um desejo ardente, que se antepõe a todos os demais desejos ou afetos.
5. Filos. Princípio supremo de explicação da existência, da ordem e da razão universais, e garantia dos valores morais. [Fem.: deusa; pl.: deuses.]

religião [Do lat. religione.]

Substantivo feminino.

1. Crença na existência de uma força ou forças sobrenaturais, considerada(s) como criadora(s) do Universo, e que como tal deve(m) ser adorada(s) e obedecida(s).
2. A manifestação de tal crença por meio de doutrina e ritual próprios, que envolvem, em geral, preceitos éticos.
3. Restr. Virtude do homem que presta a Deus o culto que lhe é devido.
4. Reverência às coisas sagradas.
5. Crença fervorosa; devoção, piedade.
6. Crença numa religião [v. religião (1 e 2)] determinada; fé, culto: Esta moça adotou a *religião* do marido.
7. Vida religiosa:
Abandonou o mundo e abraçou a *religião*.
8. Qualquer filiação a um sistema específico de pensamento ou crença que envolve uma posição filosófica, ética, metafísica, etc.
9. Modo de pensar ou de agir; princípios:
Falar mal dos outros é contra minha *religião*.

Subentende-se, pela simples análise dessas definições, que a expressão *Deus seja louvado não privilegia uma ou outra vertente religiosa*, considerando que qualquer uma delas - em seu cerne - cultiva a ideia ou a intuição de uma divindade (monoteístas), ou de várias (politeístas).

Nessa sede de recurso judicial obviamente inexistente a pretensão de adentrar em uma tormentosa discussão teológica. Quer-se apenas demonstrar que o termo DEUS, constante nas cédulas do Real, *pode ser subentendido no seu aspecto genérico e aplicável a qualquer religião*.

É sabido que a Constituição Federal garante a liberdade religiosa, expressada na liberdade de crença, na liberdade de culto e na liberdade de organização religiosa.

Ensina José Afonso da Silva, que a liberdade de crença inclui a liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, a liberdade/direito de mudar de religião, a liberdade de não aderir à religião alguma, a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir o agnosticismo. *Mas não compreende a liberdade de embaraçar o livre exercício de qualquer religião, de qualquer crença (in Curso de Direito Constitucional Positivo, 35ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2012, p. 249).*

Sob essa ótica, não se pode concordar que a expressão *Deus seja louvado* na cédula do Real ofenda o ateu, que - como todo cidadão de um Estado democrático de direito - deve tolerar

e respeitar a crença alheia e a exposição pública às manifestações e aos simbolismos religiosos.

Nesse ponto, convém lembrar a calorosa discussão acerca do uso de *crucifixos* nas dependências de órgãos do Poder Judiciários.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por maioria, no julgamento de quatro pedidos de providência (1344, 1345, 1346 e 1362), em 6/6/2007, entendeu que a manutenção de um crucifixo numa sala de audiência não torna o Estado clerical e nem ofende interesse público. Confira-se o v. acórdão:

EMENTA

Pedido de providências visando a retirada de crucifixos afixados nos plenários e salas dos Tribunais de Justiça do Ceará, Minas Gerais, Santa Catarina e do TRF-4a região, alegando:

- a) que a aposição de símbolo religioso em órgão público fere o art. 19, inciso I, da CF - princípio do Estado laico;
- b) que os símbolos religiosos, em alguns tribunais, estão em local proeminente, de ampla visibilidade, acima da própria bandeira nacional, não compondo decoração acidental, mas sim, sugerindo enfaticamente que paira acima dos símbolos e valores oficiais;
- c) que a ostentação de símbolos religiosos sugere que os servidores estão submetidos a outros princípios que não aqueles que regem a administração pública;
- d) que a iniciativa tomada pelo requerente é apoiada por representantes de um amplo espectro da sociedade, em movimento não sectarista, que visa promover valores importantes de cidadania e da convivência democrática.

Pedido Julgado Improcedente.

(CNJ - PP - Pedido de Providências - Conselheiro - 1344 - Rel. PAULO LÔBO - 14ª Sessão (EXTRAORDINÁRIA) - j. 06/06/2007).

No mesmo teor: CNJ - PP - Pedido de Providências - Conselheiro - 1345 - Rel. PAULO LÔBO - 14ª Sessão (EXTRAORDINÁRIA) - j. 06/06/2007; PP - Pedido de Providências - Conselheiro - 1346 - Rel. PAULO LÔBO - 14ª Sessão (EXTRAORDINÁRIA) - j. 06/06/2007; PP - Pedido de Providências - Conselheiro - 1362 - Rel. PAULO LÔBO - 14ª Sessão (EXTRAORDINÁRIA) - j. 06/06/2007.

Extrai-se desse episódio que a manutenção de um símbolo religioso não fere a laicidade do Estado.

Portanto, não há como concordar com as alegações do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL de que a manutenção da expressão *Deus seja louvado* no papel moeda brasileiro é ofensiva aos princípios da igualdade, da liberdade de crença ou não crença, da laicidade estatal, da legalidade e da impessoalidade, sendo de rigor a manutenção da improcedência da sentença de primeiro grau.

Ainda que não fosse assim, na especificidade da colocação, em cédulas e moedas metálicas, de uma frase que evoca religiosidade, podem ser tecidas algumas considerações pertinentes diretamente ao tema.

Nos EUA, no dia 11 de julho de 1955 o então presidente Dwight D. Eisenhower assinou a Lei Pública nº 140 votada pelo Congresso que, baseada no *Salmo 56:11*, tornou *obrigatória* a impressão do lema *In God We Trust* em todas as moedas metálicas e cédulas de papel do dólar.

Na verdade, o lema *já era colocado* no dinheiro norte-americano porque durante a trágica Guerra da Secessão, no segundo mandato de Abraham Lincoln, a impressão do dístico religioso já tinha se expandido em moedas e cédulas; a frase *In God We Trust* fora impressa pela primeira vez em 1864 na moeda de dois *cents*, durante a Guerra Civil.

Quanto ao dinheiro nacional, sabe-se que em 1986 sobreveio um decreto para que o Banco Central imprimisse a expressão ora questionada nas notas da nova moeda, o *cruzado*, que então substituiu o cruzeiro. As primeiras cédulas com a frase começaram a circular em fevereiro de 1986; quando o *cruzado* foi suprimido essa frase migrou, primeiro para o *cruzeiro* então restaurado (de 1993 a 1994), depois para o *Real* a partir de 1994.

Não se pode desprezar o fato de que a aposição da frase ora questionada no dinheiro brasileiro ocorreu num país em que até a Constituição foi promulgada “sob a proteção de Deus”.

A moeda - que a partir do século VII a.C. começou a substituir o escambo nas relações comerciais - reflete a sociedade e sua cultura numa certa época.

Assim, as moedas sempre foram fonte notável de informações históricas porque a sua confecção - iniciada com a cunhagem em cobre, prata e ouro - permitiu às pessoas de seu tempo e à posteridade o conhecimento de aspectos políticos, econômicos e culturais, assim como permitiu, em favor das gerações ulteriores, conhecer alguns procedimentos tecnológicos do passado.

Aliás, o emprego de prata e ouro na cunhagem de moedas não se deveu apenas à durabilidade desses metais; diz a História que na antiga Babilônia havia uma crença na relação entre o Sol e o ouro e entre a prata e a Lua, o que conduziu a outra crença: nos poderes “mágicos” desses metais e na conseqüente magia que impregnava os objetos confeccionados com prata e ouro.

Na cunhagem de moedas metálicas os povos acostumaram-se a inscrever não apenas o valor delas (isso depois que o valor passou a não depender do *peso* do metal usado) mas também outras formas de expressão.

Foi assim que a efígie de Alexandre, o Grande, foi inscrita em moedas e permitiu o conhecimento da imagem aproximada do imperador helênico não apenas em sua época, mas nas gerações subseqüentes, inclusive na nossa época.

Nas antigas moedas portuguesas, uma das duas faces apresentava o rosto de um soberano - a *cara* - e, a outra, as *armas* da Coroa; é graças a esse costume que modernamente é possível conhecer, por exemplo, o perfil de D. João V, soberano português da época em que foram cunhadas as primeiras moedas de ouro no Brasil, em 1727.

Ainda, por exemplo, vê-se o busto de D. Pedro II quando ainda era menino na moeda de mil-réis cunhada em 1831.

Revelando um certo culto à personalidade tupiniquim, na moeda de mil réis cunhada em 1922 estão, lado-a-lado, os bustos de d. Pedro I e do Presidente da República na época, Epitácio Pessoa; esse fato foi um curioso “escorregão” na tarefa de “demolir” a Monarquia encetada pelos republicanos de 1889.

Na moeda de 100 réis, datada de 1940, está o rosto de Getúlio Vargas.

Após o golpe militar de 1964, à exceção das moedas comemorativas do Sesquicentenário da Independência, lançaram-se moedas com imagens de animais da fauna brasileira e do mapa do país.

A partir da adoção do *cruzado*, houve as costumeiras moedas comemorativas (para 2016 previu-se uma moeda de um Real estampando um atleta, em homenagem às Olimpíadas do Rio de Janeiro), com as moedas comuns trazendo símbolos republicanos, plantas de cidades, vegetação, etc.

Mas ao longo da História brasileira houve casos da cunhagem de moedas onde apareceram, ao invés de imagens e perfis, frases inscritas. Por exemplo, na moeda de 20 réis de 1889 está inscrito “*vintém poupado, vintém ganho*”; na moeda de 500 réis de 1906 inscreveu-se “ordem e progresso”.

As cédulas monetárias ganharam expressão com a República, e nelas se estamparam figuras históricas ou relevantes da vida nacional, figuras representativas da evolução étnica brasileira numa seqüência das diversas raças, por ordem de precedência histórica, efígies de gaúchos, sendo que com o advento do Real optou-se por animais da fauna brasileira no verso da nota e pela figura feminina que representa a República no anverso, embora ainda circule uma cédula de dez reais feita em plástico e comemorativa dos 500 anos do Descobrimento do Brasil, com a efígie de Cabral.

A propósito, pouca gente sabe (ou convenientemente prefere ignorar) que a *efígie feminina* colocada ainda hoje nas atuais células do Real - perpetuando um costume que se originou na República Velha - na verdade é representativa de “*Marianne*”, a figura feminina icônica que se tornou o símbolo da República Francesa, inspirada na obra *A Liberdade Guiando o Povo*, do pintor Ferdinand Victor Eugène Delacroix, pintada em 1830, e que hoje está exposta no Museu do Louvre. Essa figura feminina, que ilustra a face do Real, personifica os valores republicanos (razão, nação, pátria) e é também conhecida como um dos símbolos da *Maçonaria* (cujos membros foram agentes ativos durante a Revolução Francesa), mas ninguém se incomoda ou se incomodou com isso.

Todo esse panorama mostra, sem dúvidas, que os lançamentos e inscrições postos na moeda refletem um povo, sua história, seus costumes. Assim, a moeda acaba por expressar fatos relevantes para esse povo, sem exclusividade.

Quanto a vocação “religiosa” da sociedade brasileira, que obviamente está longe de se limitar ao Catolicismo, foi o próprio Constituinte brasileiro que resolveu invocar - mais uma vez - a proteção de Deus no preâmbulo da Constituição de 1988, assim *refundando* o Estado brasileiro pós-ditadura militar sob os *auspícios divinos*, ainda que tenha sido mantido o Estado laico no art. 19, inciso I, da Constituição Federal.

Ora, se o próprio preâmbulo da Constituição atual - que pode ser acusada de muita coisa, menos de ser anti-democrática - inovoca em seu preâmbulo “a proteção de Deus” para que se consiga instituir um verdadeiro Estado Democrático, é óbvio o contrassenso em supor que a locução inserta nas cédulas de Real viola vários princípios constitucionais.

Na tradição do Direito Público brasileiro, desde 15 de novembro de 1.889, com a quartelada que derrubou (mesmo que isso tenha ocorrido acidentalmente) o Segundo Reinado e - a instâncias de Benjamin Constant - levou à proclamação da República, o país deixou de adotar uma religião oficial, e todas as Constituições que se seguiram nunca atentaram contra a liberdade religiosa.

Contudo, na já longa tradição constitucional brasileira apenas duas Constituições não mencionaram Deus em seu preâmbulo: a Constituição da República de 1.891 e a Constituição Getulista de 1.937 (a “polaquinha”).

A referência à divindade - seja no preâmbulo da Constituição, seja nas cédulas monetárias - tem raízes na História brasileira e nos costumes de nosso povo; não é uma afronta a qualquer culto ou religião em particular; menos ainda é um acinte contra os brasileiros que se declaram ateus. Essa prática de referir-se ou dirigir-se a uma divindade - genericamente tratada como Deus - alcançava 73,6% dos brasileiros em 2016. E está longe de trazer ofensa aos cerca de 8,00% que se dizem sem religião.

Pelo exposto, *voto para rejeitar a matéria preliminar e negar provimento à APELAÇÃO e à REMESSA OFICIAL.*

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA**0001846-94.2013.4.03.6105****(2013.61.05.001846-9)**

Apelantes: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO E FUNDAÇÃO PARA A CONSERVAÇÃO E A PRODUÇÃO FLORESTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMPINAS - SP E OUTROS

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA DE CAMPINAS - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE

Classe do Processo: ApReeNec 2113287

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/01/2018

EMENTA

CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPENSAÇÃO AMBIENTAL. ART. 225 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI FEDERAL Nº 9.985/00. DECRETO Nº 4.340/02. RESOLUÇÃO CONAMA Nº 371/06. PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR. OBRIGAÇÃO DE ARCAR COM OS CUSTOS DE PRESERVAÇÃO E CONSERVAÇÃO EM CONTRAPARTIDA A EMPREENDIMENTO DE RELEVANTE IMPACTO AMBIENTAL. VALORES DA COMPENSAÇÃO DEVEM SER DESTINADOS ÀS ÁREAS DE RELEVANTE INTERESSE ECOLÓGICO SITUADAS NA ÁREA DE INFLUÊNCIA DIRETA DO EMPREENDIMENTO. POSSIBILIDADE DE EXAME DO ATO DA ADMINISTRAÇÃO POR PARTE DO JUDICIÁRIO.

- No caso dos autos, a Petrobrás S.A iniciou um processo de modernização da refinaria de Paulínia/SP (REPLAN). Tal empreendimento, objeto de processo de licenciamento ambiental perante a Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo, previu investimentos na ordem de US\$ 1.292.000.000,00. O valor proposto pelo EIA/RIMA, a título de compensação ambiental, foi de US\$ 6.410.000,00, cálculo que utilizou o critério a fração de 0,5% (meio por cento) do valor total do projeto. O valor foi devidamente depositado pelo empreendedor e coube à Câmara de Compensação Ambiental (órgão da Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo) a aplicação e o destino dos recursos provenientes da compensação ambiental. Conforme relatado, os referidos recursos foram inicialmente disponibilizados, pela Câmara de Compensação Ambiental, ao Parque da Serra do Mar. Todavia, a r. sentença julgou procedente os pedidos formulados na inicial e, em consequência, anulou totalmente a decisão da Câmara de Compensação Ambiental, proferida na 31ª reunião (17/12/2007), que destinava a totalidade dos recursos de compensação ambiental para a implantação do Plano de Manejo do Parque Estadual da Serra do Mar. Conforme determinação da MM. Juíza *a quo*, os valores de compensação ambiental devem ser destinados às áreas de relevante interesse ecológico situadas na área de influência direta do empreendimento conforme plano a ser apresentado na fase de cumprimento da sentença.

- O art. 225 da Constituição Federal consagrou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental, criando o dever de o agente degradador reparar os danos causados e estabeleceu o fundamento de responsabilização de agentes poluidores, pessoas físicas e jurídicas. Para assegurar a efetividade desse direito, a CF determina ao Poder Público, entre outras obrigações, que crie espaços

territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos em todas as unidades da Federação.

- Com o advento da Lei nº 9.985/2000 (SNUC - Sistema Nacional de Unidades de Conservação), que regulamentou o inciso III do §1º do art. 225 da CF/88, coube ao art. 36 deste diploma o tratamento da compensação ambiental.

- A Lei 9.985/00 foi regulamentada pelo Decreto nº 4.340/02 que pormenorizou os detalhes e *modus operandi* do dever legal criado pelo art. 36 da Lei nº 9985/00. Destaca-se, também, que o art. 31 foi alterado pelo Decreto nº 5.566/05, mantendo a redação dos demais dispositivos.

- Visando implementar o dever legal contido na Lei e repetido no respectivo Decreto, o IBAMA editou a Portaria nº 07/2004, criando as Câmaras de Compensação Ambiental, e, por intermédio da Portaria nº 44/2004, aprovou o regimento interno das mesmas, posteriormente alterado pela Portaria nº 49/2005.

- A Resolução CONAMA nº 371, de 5 de abril de 2006, estabeleceu diretrizes aos órgãos ambientais para o cálculo, cobrança, aplicação, aprovação e controle de gastos de recursos advindos de compensação ambiental, conforme a Lei nº 9.985/00.

- A lei 9.985/00 (regulamentada pelo Decreto nº 4.340/02) e demais dispositivos legais vieram consolidar e dar o devido amparo legal para a execução dos mecanismos de compensação ambiental, proporcionalmente ao grau de impacto específico de cada empreendimento em licenciamento.

- Os dispositivos acima referenciados abarcam o princípio do poluidor-pagador, não somente em sua dimensão de obrigação para a reparação de danos, mas também como obrigação de arcar com os custos de preservação e conservação em contrapartida a empreendimento de relevante impacto ambiental. Esse custo deve ser assumido e incorporado pelo empreendedor antes da atividade ser autorizada pelo poder público, e neste particular, os estudos e avaliações ambientais prévias são importante instrumento de realização deste postulado do direito ambiental. Assim, nos casos de empreendimentos e obras que causem significativo impacto ao meio ambiente, é mister que o processo de licenciamento da atividade contemple a realização de um EIA/RIMA para que este estudo informe quais os impactos advindos da atividade, caso ela venha a ser implantada.

- A principal questão debatida nesses autos é definir qual o destino dos valores de compensação ambiental: se devem ser destinados às áreas de relevante interesse ecológico situadas na área de influência do empreendimento ou se podem ser aplicados em outra localidade.

- Está claro que a legislação não confere elasticidade ao instituto da compensação, sendo categórica ao restringir sua aplicação ao empreendimento sujeito à realização de Estudo Prévio de Impacto Ambiental e seu respectivo Relatório de Impacto do Meio Ambiente (EPIA/RIMA), não encontrando o administrador autorizado, com suporte em eventual juízo de discricionariedade, a realocar os recursos destinados à compensação de áreas atingidas por determinado empreendimento para área diversa e distante daquelas diretamente atingidas pelo empreendimento.

- No que se refere ao empreendimento em questão, objeto dessa ação civil pública, o Estudo de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) delimitou o raio de 10 Km do empreendimento como Área de Influência Direta do empreendimento, abrangendo os elementos do Meio Físico, Meio Sócio-Econômico e Meio Biótico, tendo detectado ao menos duas Unidades de Conservação Federal nesse âmbito, quais sejam, as Áreas de

Relevante Interesse Ecológico de Mata de Santa Genebra e de Matão de Cosmópolis, além de Unidades de Conservação de Proteção de Uso Integral, como é o caso da Estação Ecológica Estadual de Valinhos e do Parque Estadual Assessoria de Reforma Agrária - ARA. Além disso, foram juntados aos autos documentos que comprovam que no entorno da Refinaria encontra-se o maior fragmento florestal de Paulínia/SP, com mais de cento e cinquenta hectares, onde é comum a presença de onça-pardas e outros animais ameaçados de extinção.

- Foram realizados estudos ambientais minudentes que abordaram os impactos ambientais negativos decorrentes da instalação e operação do empreendimento realizado pela REPLAN, tendo ainda sido colacionada ampla documentação no intuito de demonstrar que tanto a Mata Santa Genebra como Matão de Cosmópolis foram diretamente afetadas pelo empreendimento em questão.

- A conclusão da CETESB, no sentido de que o empreendimento não causaria impactos negativos às Unidades de Conservação indicadas pelo Ministério Público Federal, está em desacordo com o Estudo de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) e o restante do conjunto probatório.

- Há, portanto, a possibilidade legítima de o Judiciário adentrar no exame da adequação da decisão do órgão ambiental, desde que seja constatada a violação à proporcionalidade.

- A decisão que determinou a anulação total da decisão da Câmara de Compensação Ambiental, proferida na 31ª Reunião em 17 de dezembro de 2007, que destinou a totalidade dos recursos de compensação ambiental para a implantação do Plano de Manejo do Parque Estadual da Serra do Mar, e determinou a destinação da integralidade do valor dos recursos de compensação ambiental às áreas de relevante interesse ecológico situadas na área de influência direta do empreendimento conforme plano a ser apresentado na fase de cumprimento da sentença, deve ser mantida.

- Remessa oficial e apelações da Fazenda Pública do Estado de São Paulo e da Fundação para a Conservação e a Produção Florestal do Estado de São Paulo improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial e apelações da Fazenda Pública do Estado de São Paulo e da Fundação para a Conservação e a Produção Florestal do Estado de São Paulo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de novembro de 2017.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelações interpostas pela FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e pela FUNDAÇÃO PARA A CONSERVAÇÃO E A PRODUÇÃO FLORESTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, visando a reforma da r. sentença (fls. 1742/1748) que, em sede de ação civil públi-

ca, julgou procedente os pedidos formulados e, em consequência, anulou totalmente a decisão da Câmara de Compensação Ambiental, proferida na 31ª reunião (17/12/2007), que destinava a totalidade dos recursos de compensação ambiental para a implantação do Plano de Manejo do Parque Estadual da Serra do Mar. Conforme determinação da MM. Juíza *a quo*, os valores de compensação ambiental devem ser destinados às áreas de relevante interesse ecológico situadas na área de influência direta do empreendimento conforme plano a ser apresentado na fase de cumprimento da sentença.

Sentença submetida ao reexame necessário.

Em seu recurso (fls. 1805/1818), a FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO sustenta, em síntese, que a CETESB, órgão responsável pelo licenciamento, atestou que o empreendimento não causaria impactos negativos às Unidades de Conservação indicadas pelo Ministério Público Federal. Alega que o art. 33 do Decreto Federal nº 4.340/02, que regulamenta o art. 36 da Lei do SNUC, tem como objetivo destinar recursos de compensação ambiental à regularização fundiária e demarcação de terras, finalidade que não seria atendida nas regiões indicadas pelo autor. Aduz, ainda, que no processo de licenciamento não houve descumprimento do art. 2º da Resolução CONAMA 13/90 porque as obras não impactaram negativamente as Unidades de Conservação Federais apontadas na petição inicial. Ademais, as obras de modernização da refinaria causariam impacto positivo em razão da melhoria da qualidade do ar regional. Bem assim, o art. 31 do Decreto 4340/02 determina a utilização de recursos provenientes de compensação ambiental somente em Unidades de Conservação que sofram impactos negativos do empreendimento, sendo que, em virtude da “afetação benéfica”, o Poder Judiciário teria adentrado ao mérito da decisão administrativa da Câmara de Compensação Ambiental estadual. Por fim, não há na petição inicial argumentos que justifiquem o emprego da compensação ambiental nas regiões de Santa Genebra e Matão de Cosmópolis.

A FUNDAÇÃO PARA A CONSERVAÇÃO E A PRODUÇÃO FLORESTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, por sua vez (fls. 1836/1848), alega, em síntese, que o art. 9º, *caput*, da resolução CONAMA 371/06 afirma competir ao Poder Público a definição das Unidades de Conservação beneficiárias dos recursos oriundos da compensação ambiental, razão pela qual a sentença feriria a discricionariedade administrativa e a separação dos poderes. Sustenta, ainda, que o emprego da verba em questão no Parque Estadual da Serra do Mar geraria benefícios ao meio ambiente em sua acepção unitária. Por fim, não tendo havido dano ao meio ambiente, o pedido seria impossível e a ação civil pública não seria instrumento apto à anulação da decisão administrativa.

Contrarrazões (fls. 1858/1876, 1899/1907 e 1908/1925).

O Ministério Público Federal (fls. 1950/1959) opina para que seja negado provimento aos recursos de apelação.

Subiram os autos a este Egrégio Tribunal Regional Federal.

É o relatório.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

VOTO

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

No caso dos autos, a Petrobrás S.A iniciou um processo de modernização da refinaria de Paulínia/SP (REPLAN). Tal empreendimento, objeto de processo de licenciamento ambiental

perante a Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo, previu investimentos na ordem de US\$ 1.292.000.000,00.

O valor proposto pelo EIA/RIMA, a título de compensação ambiental, foi de US\$ 6.410.000,00, cálculo que utilizou o critério a fração de 0,5% (meio por cento) do valor total do projeto.

O valor foi devidamente depositado pelo empreendedor e coube à Câmara de Compensação Ambiental (órgão da Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo) a aplicação e o destino dos recursos provenientes da compensação ambiental.

Conforme relatado, os referidos recursos foram inicialmente disponibilizados, pela Câmara de Compensação Ambiental, ao Parque da Serra do Mar.

Todavia, a r. sentença julgou procedente os pedidos formulados na inicial e, em consequência, anulou totalmente a decisão da Câmara de Compensação Ambiental, proferida na 31ª reunião (17/12/2007), que destinava a totalidade dos recursos de compensação ambiental para a implantação do Plano de Manejo do Parque Estadual da Serra do Mar. Conforme determinação da MM. Juíza *a quo*, os valores de compensação ambiental devem ser destinados às áreas de relevante interesse ecológico situadas na área de influência direta do empreendimento conforme plano a ser apresentado na fase de cumprimento da sentença.

A Fazenda Pública do Estado de São Paulo e a Fundação para a Conservação e a Produção Florestal do Estado de São Paulo interpuseram recursos de apelação.

Passo ao exame do mérito.

O art. 225 da Constituição Federal consagrou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental, criando o dever de o agente degradador reparar os danos causados e estabeleceu o fundamento de responsabilização de agentes poluidores, pessoas físicas e jurídicas. Para assegurar a efetividade desse direito, a CF determina ao Poder Público, entre outras obrigações, que crie espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos em todas as unidades da Federação. Confira-se:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

(...)

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

(...)

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Com o advento da Lei nº 9.985/00 (SNUC - Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza), que regulamentou o inciso III do §1º do art. 225 da CF/88, coube ao art. 36 deste diploma o tratamento da compensação ambiental (g. n.):

Art. 36. Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei.

§ 1º O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, sendo o percentual fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento.

§ 2º *Ao órgão ambiental licenciador compete definir as unidades de conservação a serem beneficiadas, considerando as propostas apresentadas no EIA/RIMA e ouvido o empreendedor, podendo inclusive ser contemplada a criação de novas unidades de conservação.*

§ 3º *Quando o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento, o licenciamento a que se refere o caput deste artigo só poderá ser concedido mediante autorização do órgão responsável por sua administração, e a unidade afetada, mesmo que não pertencente ao Grupo de Proteção Integral, deverá ser uma das beneficiárias da compensação definida neste artigo.*

Posteriormente, a Lei 9.985/00 foi regulamentada pelo Decreto nº 4.340/02 que pormenorizou os detalhes e *modus operandi* do dever legal criado pelo art. 36 da Lei nº 9985/00. Destaca-se, também, que o art. 31 foi alterado pelo Decreto nº 5.566/05, mantendo a redação dos demais dispositivos (g. n):

Art. 31. Para os fins de fixação da compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei no 9.985, de 2000, *o órgão ambiental licenciador estabelecerá o grau de impacto a partir de estudo prévio de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA realizados quando do processo de licenciamento ambiental, sendo considerados os impactos negativos e não mitigáveis aos recursos ambientais.*

Parágrafo único. Os percentuais serão fixados, gradualmente, a partir de meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, considerando-se a amplitude dos impactos gerados, conforme estabelecido no *caput*.

Art. 32. Será instituída no âmbito dos órgãos licenciadores câmaras de compensação ambiental, compostas por representantes do órgão, com a finalidade de analisar e propor a aplicação da compensação ambiental, para a aprovação da autoridade competente, de acordo com os estudos ambientais realizados e percentuais definidos.

Art. 33. A aplicação dos recursos da compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei no 9.985, de 2000, nas unidades de conservação, existentes ou a serem criadas, deve obedecer à seguinte ordem de prioridade:

- I - regularização fundiária e demarcação das terras;
- II - elaboração, revisão ou implantação de plano de manejo;
- III - aquisição de bens e serviços necessários à implantação, gestão, monitoramento e proteção da unidade, compreendendo sua área de amortecimento;
- IV - desenvolvimento de estudos necessários à criação de nova unidade de conservação; e
- V - desenvolvimento de pesquisas necessárias para o manejo da unidade de conservação e área de amortecimento.

Parágrafo único. Nos casos de Reserva Particular do Patrimônio Natural, Monumento Natural, Refúgio de Vida Silvestre, Área de Relevante Interesse Ecológico e Área de Proteção Ambien-

tal, quando a posse e o domínio não sejam do Poder Público, os recursos da compensação somente poderão ser aplicados para custear as seguintes atividades:

I - elaboração do Plano de Manejo ou nas atividades de proteção da unidade;

II - realização das pesquisas necessárias para o manejo da unidade, sendo vedada a aquisição de bens e equipamentos permanentes;

III - implantação de programas de educação ambiental; e

IV - financiamento de estudos de viabilidade econômica para uso sustentável dos recursos naturais da unidade afetada.

Art. 34. Os empreendimentos implantados antes da edição deste Decreto e em operação sem as respectivas licenças ambientais deverão requerer, no prazo de doze meses a partir da publicação deste Decreto, a regularização junto ao órgão ambiental competente mediante licença de operação corretiva ou retificadora.

Visando implementar o dever legal contido na Lei e repetido no respectivo Decreto, o IBAMA editou a Portaria nº 07/04, criando as *Câmaras de Compensação Ambiental*, e, por intermédio da Portaria nº 44/04, aprovou o regimento interno das mesmas, posteriormente alterado pela Portaria nº 49/05.

Sobre o tema, importante ressaltar também a Resolução CONAMA nº 371, de 5 de abril de 2006, que estabeleceu diretrizes aos órgãos ambientais para o cálculo, cobrança, aplicação, aprovação e controle de gastos de recursos advindos de compensação ambiental, conforme a Lei no 9.985/00, *in verbis* (g. n.):

Art. 9º O órgão ambiental licenciador, ao definir as unidades de conservação a serem beneficiadas pelos recursos oriundos da compensação ambiental, respeitados os critérios previstos no art. 36 da Lei nº 9.985, de 2000 e a ordem de prioridades estabelecida no art. 33 do Decreto nº 4.340 de 2002, deverá observar:

I - *existindo uma ou mais unidades de conservação ou zonas de amortecimento afetadas diretamente pelo empreendimento ou atividade a ser licenciada, independentemente do grupo a que pertençam, deverão estas ser beneficiárias com recursos da compensação ambiental*, considerando, entre outros, os critérios de proximidade, dimensão, vulnerabilidade e infraestrutura existente.

Conforme acima verificado, a lei 9.985/00 (regulamentada pelo Decreto no 4.340/02) e demais dispositivos legais vieram consolidar e dar o devido amparo legal para a execução dos mecanismos de compensação ambiental, proporcionalmente ao grau de impacto específico de cada empreendimento em licenciamento.

Destaca-se, também, que os dispositivos referenciados abarcam o princípio do poluidor-pagador, não somente em sua dimensão de obrigação para a reparação de danos, mas também como obrigação de arcar com os custos de preservação e conservação em contrapartida a empreendimento de relevante impacto ambiental. Esse custo deve ser assumido e incorporado pelo empreendedor antes da atividade ser autorizada pelo poder público, e neste particular, os estudos e avaliações ambientais prévias são importante instrumento de realização deste postulado do direito ambiental. Assim, *nos casos de empreendimentos e obras que causem significativo impacto ao meio ambiente, é mister que o processo de licenciamento da atividade contemple a realização de um EIA/RIMA para que este estudo informe quais os impactos advindos da atividade, caso ela venha a ser implantada*.

A propósito, destaco os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. AMBIENTAL, AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. INOCORRÊNCIA. INTERESSE DE AGIR DO IBAMA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A POLUIR. DANOS MATERIAIS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA. INEXISTÊNCIA DE LICENÇA PARA EXPLORAR ATIVIDADE AGRÍCOLA. DANO MORAL COLETIVO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. COMPENSAÇÃO AMBIENTAL. EXIGÊNCIA DE ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL E RESPECTIVO RELATÓRIO - EIA/RIMA.

(...)

9. A compensação ambiental está restrita aos empreendimentos causadores de impactos definidos por tal estudo, conforme dispõe o art. 36, da Lei nº 9.985, de 2000: “Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei”. O EIA/RIMA deve mensurar o dano provável e indispensável à atividade que será instalada, bem como determinar as demais condicionantes que deverão servir para redução de impacto ambiental ou para evitar eventuais danos colaterais. Diante disso, observa-se que a exigência do pagamento da compensação ambiental, sem a prévia elaboração do EIA/RIMA, que visa a apurar o efetivo impacto ambiental e mensurar o valor da compensação, fere totalmente os princípios da legalidade e da proporcionalidade, não sendo possível condenar a usina ao pagamento de compensação ambiental, ante a ausência do EIA/RIMA.

10. Preliminares não acolhidas. Remessa oficial e apelação do IBAMA parcialmente providas. Apelação da Usina Salgado não provida.

(TRF/5ª Região, AC nº 590909, Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, 1ª Turma, DJE de 28/06/2017, p. 27)

PROCESSO CIVIL. RECURSO INTEMPESTIVO. IBAMA. EXPEDIÇÃO DE LICENÇA PRÉVIA DE PRODUÇÃO PARA PESQUISA. SUBMISSÃO À EXIGÊNCIA DO ART. 36 DA LEI Nº 9.985/2000. EXIGÊNCIA DE ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL E RESPECTIVO RELATÓRIO - EIA/RIMA. APELAÇÃO NÃO CONHECIDA. REEXAME NECESSÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

3. A compensação ambiental prévia, em observância do Princípio do Desenvolvimento Sustentável, da Prevenção e do Poluidor-pagador, é uma condição que deve ser previamente exigida em processos de licenciamento ambiental de empreendimentos ou atividades potencialmente causadora de significativa degradação do ambiental, buscando um equilíbrio entre o conflito do desenvolvimento econômico e a proteção do Meio Ambiente ao tentar minimizar os impactos decorrentes daquele, conforme previsão Constitucional do art. 225 e seus incisos.

4. A legislação pátria restringiu a exigência de compensação ambiental somente aos casos de licenciamento dos empreendimentos causadores de significativo impacto ambiental que tenham realizado Estudo Prévio de Impacto Ambiental e respectivo Relatório de Impacto do Meio Ambiente (EIA/RIMA). Assim, não é qualquer estudo ambiental que pode gerar a obrigação da compensação ambiental, uma vez que a Lei expressamente restringiu isto ao Estudo Prévio de Impacto Ambiental e ao respectivo Relatório de Impacto do Meio Ambiente.

(...)

7. Apelação não conhecida. Remessa Necessária parcialmente provida.

(TRF/2ª Região, APELREEX Nº 00076558720054025001, Relator Guilherme Diefenthaler, Data da publicação 09/10/2013)

Lembra ainda que pela Resolução CONAMA nº 371/06, art. 9º, havendo Unidade de Conservação afetada pelo empreendimento, esta deve ser beneficiada com a destinação dos recursos oriundos da compensação ambiental, devendo o restante ser empregado na criação, implan-

tação ou manutenção de outras unidades de conservação. No caso dos autos, a UC que está sendo afetada diretamente é a Floresta Nacional de Chapecó, não sendo necessária a aplicação de todo o valor oriundo da compensação ambiental para sua conservação, o restante do valor, no montante de onze milhões e oitocentos mil reais, poderia ser aplicado no desenvolvimento de outras unidades.

(TRF/4ª Região, Decisão Monocrática, AG nº 2008.04.00.044913-0/SC, Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, 3ª Turma, D.E. de 08/04/2010)

Pois bem.

Passo à análise das alegações invocadas nos apelos, sem me ater, entretanto, à ordem em que foram colocadas.

Como se vê, a principal questão debatida nesses autos é definir qual o destino dos valores de compensação ambiental: *se devem ser destinados às áreas de relevante interesse ecológico situadas na área de influência do empreendimento ou se podem ser aplicados em outra localidade.*

Neste sentido está claro que a legislação não confere elasticidade ao instituto da compensação, sendo categórica ao restringir sua aplicação ao empreendimento sujeito à realização de Estudo Prévio de Impacto Ambiental e seu respectivo Relatório de Impacto do Meio Ambiente (EPIA/RIMA), não encontrando o administrador autorizado, com suporte em eventual juízo de discricionariedade, a realocar os recursos destinados à compensação de áreas atingidas por determinado empreendimento para área diversa e distante daquelas diretamente atingidas pelo empreendimento.

No que se refere ao empreendimento em questão, objeto dessa ação civil pública, o Estudo de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) delimitou o raio de 10 Km do empreendimento como Área de Influência Direta do empreendimento, abrangendo os elementos do Meio Físico, Meio Sócio-Econômico e Meio Biótico, tendo detectado ao menos duas Unidades de Conservação Federal nesse âmbito, quais sejam, as Áreas de Relevante Interesse Ecológico de Mata de Santa Genebra e de Matão de Cosmópolis, além de Unidades de Conservação de Proteção de Uso Integral, como é o caso da Estação Ecológica Estadual de Valinhos e do Parque Estadual Assessoria de Reforma Agrária - ARA.

Além disso, foram juntados aos autos documentos que comprovam que no entorno da Refinaria encontra-se o maior fragmento florestal de Paulínia/SP, com mais de cento e cinquenta hectares, onde é comum a presença de onça-pardas e outros animais ameaçados de extinção.

Reporto-me aos fundamentos do Estudo de Impacto Ambiental (EIA/RIMA - CD anexo - fl. 523):

LOCALIZAÇÃO E VIAS DE ACESSO

O empreendimento localiza-se na Rodovia SP-332, km 132, que liga as cidades de Paulínia a Cosmópolis, no Município de Paulínia, a 5 km da sede da Prefeitura Municipal e a 18 km de Campinas, em ZUI - Zona Industrial de Grande Porte, conforme Lei Municipal de Paulínia nº 2.423 de 04 de dezembro de 2000, município este inserido na Região Metropolitana de Campinas.

(...)

JUSTIFICATIVA ECONÔMICA, AMBIENTAL, LOCACIONAL, TÉCNICA E HIPÓTESE DE NÃO REALIZAÇÃO DO EMPREENDIMENTO

O empreendimento, que será apresentado em detalhes no desenvolvimento deste Estudo de Impacto Ambiental, é plenamente justificável nos aspectos econômico, ambiental e legal. No aspecto econômico, a maior utilização dos petróleos nacionais reduzirá tanto a exportação

do petróleo nacional como a importação de derivados, implicando diretamente em impacto positivo sobre a balança comercial brasileira. Sob o aspecto legal, este empreendimento está totalmente compatível com as leis vigentes, e no que diz respeito à gestão ambiental são seguidas rigorosamente as normas e resoluções pertinentes ao processo de licenciamento e de controle da autoridade ambiental.

Destaca-se que o principal objetivo do “Projeto de Modernização da REPLAN” é a produção de diesel e gasolina com baixo teor de enxofre de acordo com a especificação de teor máximo de enxofre que será introduzida no Brasil a partir de 2009. Caso o empreendimento não seja implantado, ocorrerão graves problemas econômicos e ambientais. A situação em 2009 será mais difícil que a atual, uma vez que vários países estão mudando a especificação de seus combustíveis.

(...)

ÁREAS DE INFLUÊNCIA

Áreas de influência de um específico empreendimento correspondem aos locais passíveis de percepção dos efeitos potenciais deste projeto, em suas distintas fases de planejamento, implantação e operação.

A delimitação destas áreas ocorre a partir das características e a abrangência do empreendimento, e com a diversidade e especificidade dos ambientes afetados, compreendendo os locais e áreas sujeitas aos efeitos diretos e imediatos da fase de obras e fase de operação, e os locais e áreas cujos efeitos serão sentidos a curto, médio e longo prazo.

Geralmente são definidas três áreas para elaboração do Diagnóstico Ambiental:

- Área de Influência Direta (AID);
- Área de Diretamente Afetada (ADA); e
- Área de Influência Indireta (AII).

As áreas de estudo deste EIA/RIMA com níveis de abordagem diferenciados, são apresentadas a seguir:

6.1. ÁREA DE INFLUÊNCIA DIRETA - AID

Área onde os impactos das ações das fases de planejamento, implantação e operação do empreendimento incidem diretamente e de forma primária sobre os elementos dos meios: físico (solo, água e ar); sócio econômico (uso e ocupação do solo, aspectos sociais e econômicos, e aspectos arqueológicos); e biótico (vegetação e fauna).

Como critério mais amplo para que as interferências ambientais sejam analisadas sob um foco mais preciso *delimitou - se como área de influência direta um raio de 10 km* - Figura nº 89, tendo como centro as unidades, objeto deste licenciamento ambiental, no interior da refinaria. Este raio de 10 km abrangeu os elementos no Meio Físico (ar); Meio Sócio - Econômico (Aspectos Sócio-Econômicos e Uso e Ocupação do Solo); e Meio Biótico (Flora e Fauna) estudados no Diagnóstico Ambiental.

Para os outros elementos ambientais estudados foram definidas outras delimitações de áreas, ambas são apresentadas a seguir para cada respectivo meio:

6.1.1. MEIO FÍSICO

Para delimitação do meio físico, foram definidos os seguintes aspectos:

- Para a análise dos efeitos nos recursos hídricos utilizou-se o recorte territorial da Bacia Hidrográfica do Rio Piracicaba que permite analisar os efeitos de operação da REPLAN num trecho delimitado, que inclui a montante o ponto de captação no Rio Jaguari e o ponto de lançamento da REPLAN no Rio Atibaia, e à jusante, após a confluência destes no Rio Piracicaba, tendo como referência o ponto de monitoramento da qualidade das águas (CETESB/PCA - 2100) - Figura nº 90.
- Para litologia, relevo e solos a AID compreende as sub-bacias hidrográficas as drenagens que afluem diretamente para os dois principais rios que se localizam na área (Rio Jaguari e Atibaia).
- Em relação à atmosfera, a AID abrangeu as áreas das concentrações dos principais poluentes provenientes da REPLAN no raio de 10 km englobando boa parte da Região Metropolitana

de Campinas - RMC, enfatizando principalmente o Município de Paulínia no contexto de seu pólo industrial em relação a sua qualidade do ar.

6.1.2. MEIO SÓCIO - ECONÔMICO

- Para o uso e ocupação do solo o raio de 10 km alcança as áreas dos Municípios de Paulínia, Cosmópolis, Campinas, Americana, Jaguariúna, Nova Odessa, Sumaré, e Holambra, integrantes da Região Metropolitana de Campinas. Este raio foi adotado para o mapeamento de uso e ocupação do solo para possibilitar a compreensão da inserção da REPLAN não apenas no Município de Paulínia, mas no contexto desta área delimitada que abrange grande parte da Região Metropolitana de Campinas. Neste tópico foi abordado e discutido também o Plano Diretor do Município de Paulínia;

- O diagnóstico dos aspectos sócio-econômicos foi focado no Município de Paulínia e contemplou os demais municípios próximos a REPLAN na área abrangida pelo raio de 10 km, alcançando suas respectivas sedes, utilizando-os como referência de comparação aos principais aspectos sociais e econômicos, principalmente a cidade de Campinas e a RMC, apesar deste projeto interagir fortemente no Município de Paulínia.

Estes critérios foram adotados em função deste projeto maximizar a mão de obra do Município de Paulínia e RMC, na fase de implantação, além do potencial de dispersão dos poluentes atmosféricos afetar diretamente a área no raio de 10 km, principal efeito da atividade da refinaria.

6.1.3. MEIO BIÓTICO

- Neste projeto o único impacto ambiental no meio biótico são os efeitos dos poluentes atmosféricos sobre a vegetação; através da AID delimitada para as emissões atmosféricas serão estudados os principais efeitos ambientais;

- Este projeto não implicará em qualquer tipo de supressão na vegetação, mas por critério de abordagem no Diagnóstico Ambiental, serão descritos os principais fragmentos de vegetação e seus respectivos estágios sucessionais, bem como a quantificação de remanescentes de massa no raio de 10 km;

- O levantamento da fauna foi realizado com base nos principais fragmentos de vegetação também no raio de 10 km, a partir de bibliografia e de levantamento em campo na área com fragmento de vegetação relevante mais próxima (Fazenda Meia Lua) ao terreno da REPLAN, com a identificação das eventuais espécies em extinção.

6.2. ÁREA DIRETAMENTE AFETADA - ADA

Nesta área são contemplados os ambientes naturais e antrópicos efetivamente alterados pela implantação deste projeto.

Corresponde ao terreno a ser efetivamente ocupado pelo empreendimento, que abrange a área diretamente afetada pela instalação de equipamentos das unidades novas e as a serem ampliadas, ou seja, sua fase de implementação (construção) e operação - Figura nº 91.

O Projeto de Modernização da REPLAN contempla diversas unidades nas áreas produtivas, assim estão sendo considerados para o Diagnóstico Ambiental todos os elementos ambientais dos meios físico, sócio-econômico e biótico nesta área, que estarão interagindo integrados com a base de dados levantados para a AID.

6.2.1. MEIO FÍSICO

Para o meio físico foi considerada a área antes mencionada e mais os leitos dos Rios Atibaia e Jaguari no trecho que margeia o terreno da REPLAN. O Rio Atibaia mereceu especial atenção por constituir o corpo d'água receptor dos lançamentos de efluentes industriais e sanitários da REPLAN, e o Rio Jaguari que é o único corpo d'água abastecedor da REPLAN.

Com relação aos poluentes atmosféricos emitidos não foi considerada a ADA, pois no interior da refinaria os funcionários são considerados receptores não ambientais.

Para litologia, relevo e solos, a área da refinaria foi abordada também por completo.

6.2.2. MEIO SÓCIO-ECONÔMICO

O aspecto mais importante para análise deste meio constitui-se na segurança e saúde ocupacional dos trabalhadores da refinaria e seus terceiros.

6.2.3. MEIO BIÓTICO

Para análise deste meio foi realizado o levantamento de toda a vegetação presente na área da refinaria com identificação, quantificação e descrição das principais espécies relevantes, bem como seus estágios sucessionais.

Para a fauna foi realizado levantamento em campo de todas as espécies presentes na área de terreno da REPLAN, com a identificação das eventuais espécies em extinção.

6.3. ÁREA DE INFLUÊNCIA INDIRETA - AII

Em geral são áreas amplas, de abrangência territorial regional e da bacia hidrográfica no qual se insere o empreendimento, onde as ações incidem de forma secundária e terciária (indireta) durante sua fase de operação.

Em função das áreas de influência diretamente afetada (ADA) e de influência direta (AID) abrangerem geograficamente um espaço territorial muito expressivo, alcançando os elementos dos meios físico, sócio-econômico e biótico, os impactos ambientais na AID coincidem praticamente com os mesmos na AII.

Para a análise dos recursos hídricos, foi definida a Área de Influência Indireta para a Bacia Hidrográfica do Piracicaba/Capivari/Jundiaí na Unidade de Gerenciamento de Recursos Hídricos - UGRHI 5 - Figura nº 92.

Como com a utilização de combustíveis pelos veículos automotores em geral nos grandes centros urbanos, com menor teor de enxofre e substâncias nitrogenadas haverá redução das emissões de poluentes atmosféricos, considerou-se dois cortes espaciais: os municípios e os estados.

Para os outros elementos ambientais os estudos foram abordados no Diagnóstico Ambiental e justificados com suas respectivas áreas conforme a seguir:

6.3.1. MEIO FÍSICO

- A litologia, relevo e solos compreendem apenas a parte da Depressão Periférica, situada na confluência dos Rios Atibaia e Jaguari no trecho situado no interior da bacia sedimentar do Paraná;

6.3.2. MEIO BIÓTICO

- Para o estudo de vegetação e fauna a AII foi contemplada com os estudos desenvolvidos para ADA e AID em sua área de raio de 10 km, e os principais efeitos da fase de operação deste empreendimento, as emissões atmosféricas, não promoverão efeitos expressivos além deste raio definido.

6.3.3. MEIO SÓCIO-ECONÔMICO

- A Área de Influência Indireta coincidirá com a Área de Influência Direta, e foi contemplada com o diagnóstico sócio-econômico dos municípios abrangidos no raio de 10 km, alcançando suas respectivas sedes, inseridos na Região Metropolitana de Campinas e devidamente discutidos em relação a este município.

Este critério foi adotado em função deste projeto maximizar mão de obra do Município de Paulínia e RMC, na fase de implantação, além do potencial de dispersão dos poluentes atmosféricos poderem afetar direta e indiretamente o raio de 10 km, principal efeito da atividade da refinaria.

(...)

11.3. MEDIDAS COMPENSATÓRIAS

11.3.1. PLANO DE COMPENSAÇÃO EM UNIDADES DE CONSERVAÇÃO

O artigo 36 da Lei Federal no 9.985/00, estabelece que nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de Unidade de Conservação do Grupo de Proteção Integral. Neste sentido, foi elaborado um estudo para aplicação dos recursos financeiros da compensação ambiental.

11.3.1.2. Levantamento de Áreas Protegidas no Município de Paulínia

O levantamento feito pela Walter Lazzarini Consultoria Ambiental indica que as principais áreas protegidas existentes no Município de Paulínia, com suas respectivas características são:

- a) Parque Ecológico Armando Muller
- b) Terminal Turístico do Parque da Represa Juiz Pelatti
- c) Jardim Botânico Municipal Adelelmo Piva Júnior
- (...)

Nenhuma destas áreas protegidas é classificada como Unidade de Conservação, conforme estabelecido pela Lei Federal nº 9.985/00, que instituiu o SNUC - Sistema Nacional de Unidades de Conservação.

11.3.1.3. Levantamento de Áreas Protegidas na Área de Influência Direta

Na área de influência direta do empreendimento, composta pelos Municípios de Cosmópolis, Campinas, Americana, Jaguariúna, Nova Odessa, Sumaré e Holambra, de acordo com o Atlas das Unidades de Conservação Ambiental do Estado de São Paulo e levantamento junto aos municípios, existem as seguintes áreas protegidas municipais, estaduais e federais, com as principais características:

- a) *Mata de Santa Genebra **
- b) Bosque dos Jequitibás
- c) Parque Ecológico Monsenhor Emílio José Salim
- d) *APA Piracicaba e Juqueri-Mirim - Área II **
- e) *Matão de Cosmópolis **
- f) *APA de Campinas **
- g) Fazenda Santa Elisa
- h) Parque Ecológico Cid Almeida Franco
- i) *RPPN Estância Jatobá **
- j) Horto Municipal de Sumaré
- (...)

De todas estas áreas, se enquadram como *Unidades de Conservação (*)*, conforme estabelecido no artigo 2º inciso I da Lei Federal nº 9.985/00, a ARIE Mata de Santa Genebra, a APA do Piracicaba e Juqueri Mirim, a ARIE Matão de Cosmópolis, a APA de Campinas e a RPPN Estância Jatobá.

Nenhuma destas se enquadra como Unidade de Conservação de Proteção de Uso Integral, pertencendo todas à categoria de Uso Sustentável.

11.3.1.4. Levantamento de Unidades de Conservação na Área de Influência Indireta

Considerando a exigência da legislação (art. 36 da Lei Federal nº 9.985/00) na aplicação dos recursos em Unidades de Conservação de Proteção de Uso Integral, foi feito levantamento na área de influência indireta do empreendimento, que abrange a Bacia Hidrográfica do Piracicaba, Capivari e Jundiá da Unidade de Gerenciamento de Recursos Hídricos - UGRHI 5.

- (...)
- a) Estação Ecológica Estadual de Valinhos
- b) Parque Estadual Assessoria de Reforma Agrária - ARA.
- (...)

Conforme acima especificado, tanto as Estações Ecológicas quanto os Parques Estaduais são enquadrados como Unidades de Conservação de Proteção de Uso Integral pela Lei Federal nº 9.985/00.

Os impactos ambientais positivos e negativos nos meios físico, econômico e biótico estão descritos no item “MATRIS DE IMPACTOS” (anexo I - EIA/RIMA - CD anexo - fl. 523), dentre eles os impactos negativos que abrangem a área de influência direta do empreendimento são:

Fase: Planejamento das Obras:

- Receio de Alterações Ambientais

Fase: Implantação das Obras

- Piora da Qualidade do Ar
- Redução da Disponibilidade do Recurso Hídrico
- Risco de Comprometimento da Qualidade das Águas Superficiais
- Risco do Comprometimento da Qualidade dos Solos e das Águas Subterrâneas e Superficiais
- Piora da Qualidade Ambiental em função do Aumento dos Níveis de Ruídos
- Risco de Comprometimento da Morfologia Local e das Águas Superficiais e Potencialização de Processos Erosivos
- Risco de Alteração da Qualidade e Diversidade Biótica em função da construção das novas unidades e canteiros de obra
- Risco de Saturação da Infra-Estrutura Urbana e Aparelhos Públicos pelo Acréscimo do Número de Trabalhadores
- Risco de Interferência na Qualidade de Vida da População
- Aumento do Fluxo de Veículos e Riscos de Acidentes no Sistema Viário da Região
- Risco de Acidentes Durante a Implantação do Empreendimento com Consequências para os Trabalhadores e População Vizinha
- Alterações do Uso e Ocupação do Solo após o Término das Obras
- Risco de Interferência no Patrimônio Histórico e Arqueológico

Fase: Operação das Unidades

- Redução da disponibilidade de recurso hídrico superficial pelo consumo das novas unidades
- Aumento do Risco de Alteração da Qualidade do Recurso Hídrico Superficial pelo Acréscimo de Lançamento de Efluentes Líquidos da REPLAN
- Risco de Deterioração da Qualidade do Solo e das Águas Subterrâneas e Superficiais por Disposição Inadequada de Resíduos Industriais e Vazamentos Acidentais de Hidrocarbonetos
- Piora da Qualidade Ambiental pelo Aumento dos Níveis de Ruído
- Aumento do Risco de Alteração da Qualidade da Biota Aquática em função do Acréscimo do Lançamento de Efluentes Líquidos Tratados
- Aumento do Fluxo de Veículos e Riscos de Acidentes no Sistema Viário da Região a partir da Ampliação da Produção da REPLAN
- Riscos de Acidentes com a Operação das Novas Unidades

Todos os impactos acima relacionados estão descritos detalhadamente no item 10 “IDENTIFICAÇÃO E AVALIAÇÃO DOS IMPACTOS AMBIENTAIS E MEDIDAS MITIGADORAS INTEGRADAS” (EIA/RIMA - CD anexo - fl. 523). *Este capítulo é claro ao descrever cada impacto negativo e a forma como ele se manifesta na área de influência direta, logo, sobre as unidades de conservação nela situadas.*

Aliado a isso, constata-se terem sido realizados estudos ambientais minudentes que abordaram os impactos ambientais negativos decorrentes da instalação e operação do empreendimento realizado pela REPLAN, tendo ainda sido colacionada ampla documentação

no intuito de demonstrar que tanto a Mata Santa Genebra como Matão de Cosmópolis foram diretamente afetadas pelo empreendimento em questão.

Por outro lado, ressalto que a conclusão da CETESB, no sentido de que o empreendimento não causaria impactos negativos às Unidades de Conservação indicadas pelo Ministério Público Federal, está em desacordo com o Estudo de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) e o restante do conjunto probatório.

Saliento, por fim, que fato de se tratar de ato discricionário da administração não afasta a possibilidade de exame por parte do Judiciário, que poderá analisar a destinação dos recursos, tendo como foco a proporcionalidade/razoabilidade do critério adotado pela Administração.

Para que se analise se um ato administrativo discricionário atende ao requisito da proporcionalidade, o aplicador do direito deve analisá-lo sob os seguintes prismas: adequação (significa que o meio empregado é compatível com o fim colimado), exigibilidade (que é analisada sob a ótica da menor lesividade) e proporcionalidade (em sentido estrito, verificada quando as vantagens superam as desvantagens).

Há, portanto, a possibilidade legítima de o Judiciário adentrar no exame da adequação da decisão do órgão ambiental, desde que seja constatada a violação à proporcionalidade.

Assim, mantenho a decisão que determinou a anulação total da decisão da Câmara de Compensação Ambiental, proferida na 31ª Reunião em 17 de dezembro de 2007, que destinou a totalidade dos recursos de compensação ambiental para a implantação do Plano de Manejo do Parque Estadual da Serra do Mar, e determinou a destinação da integralidade do valor dos recursos de compensação ambiental às áreas de relevante interesse ecológico situadas na área de influência direta do empreendimento conforme plano a ser apresentado na fase de cumprimento da sentença.

Ante o exposto, *nego provimento* à remessa oficial e às apelações interpostas pela FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e pela FUNDAÇÃO PARA A CONSERVAÇÃO E A PRODUÇÃO FLORESTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

Direito do Consumidor



APELAÇÃO CÍVEL
0004099-57.2011.4.03.6127
(2011.61.27.004099-6)

Apelante: ILVO PEDRO BENEDUZI
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Parte Autora: AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOM-
BUSTÍVEIS - ANP
Parte Ré: AUTO POSTO IP BENEDUZI
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO JOÃO DA BOA VISTA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI
Classe do Processo: Ap 1838665
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/02/2018

EMENTA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO DO CONSUMIDOR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. COMERCIALIZAÇÃO DE COMBUSTÍVEL EM DESCONFORMIDADE COM AS NORMAS FIXADAS PELA ANP. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FORNECEDOR. PESSOA JURÍDICA EXTINTA. SÓCIO PROPRIETÁRIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DEVER DE INDENIZAR. PRECEDENTES. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Cinge-se a controvérsia em apurar a responsabilidade, por dano ao consumidor, em decorrência da comercialização de combustível em desconformidade com as normas da ANP.
2. A matéria discutida nos autos diz respeito à fiscalização e controle de combustíveis, exercido e regulamentado pela Agência Nacional de Petróleo - ANP autarquia federal, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, ou seja, assunto de interesse da União o que atrai a competência da Justiça Federal para processar e julgar a presente ação.
3. A presente ação não está fundada em direito pessoal, tampouco em direito real sobre bens imóveis. Cuida-se de violação dos direitos do consumidor, caracterizando, na totalidade dos casos, direitos individuais homogêneos, o que afasta a aplicação do art. 94 do CPC.
4. Para a aplicação do disposto no § 1º do art. 109 da CF, a autora tem que ser a União e não o Ministério Público Federal ou a ANP, autarquia federal com personalidade jurídica diversa da União Federal.
5. A responsabilidade na hipótese de lesão aos direitos dos consumidores deve ser analisada do ponto de vista do Código de Defesa do Consumidor e por isso é objetiva e solidária e atinge a pessoa jurídica e seus sócios.
6. Se o dano foi causado pela pessoa jurídica ao comercializar combustível em desconformidade com as normas da ANP, diante da sua extinção, responde por isso aquele que, à época dos fatos, era seu legítimo proprietário.
7. A sentença não precisa fazer referência a tudo o quanto foi juntado ou produzido nos autos. A obrigatoriedade é que contenha, ai sim sob pena de nulidade, os fundamentos de seu entendimento, ainda que baseado no contido em uma única, mas válida e eficiente prova constante dos autos.

8. Não há que se falar em nulidade da sentença porque fundada em um único elemento de prova que, além de válido e não impugnado pelas partes, foi produzido por uma instituição com expertise reconhecida para dizer sobre a matéria.
9. As normas técnicas da ANP foram firmadas em função de estudos realizados e seus limites foram estabelecidos para garantir a segurança e a qualidade do produto.
10. Na análise de processos de cumprimento dessas normas técnica não existe meio termo ou flexibilização. Ou foram cumpridas as especificações técnicas ou não. Se existe um limite mínimo, o que for menor que ele está fora das especificações, seja qual for essa diferença. Portanto, não há que se falar em diferença insignificante.
11. A alegação de falta de equipamentos específicos para a análise do combustível antes de repassá-lo ao consumidor não exime o fornecedor da responsabilidade legal de, na qualidade de revendedor, comercializar o produto em conformidade com as especificações técnicas, adotando procedimentos para um melhor controle de qualidade dos produtos que repassa.
12. A alegação de que nenhum consumidor tenha reclamado do combustível comercializado não exime o fornecedor de sua responsabilidade, haja vista que em se tratando de direito do consumidor, nesta hipótese dos autos, o dano é presumido, porque demonstrada a comercialização de produto fora das especificações técnicas. Dano e nexos causal configurados.
13. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 01 de fevereiro de 2018.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelação interposta por Ilvo Pedro Beneduzi, contra a r. sentença de procedência, com resolução de mérito, proferida nestes autos de ação civil pública, promovida pelo *Parquet* Federal contra o réu, pessoa jurídica, Auto Posto I. P. Beneduzi Ltda, e o réu, pessoa física, Ilvo Pedro Beneduzi.

A petição inicial, distribuída à 3ª Vara Federal de São João da Boa Vista/SP (fls. 02/12) veiculou, em suma, que o réu comercializou combustível em desconformidade com as normas e especificações da Agência Nacional do Petróleo - ANP; que com essa conduta infringiu o disposto no inciso VIII do art. 39 do Código de Defesa do Consumidor, o que gera para o consumidor o direito à indenização por dano; e que a conduta do réu é enganosa e ofende a dignidade do consumidor, gerando o direito de indenização por dano moral coletivo. Requer a desconsideração da personalidade jurídica da empresa Auto Posto I.P. Beneduzi Ltda., para que o réu possa responder com seu patrimônio pela indenização. Pugna pelo reembolso total dos valores pagos pelos consumidores na compra do combustível adulterado. Sustenta a

condenação do réu ao pagamento de danos morais, com valor revertido ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos. Requer a publicação de edital pelo réu, convocando os consumidores que detenham prova documental hábil a demonstrar a aquisição do combustível e, após o trânsito em julgado da decisão, que a sentença condenatória seja publicada em, no mínimo três jornais de grande circulação na região de Aguai.

A inicial vem instruída com o Inquérito Civil Público - ICP nº 1.34.025.000030/2010-84, instaurado no âmbito do Ministério Público Federal.

A ANP manifestou seu interesse em figurar no polo ativo da ação (fls. 19/23v. Deferido à fl. 24).

Citação/intimação do réu Ilvo Pedro Beneduzi à fl. 43v.

Contestação do réu Ilvo Pedro Beneduzi às fls. 57/77. Replica às fls. 83/88. O réu Ilvo Pedro Beneduzi requereu a produção de provas à fl. 109.

Manifestação do MPF à fl. 91 e da ANP à fl. 95, aduzindo não ter provas a produzir.

Interpostos embargos de declaração (fls. 96/102), não conhecidos ao argumento de que “ainda não houve o saneamento do feito” (fl.103).

Petição do réu Ilvo Pedro Beneduzi requerendo o julgamento das três preliminares arquivadas na contestação e nos embargos de declaração.

Diante da notícia de que houve alteração da razão social e da composição do quadro de acionistas do Auto Posto I.P.Beneduzi, o MPF, na petição de fls. 114/115, pugna pelo prosseguimento da ação tão-somente em relação ao réu Ilvo Pedro Beneduzi. Pedido deferido à fl. 116.

A r. decisão de fls. 117/122 afastou as preliminares apontadas pelo réu e deferiu a produção de prova pericial.

Interposto agravo de instrumento (fls. 125/145). Negado seguimento ao recurso nos termos da r. decisão de fls. 196/197.

Parecer Técnico da lavra de perito contratado pelo réu juntado às fls. 201/226.

Petição do MPF questionando o parecer técnico (fls. 229/234). Não houve manifestação da ANP.

Sobreveio a r. sentença (fls. 254/256v) que, julgou procedente os pedidos iniciais, na forma do dispositivo abaixo transcrito, em seus trechos essenciais:

[...]

Resta, assim, analisar a questão dos prejuízos dos consumidores que abasteceram seus veículos com o combustível adulterado, no período de 05 a 11 de agosto às 11:00 horas, no Auto Posto I D Beneduzi.

[...]

A conclusão, pois, independente de qualquer exame pericial, é que os consumidores que abasteceram seus veículos com os combustíveis adulterados comercializados pelo requerido, sofreram, em maior ou menor grau, prejuízos materiais.

Apenas o quantum dos prejuízos deve ser comprovado por cada consumidor em particular, na fase de liquidação e execução do julgado, mediante a apresentação de documentos hábeis.

[...]

Os consumidores têm direito ao combustível isento de contrafação e o Posto Revendedor responde, perante os consumidores, pela desconformidade técnica do combustível, revendido que foi pelo réu em divergência aos padrões de qualidade estabelecidos pela ANP, o que restou provado com segurança nos autos.

Caso não se habilitem os consumidores prejudicados, procede o pleito da parte requerente

para que o réu seja condenado a recolher, ao Fundo de que trata o art. 13 da Lei nº 7.347/85, a título de indenização, o valor constante da nota fiscal de aquisição do combustível contrafeito. Isso posto, julgo procedente o pedido, com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil, para condenar o requerido Ilvo Pedro Beneduzi a ressarcir os danos materiais que venha a ser comprovados pelos consumidores que adquiriram diesel, em seu posto de revenda, Auto posto ID Beneduzi, situado, à época dos fatos, e, caso não sobrevenha a habilitação, na fase seguinte, destes consumidores, para condená-lo a recolher, ao Fundo de que trata o art. 13 da Lei nº 7.347/85, a título de indenização, o valor constante da nota fiscal de aquisição do combustível contrafeito, de R\$ 8.500,00 (fl. 10 do apenso), devidamente corrigido.

Defiro o pedido de publicação desta sentença em jornais do Município de Aguaí-SP que venham a ser indicados pela parte requerente em 30 (trinta) dias, para o fim de levar ao conhecimento dos consumidores o direito ora reconhecido.

[...]

(os destaques são do original)

Interposta apelação de Ilvo Pedro Beneduzi (fls. 261/293), sustentando, em síntese, o seguinte: Preliminarmente pede a anulação da r. sentença sob o argumento de que foi fundamentada numa única assertiva, a prova pericial especializada produzida pelo CEM-PEQC; que o apelante não tem legitimidade para figurar no polo passivo da demanda, sob o fundamento de que vendeu suas quotas em 29/04/2011 e que a ação deveria ter sido proposta contra os novos proprietários, mesmo que o fato tenha ocorrido em 2009, sob a alegação de que, diferentemente da ação penal, os adquirentes respondem pelos atos praticados por seus antecessores; que a r. sentença afirma a responsabilidade assente da pessoa jurídica, mas condena a pessoa física (Ilmo Pedro Beneduzi); a incompetência absoluta do foro, sob o fundamento de que o revendedor-réu está em Aguai/SP, devendo a ação ser julgada perante a Justiça Estadual, uma vez que não existe vara federal em Aguaí/SP e invoca o inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal; que a presença do MPF não atrai a competência para a Justiça Federal; no mérito afirma que as amostras foram retiradas dos tanques de armazenamento do caminhão, antes do produto ser recebido pelo Posto (DF de 20/08/09); que os laudos 486 e 495 concluíram que o combustível não estava adulterado; que somente o ponto de fulgor foi classificado como não conforme, ficando somente a 3ºC do limite mínimo da especificação que é de 38ºC; que a ABNT NBR nº 7974/2007, no item 11.1.2 admite uma variação de 4,3ºC nos resultados de ensaios relativos ao ponto de fulgor, portanto, bem maior que a diferença de 3ºC ocorrida na presente hipótese e invoca a aplicação do princípio da insignificância; que o posto não teria como verificar essa irregularidade no momento em que recebia o combustível da distribuidora; chama a atenção para a diferença de resultado ocorrida entre os dois laudos (486 - 35ºC e o 495 - 42ºC); que a diferença não poderia ser detectada por ninguém, somente em laboratório especializado como a UNESP; e que nenhum consumidor reclamou. Pede a anulação do processo, ou, no mérito, que a ação seja julgada improcedente com as cominações legais.

O recurso de apelação foi recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo (fl. 298).

Contrarrazões do Ministério Público Federal às fls. 300/306, na qual pugnam pelo não provimento do recurso de apelação interposto e pela manutenção da r. sentença.

Vieram os autos a esta Egrégia Corte Regional.

O Ministério Público Federal, com atribuição nesta instância, manifestou-se pelo não provimento do recurso (fls. 311/321).

É o relatório.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

VOTO

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

Cinge-se a controvérsia em apurar a responsabilidade, por dano ao consumidor, em decorrência da comercialização de combustível em desconformidade com as normas da ANP.

Das Preliminares

Da Preliminar de Incompetência do Juízo

Sustenta o Recorrente a incompetência absoluta do foro, sob o fundamento de que o revendedor-réu está em Aguaí/SP, devendo a ação ser julgada perante a Justiça Estadual, uma vez que não existe vara federal em Aguaí/SP. Afirma que a presença do Ministério Público Federal não atrai a competência para a Justiça Federal e invoca o inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal.

De fato, a simples presença do Ministério Público Federal em um dos polos da ação não é o bastante para atrair a competência da justiça federal.

No entanto, a matéria discutida nos autos diz respeito à fiscalização e controle de combustíveis, exercido e regulamentado pela Agência Nacional de Petróleo - ANP autarquia federal, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, ou seja, assunto de interesse da União o que atrai a competência da Justiça Federal para processar e julgar a presente ação.

Como se vê, os fatos ocorreram no município de Aguaí/SP, comarca sob a jurisdição da 27ª Subseção Judiciária na qual se inclui a 1ª Vara Federal de São João da Boa Vista/SP.

Defende ainda o apelante a aplicação do § 1º do art. 109 da Constituição e do art. 94 do Código de Processo Civil, para definir a competência para processar e julgar o presente feito, sob o argumento de que mora no Estado de Santa Catarina e por isso não poderia responder a um processo em São João da Boa Vista/SP, uma vez que a autora é a União.

No que se refere à aplicação do art. 94 do CPC, é de se ressaltar que o legislador foi bem claro ao afirmar que, *de regra, e somente nas hipóteses em que se tratar de ação fundada em direito pessoal ou direito real sobre bens móveis*, a ação deverá ser proposta no foro do domicílio do réu.

A presente ação não está fundada em direito pessoal, tampouco em direito real sobre bens imóveis. Cuida-se de violação dos direitos do consumidor, caracterizando, na totalidade dos casos, direitos individuais homogêneos, o que afasta a aplicação do art. 94 do CPC.

Para a aplicação do disposto no § 1º do art. 109 da CF, a autora tem que ser a União e não o Ministério Público Federal ou a ANP, autarquia federal com personalidade jurídica diversa da União Federal.

Diante do exposto, rejeito a preliminar de incompetência do juízo.

Da Preliminar de Ilegitimidade Passiva

Alega o apelante que vendeu suas cotas do Auto Posto I. P. Beneduzi, em 29/04/2011 (fl. 267), ou seja, aproximadamente um ano e meio após a expedição do Auto de Infração nº 139 308 09 34 297585 (fl. 03 do apenso) lavrado em 11/08/2009.

Afirma que são os novos proprietários do Auto Posto que devem figurar no polo passivo da demanda, que a ação deveria ter sido propostas contra eles e invoca a sucessão processual.

Conforme se verifica do exposto, os fatos ocorreram enquanto o apelante era o proprietário do Auto Posto I. P. Beneduzi, momento em que os negócios da empresa eram conduzidos por ele.

A responsabilidade na hipótese de lesão aos direitos dos consumidores deve ser analisada do ponto de vista do Código de Defesa do Consumidor e por isso é objetiva e solidária e atinge a pessoa jurídica e seus sócios.

É importante ressaltar, que com a venda do Auto Posto I. P. Beneduzi se constituiu uma nova empresa, com outra razão social e uma constituição acionária diferente, não foi uma simples alteração no quadro de quotistas, como faz presumir o apelante.

Assim, se o dano foi causado pelo Auto Posto I. P. Beneduzi ao comercializar combustível em desconformidade com as normas da ANP, diante da sua extinção, responde por isso aquele que, à época dos fatos, era seu legítimo proprietário.

Por isso, diante da extinção da pessoa jurídica, o apelante, na qualidade de proprietário do Auto Posto I. P. Beneduzi no momento da ocorrência do fato em discussão é parte legítima para figurar no polo passivo da presente ação.

Rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva do apelante.

Da Preliminar de Nulidade da Sentença

Aduz o apelante que a r. sentença é nula sob o argumento de que foi fundamentada numa única assertiva, a prova pericial especializada produzida pelo CEM-PEQC.

É importante ressaltar, inicialmente, que a prova é produzida para fundamentar o convencimento do juiz.

O CEMPEQC - Centro de Monitoramento e Pesquisa da Qualidade de Combustíveis Biocombustíveis Petróleo e Derivados, da Fundação para o Desenvolvimento da UNESP, é acreditado pelo INMETRO - Certificado nº CRL 0308, segundo os requisitos estabelecidos na ABNT NBR ISSO/IEC 17025:2005, desde 07/07/2008, em reconhecimento pela sua capacidade e competência para realizar atividades de ensaios em matéria de qualidade de combustíveis.

Assim, não há que se falar que a r. sentença é nula por ter fundamentado seu entendimento em um Relatório de Ensaio expedido por uma instituição que tem sua expertise reconhecida e certificada pelo Governo Federal, como é o caso do CEMPEQC.

Como bem afirma o eminente professor H. Theodoro Jr, citado pelo apelante às fl. 264, “A falta de motivação da sentença dá lugar a nulidade do ato decisório”.

No entanto, a sentença não precisa fazer referência a tudo o quanto foi juntado ou produzido nos autos. A obrigatoriedade é que contenha, aí sim, sob pena de nulidade, os fundamentos de seu entendimento, ainda que seja o contido em uma única, mas válida e eficiente prova constante dos autos.

Portanto, não há que se falar em nulidade da r. sentença porque fundada em um único elemento de prova que, além de válido e não impugnado pelas partes, foi produzido por uma instituição com expertise reconhecida para dizer sobre a matéria.

Assim, rejeito a preliminar de nulidade da sentença.

Do Mérito

Sustenta o apelante que o fato de ter ficado constatado, tanto no Laudo do CEMPEQC como no Laudo Técnico por ele juntado aos autos, que o combustível estava em desconformidade com as normas da ANP, por apresentar ponto de fulgor inferior ao estabelecido, não quer dizer que tenha sido adulterado (fl. 278).

Aduz que a perícia juntada aos autos constatou que essa desconformidade não é capaz de causar nenhum impacto na sua utilização como combustível (fl. 281).

Salienta que o referido Laudo Técnico conclui que o resultado de ponto de fulgor inferior

em 3°C é insignificante em relação à avaliação da qualidade do produto, que seria de 38°C (fl. 280), e que não causa dano algum a qualquer veículo a diesel (fl. 281).

Transcreve a conclusão do Laudo Técnico que afirma, em resumo, que com esse resultado não há indício de adulteração por parte do revendedor, uma vez que a amostra foi colhida direto do caminhão vindo da distribuidora e não dos reservatórios do posto.

O que restou comprovado nos autos é que o combustível comercializado pelo Auto Posto I. P. Beneduzi, quando o réu era seu proprietário e administrador, estava em desconformidade com as normas estabelecidas pela ANP.

Dizer que 3°C a menos é insignificante não descaracteriza a comprovada desconformidade com as normas técnicas expedidas pela ANP.

Aliás, considerando que o limite estabelecido pela ANP é de 38°C, a diferença apresentada no ensaio promovido pela CEMPEQC de 3°C é de quase 10% o que não configura a insignificância defendida pelo réu.

As normas técnicas da ANP foram firmadas em função de estudos realizados e seus limites foram estabelecidos para garantir a segurança e a qualidade do produto.

Na análise de processos de cumprimento dessas normas técnica não existe meio termo ou flexibilização. Ou foram cumpridas as especificações técnicas ou não. Se existe um limite mínimo, o que for menor que ele está fora das especificações, seja qual for essa diferença. Portanto, não há que se falar em diferença insignificante.

A alegação de que o apelante não tinha equipamentos específicos para a análise do combustível antes de repassá-lo ao consumidor não o exime da responsabilidade legal de, na qualidade de revendedor, comercializar o produto em conformidade com as especificações técnicas.

De igual modo, a afirmação de que a amostra para o ensaio foi retirada diretamente do caminhão antes mesmo do posto receber o combustível, também não é suficiente para excluir sua responsabilidade na venda do produto fora das especificações.

O apelante, na condição de fornecedor imediato ao consumidor final do combustível deveria adotar procedimentos para um melhor controle de qualidade dos produtos que repassa e em momento algum ficou demonstrado nos autos qualquer diligência nesse sentido.

Nesse sentido o julgado:

APELAÇÃO. CONSTITUCIONAL, PROCESSO CIVIL E CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMERCIALIZAÇÃO DE COMBUSTÍVEL ADULTERADO. GASOLINA FORA DAS ESPECIFICAÇÕES. APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 3º, 6º, 18 E 23, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR SOLIDÁRIA E OBJETIVA. ARTIGO 23, DA LEI Nº 8078/90 (CDC). VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DOS CONSUMIDORES. DANO E NEXO CAUSAL EXISTENTES. DEVER DE INDENIZAR. RECALL. ARTIGO 10, DO CDC. RECONHECIDA PRELIMINAR. SENTENÇA ULTRAPETITA. CORREÇÃO DO JULGADO PARA ANULAR PARTE DA SENTENÇA NÃO CORRESPONDENTE AO PEDIDO MINISTERIAL. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. [...]

5 - A responsabilidade civil daquele que comercializa combustível adulterado deve ser analisada no âmbito da defesa dos direitos do consumidor, sendo a defesa das relações de consumo considerada como direito fundamental, devidamente consagrada pela Constituição Federal, em consonância aos artigos 5º, inciso XXXII, e 170, inciso V. Em conformidade com a previsão constitucional o legislador estabeleceu o Código de Defesa do Consumidor, fixando direitos básicos e regulando a relação de consumo devidamente.

6 - Não há dúvida que a empresa revendedora de combustíveis possui responsabilidade legal

de oferecer os produtos de acordo com as especificações regulares, independentemente de equipamentos específicos e eventual responsabilidade da distribuidora. Nesses termos dispõe a Portaria nº116/00, da Agência Nacional Do Petróleo - ANP.

7 - Da análise dos autos percebe-se que em nenhum momento a apelante aplicou as diligências necessárias para controle de qualidade do combustível, limitando-se apenas a afirmar a impossibilidade de verificar se o petróleo fornecido pela distribuidora estava ou não adulterado. Cabe ao fornecedor proporcionar maior garantia da qualidade do combustível ao consumidor. [...]

(AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1270550 / SP 0003143-38.2006.4.03.6120 - DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA - QUARTA TURMA - Julgamento em 21/06/2017 - Publicado no e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/07/2017)

Como já foi dito, a responsabilidade do fornecedor, do ponto de vista do Código de Defesa do Consumidor, é solidária e objetiva.

A alegação de que nenhum consumidor tenha reclamado do combustível comercializado pelo apelante também não o exime de sua responsabilidade, haja vista que em se tratando de direito do consumidor, nesta hipótese dos autos, o dano é presumido, porque demonstrada a comercialização de produto fora das especificações técnicas. Dano e nexo causal configurados.

Aliás, se o fornecedor/apelante alega dificuldade para verificar a desconformidade do produto em relação às normas técnicas, que dirá o consumidor final.

Nesse sentido o julgado:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MULTA ANP. COMERCIALIZAÇÃO DE GASOLINA COM MARCADOR. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO REGULAR. PROVA PERICIAL E TESTEMUNHAL. CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE. AUTONOMIA DAS ESFERAS DE RESPONSABILIDADE. PORTARIA ANP. LEGALIDADE. AMOSTRA-TESTEMUNHA. INEXISTENTE. APELAÇÃO IMPROVIDA.

7. A responsabilidade do revendedor é objetiva, com o escopo de garantir adequadamente os direitos do consumidor, que possui ainda menos condições técnicas e econômicas de aferir eventual irregularidade do produto, não obstante seja o mais lesado, senão o único prejudicado, com a aquisição do combustível fora das especificações da ANP.

(AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2124638 / SP 0000973-77.2012.4.03.6122 - DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA - TERCEIRA TURMA - Julgado em 17/03/2016 - Publicado no e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/03/2016)

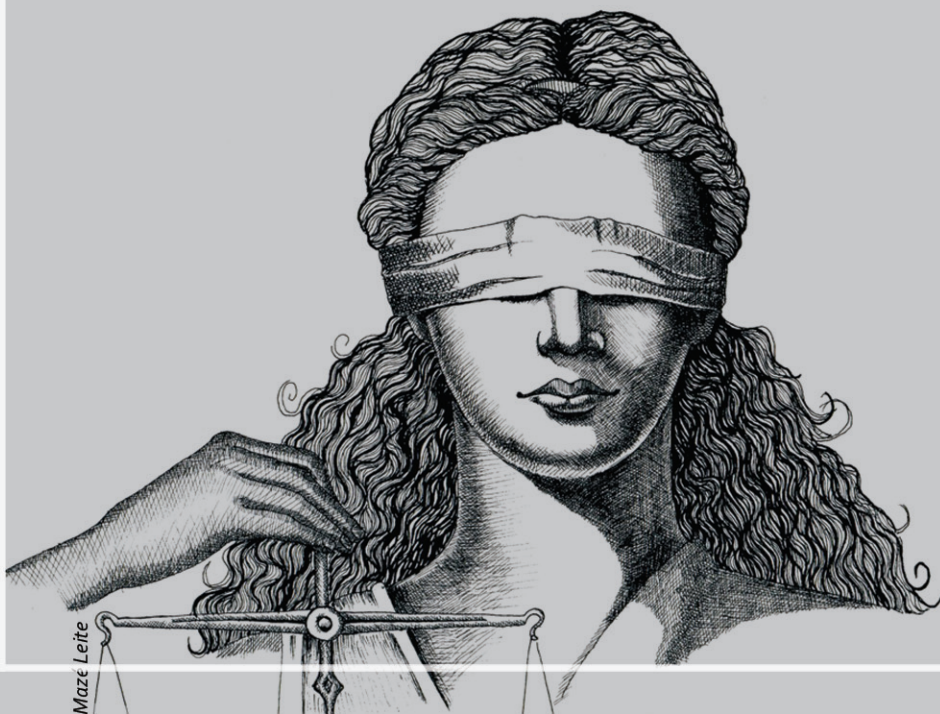
Diante disso, impõe-se o dever de indenizar o valor equivalente ao combustível adquirido pelos consumidores que provarem a compra no período estabelecido na r. sentença.

Ante o exposto, *nego provimento* à apelação. Mantida a r. sentença, por seus próprios fundamentos.

É como voto.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

Direito Penal



APELAÇÃO CRIMINAL
0000854-23.2006.4.03.6124
(2006.61.24.000854-9)

Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA, FABRÍCIO FERREIRA DOS SANTOS E OUTROS
Apelados: OS MESMOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JALES - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO
Classe do Processo: Ap. 70064
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/02/2018

EMENTA

PENAL - PROCESSO PENAL - APELAÇÃO CRIMINAL - MOEDA FALSA - ARTIGO 289, § 1º DO CÓDIGO PENAL - CONFLITO ENTRE DEFESA TÉCNICA E VONTADE DO RÉU - PREPONDERA O ENTENDIMENTO DA DEFESA - ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL - FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA AFASTADA - DESCABIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA ESTELIONATO - AUTORIA, MATERIALIDADE DO DELITO E DOLO COMPROVADOS - DOSIMETRIA DA PENA - INALTERADA - SÚMULA 444 DO STJ - ANTECEDENTES CRIMINAIS AFASTADOS - RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Afastada a alegação do Ministério Público Federal de que o recurso do apelante Alessandro Lopes da Silva seria intempestivo por ele ter manifestado expressamente que não possui o desejo de recorrer e que lhe faltaria interesse de agir no julgamento da apelação. Ora, o entendimento prevalente da jurisprudência é de que, em atenção do princípio da ampla defesa, consagrado constitucionalmente, em havendo conflito entre a defesa técnica e a vontade do réu no que alude à interposição do recurso, prepondera o entendimento do defensor, constituído ou nomeado, em razão do conhecimento técnico necessário à avaliação das consequências da inércia ou da irrisignação.
2. Afastada a tese de crime impossível, previsto no artigo 17 do Código Penal, pela absoluta ineficácia do meio (falsificação grosseira), haja vista que o laudo pericial de fls. 155/156, atesta a boa qualidade da contrafação e o meio empregado pelo agente tem capacidade de produzir o evento almejado e, como consequência, deve prevalecer a classificação do delito feita da denúncia. Destaca-se que a constatação da excelente qualidade de impressão pela perícia define a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito, afastando, por consequência, a hipótese de prática de estelionato, de competência da Justiça Estadual, quando a falsificação for grosseira.
3. Materialidade, autoria e dolo comprovados. Condenação mantida pela prática do crime previsto no artigo 289, § 1º, do CP.
4. Com efeito, os acusados Fabrício, Derci e Alessandro estavam juntos do dia dos fatos na empreitada criminoso e agiram com unidade de desígnios a fim de introduzirem em circulação moeda falsa para receberem troco em cédulas verdadeiras no posto de gasolina descrito na denúncia, no período noturno, que se situava na rodovia, de forma a facilitar a fuga e, simultaneamente, dificultar a descoberta da falsidade da nota espúria, o que se coaduna com as provas carreadas aos autos. Desta feita, o alegado desconhecimento do falso por parte dos acusados não se sustenta quando afronta a totalidade das provas produzidas no transcorrer da ação penal, demonstrativas da ciência inequívoca dos réus sobre a falsidade da moeda e a finalidade em obter cé-

dulas verdadeiras.

5. Por fim, resta inaplicável o princípio do *in dubio pro reo*, uma vez que se tratando de cédulas sabidamente falsas, incumbe à defesa provar que a nota havia sido recebida de boa-fé (art. 156 CPP), com o fito de afastar a responsabilidade da conduta, pois não basta a mera presunção genérica de que os réus agiram sem dolo.

6. Dosimetria da pena. Em sua primeira fase, a pena-base deve ser firmada em seu patamar mínimo, diante da impossibilidade de considerar como maus antecedentes condutas anteriores praticadas pelo réu em relação às quais não há condenação definitiva, ante o teor da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça (*fls. 81/84, 152, 164/165 e 167/168*), bem como fatos ulteriores à prática do delito (*fl. 315*), à míngua da presença de outras circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal. Razão pela qual restou corretamente fixada a pena-base pela r. sentença em 3 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente no país na época dos fatos o dia-multa. Na segunda fase, ausentes circunstâncias atenuantes ou agravantes. Na terceira fase, inexistem causas de diminuição ou aumento da pena, restando fixada a pena definitiva de *Fabrício Ferreira dos Santos, Derci Nunes Moura e Alessandro Lopes da Silva*, cada um, em 3 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente no País na época dos fatos o dia-multa.

7. A pena será cumprida em regime inicial aberto (art. 33, § 2º, “c”, do Código Penal).

8. Consequentemente, com fundamento no artigo 44 do Código Penal, e por constituir medida socialmente recomendável, mantenho a substituição da pena privativa de liberdade imposta aos réus, por 2 (duas) penas restritivas de direito, conforme estipulado pela sentença.

9. Sentença mantida em sua integralidade.

10. Recursos desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO às apelações da defesa e do Ministério Público Federal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de janeiro de 2018.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAURÍCIO KATO (Relator):

Trata-se de apelações criminais interpostas pelo *Ministério Público Federal*, e pela defesa dos réus *Fabrício Ferreira dos Santos, Derci Nunes Moura e Alessandro Lopes da Silva* contra a sentença de fls. 373/377-vº, que condenaram os réus pela prática do delito previsto no artigo 289, § 1º, do Código Penal, ao cumprimento de idêntica pena privativa de liberdade de 3 anos de reclusão, em regime inicial aberto e ao pagamento de 10 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato, substituídas por duas restritivas de direitos.

Em suas razões recursais (fls. 436/439), Alessandro Lopes da Silva pleiteia a sua absolvição, alegando, em síntese, insuficiência de prova do dolo de sua conduta.

Em suas razões recursais (fls. 444/447), Derci Nunes Moura requer sua absolvição, alegando, em síntese, ausência de comprovação de dolo.

Em suas razões recursais (fls. 479/452), Fabrício Pereira dos Santos requereu sua absolvição por atipicidade de conduta em vista da falsificação grosseira das cédulas e a desclassificação do tipo penal para o crime de estelionato.

Por sua vez, o Ministério Público Federal, em suas razões recursais (fls. 386/389), pleiteia a exasperação das penas-bases dos acusados tendo em vista a existência de outros processos e condenações anteriores, o que caracterizariam maus antecedentes bem como agravamento da pena de Derci Nunes Moura por reincidência.

Contrarrazões do Ministério Público Federal apresentadas às fls. 449/452 e 492/495 e da defesa às fls. 455/458 e fls. 484/488.

A Procuradoria Regional da República opinou pelo desprovimento das apelações de Fabrício Ferreira dos Santos, Derci Nunes Moura e Alessandro Lopes da Silva e pelo provimento da apelação ministerial a fim de majorar a pena-base dos réus acima do mínimo legal (fls. 498/502).

É o relatório.

À revisão, nos termos regimentais.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAURÍCIO KATO (Relator):

Consta dos autos que *Fabrício Ferreira dos Santos, Derci Nunes Moura e Alessandro Lopes da Silva* foram denunciados pela prática do crime previsto no artigo 289, §1º, do Código Penal porque, no dia 21/11/2005, agindo em concurso e em unidade de desígnios, teriam introduzido em circulação uma cédula falsa de R\$ 50,00.

Segundo a peça acusatória, na data dos fatos, por volta das 21h30min, os denunciados, agindo em concurso e com unidade de desígnios, todos a bordo de um veículo Fiat Palio Weekend, de cor verde, placa GUK-8114, dirigiram-se até o Auto Posto General, localizado na Vila Maria, na cidade de General Salgado. Lá chegando, o acusado Alessandro, em conluio com os demais acusados, solicitou ao frentista do posto que abastecesse o referido veículo, no importe de R\$ 10,00. Alessandro deu em pagamento uma cédula falsa de R\$ 50,00, tendo recebido como troco o valor de R\$ 40,00.

Consta da denúncia ainda, que no momento em que os denunciados abasteceram o automóvel que estavam a bordo, o frentista que os atendeu, de nome Adriano, por ter que abastecer mais dois veículos que aguardavam na bomba de combustível, não percebeu tratar-se de nota falsa. Contudo, posteriormente, ao compará-la com uma nota verdadeira de menor valor, desconfiou da autenticidade da cédula entregue pelos denunciados. No dia seguinte, o mesmo frentista tomou conhecimento que um veículo Fiat Palio Weekend encontrava-se preso no pátio da Delegacia local, uma vez que seus ocupantes teriam sido surpreendidos na posse de notas falsas. Em sendo assim, o frentista Adriano compareceu na Delegacia de Polícia de General Salgado e reconheceu o denunciado Alessandro como sendo a pessoa que lhe teria entregado a cédula falsa (conforme auto de reconhecimento fotográfico de fls. 07/08).

Consta também que todos os acusados foram presos em flagrante em 22/11/2005 porque haviam introduzido em circulação outras duas cédulas falsas de R\$ 50,00 em estabelecimentos comerciais distintos, além de terem sido surpreendidos guardando consigo outras 57 cédulas notas espúrias de mesmo valor. Tais fatos são objeto do processo-crime nº 2005.61.24.001729-7, em trâmite perante a 1ª Vara Federal de Jales/SP.

O laudo pericial de fls. 155/156 expressamente atestou a falsidade das cédulas apreendidas, tendo concluído que: “(...) essa falsificação não é grosseira e tem atributos suficientes para ser inserida no meio circulante (...)”.

Após regular instrução, os réus *Fabício Ferreira dos Santos*, *Derci Nunes Moura* e *Alessandro Lopes da Silva* foram condenados pela prática do crime estabelecido no artigo 289, § 1º, do Código Penal, ao cumprimento de idêntica pena privativa de liberdade de 3 anos de reclusão, em regime inicial aberto e ao pagamento de 10 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato, substituídas por duas restritivas de direitos.

Passo à análise das razões recursais.

Preliminarmente, afasto a alegação do Ministério Público Federal de que o recurso do apelante Alessandro Lopes da Silva seria intempestivo por ele ter manifestado expressamente que não possui o desejo de recorrer e que lhe faltaria interesse de agir no julgamento da apelação.

Ora, o entendimento prevalente da jurisprudência é de que, em atenção do princípio da ampla defesa, consagrado constitucionalmente, em havendo conflito entre a defesa técnica e a vontade do réu no que alude à interposição do recurso, prepondera o entendimento do defensor, constituído ou nomeado, em razão do conhecimento técnico necessário à avaliação das consequências da inércia ou da irresignação.

Vejamos:

Havendo divergência entre o réu e o seu defensor quanto à eventual interposição de recurso, deve prevalecer o entendimento da defesa técnica, porquanto, sendo profissional especializado, o defensor tem condições de melhor analisar a situação processual do acusado e, portanto, garantir-lhe o pleno exercício do direito de defesa. Inteligência do enunciado nº 705 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Precedentes do STJ. 2. Ordem concedida para determinar que o eg. Tribunal *a quo* aprecie a apelação interposta, julgando-a como entender de direito. ..EMEN:(HC 200702888432, LAURITA VAZ, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:24/03/2008 ..DTPB:.)

Sustenta a defesa a tese de crime impossível, diante da impossibilidade de ludibriar a fé pública ante a falsificação ser grosseira da cédula.

Sem razão.

Afasto a tese de crime impossível, previsto no artigo 17 do Código Penal, pela absoluta ineficácia do meio (falsificação grosseira), haja vista que o laudo pericial de fls. 155/156, atesta a boa qualidade da contrafação e o meio empregado pelo agente tem capacidade de produzir o evento almejado e, como consequência, deve prevalecer a classificação do delito feita da denúncia.

Destaca-se que a constatação da excelente qualidade de impressão pela perícia define a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito, afastando, por consequência, a hipótese de prática de estelionato, de competência da Justiça Estadual, quando a falsificação for grosseira.

Mérito.

A *materialidade* do crime foi demonstrada pelos seguintes elementos: Auto de Exibição e Apreensão (fl.10), Laudo Pericial (fls.155/156) e cédula falsa encartada aos autos (fl.157).

A *autoria e o dolo* também foram evidenciados pelo teor do depoimento das testemunhas de acusação e defesa e pelos interrogatórios dos acusados.

Vejamos:

Em Juízo, o acusado Alessandro Lopes da Silva afirmou em seu interrogatório que não sabia da falsidade das notas e não fugiu da polícia no dia dos fatos; disse que foi espancado pelos policiais que o prenderam e que não disse o que consta no depoimento prestado na Delegacia de Polícia de que teria admitido ter feito o pagamento ao frentista com uma nota de R\$50,00 falsa (termo de fls. 107/108).

Em Juízo, o acusado Derci Nunes Moura afirmou em seu interrogatório que não são verdadeiros os fatos narrados na denúncia; disse que naquele dia realmente estava com o corréu Alessandro e foram apreendidos na pista por volta das nove e meia da noite, sendo impossível, portanto, que estivesse no posto; disse que Alessandro o deixou na casa de sua irmã por volta das sete horas da noite e por volta das oito horas passou para pegá-lo e que pode ter sido nesse interregno que Alessandro teria ido até o posto; disse que o fato de o réu Alessandro ter confessado na Delegacia de Polícia se deu porque teria sido espancado; disse que reconhece com certeza os policiais militares que os espancaram, sem que um se chama Ivan e o outro não se recorda (termo de fls. 141/142).

Em Juízo, o acusado Fabrício Pereira dos Santos afirmou em seu interrogatório que os fatos narrados na denúncia não são verdadeiros; disse que não esteve no posto naquele dia e não sabe porque está sendo acusado nesse feito; disse que foram presos no dia 21 de novembro de 2005, por volta das nove horas e quarenta minutos; disse que o acusado Alessandro lhe buscou na casa de sua cunhada Ângela por volta das oito e meia; disse que estava junto com o corréu Derci na casa de Ângela quando Alessandro passou para pegá-los; disse *que não viu Derci ou Alessandro apanhar da polícia em nenhum momento; disse que Alessandro lhe confessou que realmente havia passado a nota falsa e sabia disso* (termo de fls.143/144). (destaquei)

Na qualidade de *testemunha de acusação Adriano Oliveira Lima* afirmou, em seu depoimento judicial, que era o frentista que recebeu a nota falsa na época dos fatos; disse que no momento dos fatos, não percebeu a falsidade da nota, vindo a perceber tal fato posteriormente quando a comparou com uma verdadeira; afirmou que *reconheceu o motorista do veículo como sendo o corréu Alessandro*; disse que dentro do veículo havia mais um passageiro, mas não sabe dizer quem era (termo de fls. 197/198). (destaquei)

Também foi ouvido como *testemunha de acusação, Eliseu Bernabé*, o qual afirmou, em seu depoimento judicial, que é proprietário do posto de gasolina e tomou conhecimento dos fatos no dia seguinte, pela manhã, por meio de seu funcionário Adriano; disse que, ao verificar o caixa, constatou que uma das notas de R\$ 50,00 era diferente das demais; disse que determinou que o funcionário fosse até a Delegacia de Polícia de posse da nota e noticiasse a situação; disse que conhecia o réu Fabrício, pois o mesmo seria eletricista na cidade (termo de fl.199).

Por outro lado, na condição de *testemunha de defesa do réu Alessandro* foram ouvidos *Euclides Inácio da Silveira Júnior, Antônio Caetano Rossi e Luiz Homero Barbosa*, mas em nada esclareceram os fatos narrados na exordial, tendo apenas relatado boas referências do acusado (termos de fls. 254/262).

Cabe destacar que o crime de moeda falsa, em qualquer das modalidades previstas no art. 289, do CP, só é punível a título de dolo, ou seja, o agente, livre e conscientemente, guarda ou introduz em circulação a moeda falsa, sabendo-a inautêntica.

Pelo conjunto probatório, afasta-se qualquer dúvida acerca do dolo dos acusados, seja porque a versão de inocência e de que teriam “apanhado” dos policiais que os prenderam não encontra respaldo nas provas dos autos, inclusive o corréu Fabrício admitiu em seu interrogatório judicial que não viu os corréus Alessandro e Derci “apanharem” da polícia em nenhum momento.

Ora, o acusado Alessandro foi reconhecido pelo frentista do posto de gasolina, Adriano Oliveira Lima, o qual afirmou expressamente que haviam outros indivíduos junto com ele no veículo que deu em pagamento uma cédula falsa de R\$ 50,00 obtendo troco de R\$ 40,00 em cédulas verdadeiras, o que revela o *modus operandi* típico desse crime de moeda falsa consistente na compra de mercadorias de baixo valor ao se utilizar de nota de valor bem superior a fim de receber troco em notas verdadeiras, o que evidencia o dolo dos agentes.

Com efeito, os acusados Fabrício, Derci e Alessandro estavam juntos do dia dos fatos na empreitada criminoso e agiram com unidade de desígnios a fim de introduzirem em circulação moeda falsa para receberem troco em cédulas verdadeiras no posto de gasolina descrito na denúncia, no período noturno, que se situava na rodovia, de forma a facilitar a fuga e, simultaneamente, dificultar a descoberta da falsidade da nota espúria, o que se coaduna com as provas carreadas aos autos.

Desta feita, o alegado desconhecimento do falso por parte dos acusados não se sustenta quando afronta a totalidade das provas produzidas no transcorrer da ação penal, demonstrativas da ciência inequívoca dos réus sobre a falsidade da moeda e a finalidade em obter cédulas verdadeiras.

Por fim, resta inaplicável o princípio do *in dubio pro reo*, uma vez que se tratando de cédulas sabidamente falsas, incumbe à defesa provar que a nota havia sido recebida de boa-fé (art. 156 CPP), com o fito de afastar a responsabilidade da conduta, pois não basta a mera presunção genérica de que o réus agiram sem dolo.

Assim, entendo restar satisfatoriamente comprovada a prática delitiva perpetrada por *Fabrício Ferreira dos Santos, Derci Nunes Moura e Alessandro Lopes da Silva*, uma vez que detinham ciência acerca da falsidade da cédula, razão pela qual mantenho suas condenações como incursos nas penas do artigo 289, § 1º, do Código Penal, nos termos da sentença.

No tocante à dosimetria penal, o Juiz de primeiro grau procedeu da seguinte forma:

(...) Passo então a dosar a pena a ser aplicada, em estrita observância ao disposto pelo art. 68, *caput*, do Código Penal. Observo que os réus agiram com culpabilidade normal à espécie. Não revelam possuir antecedentes criminais, haja vista a inexistência de decisão transitada em julgado contra suas pessoas (Súmula nº 444 do STJ). Poucos elementos foram coletados a respeito de suas condutas sociais e personalidades. Os motivos do delito se constituem pelo desejo de obterem proveito econômico, o que é normal à espécie. As circunstâncias são normais à espécie. As consequências do crime não chegam ao extremo de justificar, no presente caso, a elevação da pena-base. O comportamento da vítima não influenciou na prática do delito. À vista destas circunstâncias judiciais analisadas individualmente, é que fixo a pena-base em 03 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, cada um no valor de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato, devidamente corrigido pelos índices legais. Na segunda fase de aplicação da pena, assinalo que a atenuante decorrente da confissão não pode levar a pena a patamar inferior ao mínimo legal (Súmula STJ 231). Verifico, ademais, a inexistência de circunstâncias agravantes. Na terceira e última fase de individualização da pena, não incidem causas de diminuição de pena. Portanto, *ficam os réus Fabrício Ferreira dos Santos, Derci Nunes Moura e Alessandro Lopes da Silva definitivamente condenados, cada um, a pena*

de 03 (três) anos de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, mantendo-se o valor já fixado. O regime inicial de cumprimento de pena para os acusados será o aberto (art. 33, 2, “c”, do Código Penal). Presentes os requisitos legais objetivos e subjetivos constantes do art. 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade aplicada aos réus *Fabrizio Ferreira dos Santos, Derci Nunes Moura e Alessandro Lopes da Silva* 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 que terá a mesma duração da pena corporal substituída (art. 46, *caput*, e), e b) interdição temporária de direitos, consistente na proibição de frequentarem, no período noturno, durante todos os dias da semana, e dos finais de semana, após as 20:00 horas, festas de peão, boates, bares, casas de jogos, apostas, etc (CP, art. 47, inciso IV) (...). (destaquei)

Neste ponto, a defesa não se insurgiu contra os parâmetros utilizados na dosimetria da pena.

Enquanto que o Ministério Público Federal, em suas razões recursais, pleiteia a exasperação das penas-bases dos acusados tendo em vista a existência de outros processos e condenações anteriores, o que caracterizariam maus antecedentes bem como agravamento da pena de Derci Nunes Moura por reincidência.

Sem razão.

Vejamos:

Em sua primeira fase, a pena-base deve ser firmada em seu patamar mínimo, diante da impossibilidade de considerar como maus antecedentes condutas anteriores praticadas pelo réu em relação às quais não há condenação definitiva, ante o teor da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça (*fls. 81/84, 152, 164/165 e 167/168*), bem como fatos ulteriores à prática do delito (*fl.315*), à minguada da presença de outras circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal. Razão pela qual restou corretamente fixada a pena-base pela r. sentença em 3 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente no país na época dos fatos o dia-multa.

Na segunda fase, ausentes circunstâncias atenuantes ou agravantes.

Na terceira fase, inexistem causas de diminuição ou aumento da pena, restando fixada a pena definitiva de *Fabrizio Ferreira dos Santos, Derci Nunes Moura e Alessandro Lopes da Silva*, cada um, em 3 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente no País na época dos fatos o dia-multa.

A pena será cumprida em regime inicial aberto (art. 33, §2º, “c”, do Código Penal).

Consequentemente, com fundamento no artigo 44 do Código Penal, e por constituir medida socialmente recomendável, mantenho a substituição da pena privativa de liberdade imposta aos réus, por 2 (duas) penas restritivas de direito, conforme estipulado pela sentença.

Ante o exposto, *NEGO PROVIMENTO* às apelações da defesa e do Ministério Público Federal.

É como voto.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0003635-60.2006.4.03.6110
(2006.61.10.003635-4)

Apelante: ANTÔNIO BERNARDO SOBRINHO
 Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
 Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SOROCABA - SP
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
 Classe do Processo: Ap. 73422
 Disponibilização do Processo: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/02/2018

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL. APELAÇÃO CRIMINAL. DELITO DO ARTIGO 2º DA LEI 8.176/91, C/C ARTIGO 71 DO CÓDIGO PENAL. EXPLORAÇÃO CLANDESTINA DE MATÉRIA-PRIMA PERTENCENTE À UNIÃO (GRANITO), EM CONCURSO DE PESSOAS. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS INCONTROVERSAS. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS QUANTO AO DOLO DO COACUSADO E MERO FUNCIONÁRIO BRAÇAL “ANTONIO BERNARDO”. TESE DE ERRO SOBRE OS ELEMENTOS DO TIPO FACTÍVEL NA HIPÓTESE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ABSOLVIÇÃO COM FULCRO NO ARTIGO 386, VI E VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RECURSO DA DEFESA PROVIDO.

1. O apelante foi condenado pela prática do crime previsto no artigo 2º da Lei 8.176/91, c/c o artigo 71 do Código Penal.
2. Em suas razões recursais, a defesa de ANTONIO BERNARDO SOBRINHO (fls. 582/589) pleiteia a reforma da r. sentença, para que o réu seja absolvido do delito do artigo 2º da Lei 8.176/91, com fundamento no artigo 386, IV e VI, do Código de Processo Penal, por suposto erro de proibição inevitável ou ainda por erro sobre os elementos do tipo. Subsidiariamente, requer o reconhecimento da causa de diminuição prevista no artigo 21 do Código Penal a ser aplicada em seu patamar máximo (erro de proibição evitável), a substituição da nova pena privativa de liberdade por uma única restritiva de direitos e ainda a redução do valor da prestação pecuniária para o mínimo patamar legal, a saber, um salário mínimo, tendo em conta sua situação socioeconômica desfavorável.
3. Ao contrário da posição adotada pelo magistrado sentenciante (fls. 560/571), em que pesem a materialidade e autoria delitivas sejam, de fato, incontroversas (fls. 13/17, 27/29, 50/58, 66/69, 73/74, 80, 144/148, 259/261 e 542/547-mídia), verifico inexistirem elementos suficientes nos autos a comprovarem o necessário dolo de ANTONIO BERNARDO SOBRINHO no cometimento do delito previsto no artigo 2º da Lei 8.176/91, na qualidade de trabalhador braçal precariamente contratado pelo code-nunciado e arrendatário JOSÉ DE JESUS, este sim responsável pelo efetivo controle das licenças minerárias e ambientais legalmente exigíveis para desenvolvimento de suas atividades de extração de granito em área localizada na Fazenda Pedra Branca, bairro Pedregulho, no Município de Salto/SP, por sua vez, pertencente ao corréu e arrendador JOSÉ RICARDO MEIRELLES DE SIQUEIRA (igualmente responsável), o qual, inclusive, receberia uma percentagem do total extraído a mando do arrendatário em sua propriedade, embora não dispusesse dos necessários títulos autorizativos à

época dos fatos (23/05/2000), sendo factível a tese de erro sobre os elementos do tipo com relação a um mero funcionário “canteiro” de tal empreendimento.

4. Em havendo razoáveis dúvidas quanto ao dolo do mero funcionário e correu ANTONIO BERNARDO SOBRINHO na presente hipótese, de rigor a reforma da r. sentença, para absolvê-lo da prática delitiva remanescente descrita no artigo 2º da Lei 8.175/91, em alegada continuidade delitiva, em observância ao princípio jurídico da presunção de inocência (*in dubio pro reo*), com fundamento no artigo 386, VI e VII, do Código de Processo Penal, em consonância com as razões recursais defensivas (fls. 582/589).

5. Apelo da defesa provido

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento ao recurso de apelação da defesa, para reformar a r. sentença, absolvendo ANTONIO BERNARDO SOBRINHO da prática delitiva remanescente descrita no artigo 2º da Lei 8.176/91, c/c o artigo 71 do Código Penal, em observância ao princípio jurídico da presunção de inocência (*in dubio pro reo*), com fundamento no artigo 386, VI e VII, do Código de Processo Penal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 30 de janeiro de 2018.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

Trata-se de apelação criminal interposta por ANTONIO BERNARDO SOBRINHO em face da sentença de fls. 560/571 proferida pelo Juízo Federal da 3ª Vara Federal de Sorocaba/SP, que condenou o referido corréu pela prática do crime previsto no artigo 2º da Lei 8.176/91, c/c o artigo 71 do Código Penal.

Narra a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal em face de JOSÉ DE JESUS, ANTÔNIO BERNARDO SOBRINHO, MANOEL ALVES e JOSÉ RICARDO MEIRELLES DE SIQUEIRA (fls. 06/08):

[...] Consta dos autos que em 23/05/2000, os denunciados, com identidade de desígnios, na fazenda Pedra Branca, Bairro Pedregulho, município de Salto, de propriedade de José Ricardo Meireles de Siqueira, foram surpreendidos por policiais militares realizando extração de recurso mineral - granito, sem a competente licença e, dessa forma, exploravam matéria-prima pertencente à União, sem a autorização.

Segundo se apurou, policiais em fiscalização encontraram os denunciados JOSÉ DE JESUS, ANTÔNIO e MANOEL cortando a pedra. Inquiridos, responderam que a documentação pertinente encontrava-se com o proprietário da fazenda, JOSÉ RICARDO. Indagado, este informou ter dado entrada na documentação, mas que ainda não havia sido “liberada”.

Em sede policial, José Ricardo (fls. 64/65) revelou que não possuía autorização para a extração de minérios à época dos fatos. Disse ainda que ao ser procurado por José de Jesus, combinaram que receberia porcentagem pela extração feita por este.

José de Jesus confirmou o fato de acordar com o José Ricardo a extração do minério nas

terras deste, em troca lhe entregaria 10% do extraído.

Policiais militares que constatarem a extração afirmaram que ao chegar no local havia atividade do corte e extração de granito, não lhes sendo apresentada qualquer autorização.

O laudo de fls. 40/41 confirma a ocorrência de dano.

Antônio Bernardo Sobrinho e Manoel Alves não foram ouvidos pois não foram encontrados. Foram trazidos aos autos vários documentos a fim de justificar a atividade: Licença nº 20 expedida pela Prefeitura Municipal de Salto/SP (fls. 71) que autoriza a empresa Agro Pecuária A. M. S. Ltda. a extrair substância mineral, só que não havia à época do fato autorização do DNPM para tal, e cópias de requerimento em nome da empresa Braminas Brasileira MDE Granitos e Mármore Ltda. (fls. 72) protocolizado perante o DNPM em 17/10/2001, portanto posterior a data dos fatos.

Assim, os acusados adequaram tipicamente suas condutas ao disposto no artigo 55 da Lei 9.605/98 e artigo 2º da Lei 8.176/91.

Ante o exposto, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL oferece DENÚNCIA contra JOSÉ DE JESUS, ANTÔNIO BERNARDO SOBRINHO, MANOEL ALVES, E JOSÉ RICARDO MEIRELES DE SIQUEIRA, como incurso no artigo 55 da Lei 9.605/09 e artigo 2º da Lei 8.176/91 c.c. artigo 70, artigo 71 e artigo 29 *caput*, todos do Código Penal. [...]

A denúncia do *Parquet* Federal foi recebida em 17/12/2002 (fl. 118).

Decisão de fls. 231/232 determinando em 15/02/2005 a suspensão condicional do processo e do curso do prazo prescricional no tocante aos coacusados MANOEL ALVES e ANTONIO BERNARDO SOBRINHO, nos termos do artigo 366 do Código de Processo Penal (citados por edital à fl. 229, frustradas todas as tentativas de localização, não compareceram perante o Juízo nem constituíram advogado), bem como o desmembramento dos autos da ação penal nº 2000.61.10.004180-3 em relação aos referidos corréus, resultando no presente feito.

Sentença de fls. 483/484 publicada em 05/08/2015 à fl. 485 reconhecendo a extinção da punibilidade de ANTONIO BERNARDO SOBRINHO e MANOEL ALVES, somente quanto ao delito do artigo 55 da Lei 9.605/98, com fundamento nos artigos 107, IV, e 109, V, ambos do Código Penal, em observância à Súmula nº 415 do STJ, bem como decretando o fim da suspensão do processo e do prazo prescricional no tocante à imputação delitiva remanescente capitulada no artigo 2º da Lei 8.176/91 apenas com relação ao corréu “ANTONIO” porquanto pessoalmente citado e intimado no dia 29/11/2014 (fl. 472).

Resposta à acusação de “ANTONIO” (fl. 489), apresentada pela Defensoria Pública da União.

Decisão afastando as hipóteses de absolvição sumária previstas no artigo 397 do Código de Processo Penal e determinando o prosseguimento do feito (fl. 504).

Em 12/04/2016, foi determinado o desmembramento do feito quanto ao corréu MANOEL ALVES (fl. 524), permanecendo apenas para ele a suspensão condicional do processo e do prazo prescricional anteriormente determinada às fls. 231/232.

Em audiência realizada em 23/08/2016 na 3ª Vara Federal de Sorocaba/SP (fls. 542/543), restou decretada a revelia de “ANTONIO”, nos termos do artigo 367 do Código de Processo Penal (citado e intimado pessoalmente à fl. 473, o réu mudou de residência sem comunicar o novo endereço ao juízo, consoante certidão do oficial de justiça acostada à fl. 546).

Alegações finais da acusação (fls. 549/550) e da defesa (fls. 552/557).

Termo Circunstanciado de Ocorrência Policial nº 000130/2000 (fls. 13/16); Auto de Exibição e Apreensão (fl. 17); Boletim de Ocorrência nº 33111 (fls. 27 e 29); Auto de Infração 105329 (fl. 28); Laudo de Vistoria Ambiental realizada pelo IBAMA em 02/05/2001 (fls. 50/51);

ficha cadastral da empresa Agro Pecuária A.M.S. Ltda (fls. 52/58); Licença nº 2 emitida em 02/04/1998 pela Prefeitura Municipal de Salto/SP que autoriza a empresa Agro Pecuária A.M.S. Ltda. a extrair substância mineral (argila, areia e granito) pelo prazo de dez anos na Fazenda Pedra Branca (fl. 80); requerimento de pesquisa mineral protocolizado em 17/10/2001 junto ao DNPM em nome da empresa Braminas Brasileira de Granitos e Mármore Ltda (fls. 81/82); autorização da Agropecuária AMS Ltda. datada de 20/04/2001 e com firma reconhecida em 25/04/2001 pela qual a Braminas Brasileira de Granitos e Mármore Ltda fica autorizada a pesquisar em área de sua propriedade abrangida pelo Alvará de Pesquisa nº 82 de 02/01/2001 - DOU de 05/01/2001 - DNPM nº 821.314/2000 (fl. 83); Ofício nº 2835/01-2ºDS/DNPM/SP datado de 22/08/2001 referente a processos minerários em andamento vinculados à empresa Agro Pecuária A.M.S. Ltda (fl. 84); Laudo de Vistoria Ambiental realizada pelo DEPRN em 03/11/2003 (fls. 202/205); depoimentos das testemunhas em sede policial (fls. 13/14 e 66/67) e em juízo (fls. 259/261 e 542/547-mídia); interrogatórios dos codenunciados em sede policial (fls. 14/15, 68/69 e 73/74) e em juízo (fls. 144/148).

Após regular instrução, sobreveio a sentença de fls. 560/571, que julgou procedente a denúncia para condenar ANTONIO BERNARDO SOBRINHO a 01 (um) ano e 02 (dois) meses de detenção, em regime inicial aberto, e 11 (onze) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, pelo cometimento do crime do artigo 2º da Lei 8.176/91, ficando substituída a pena corporal por 02 (duas) restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade a ser especificada pelo Juízo de Execução Penal, bem como em prestação pecuniária “no valor de ½ (meio) salário mínimo ao mês, a ser entregue à instituição designada pelo Juízo de Execuções Penais, durante também todo o período da condenação, sendo certo que, na hipótese do condenado preferir, poderá, nos termos do artigo 45, § 2º, do referido diploma legal [CP], ser substituído o valor acima mencionado por 5 (cinco) cestas básicas devidas a cada mês, que deverão ser entregue à instituição previamente cadastrada a ser indicada, também, pelo Juízo das Execuções Penais”. Na oportunidade, foi-lhe concedido o benefício da justiça gratuita, conforme requerido pela defesa à fl. 557-v dos autos.

Publicada a sentença em 04/04/2017 (fl. 572).

Apela a defesa de ANTONIO BERNARDO SOBRINHO (fls. 581/589), pleiteando a reforma da r. sentença, para que o réu seja absolvido do delito do artigo 2º da Lei 8.176/91, com fundamento no artigo 386, IV e VI, do Código de Processo Penal, por suposto erro de proibição inevitável ou ainda por erro sobre os elementos do tipo. Subsidiariamente, requer o reconhecimento da causa de diminuição prevista no artigo 21 do Código Penal a ser aplicada em seu patamar máximo (erro de proibição evitável), a substituição da nova pena privativa de liberdade por uma única restritiva de direitos e ainda a redução do valor da prestação pecuniária para o mínimo patamar legal, a saber, um salário mínimo, tendo em conta sua situação socioeconômica desfavorável.

Contrarrrazões do *Parquet* Federal no sentido de se negar provimento à apelação do réu (fls. 593/594).

Parecer da Procuradoria Regional da República, pelo desprovimento do recurso interposto pela defesa (fls. 604/606).

É o relatório.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

O apelante foi condenado pela prática do crime previsto no artigo 2º da Lei 8.176/91, c/c o artigo 71 do Código Penal.

Em suas razões recursais, a defesa de ANTONIO BERNARDO SOBRINHO (fls. 582/589) pleiteia a reforma da r. sentença, para que o réu seja absolvido do delito do artigo 2º da Lei 8.176/91, com fundamento no artigo 386, IV e VI, do Código de Processo Penal, por suposto erro de proibição inevitável ou ainda por erro sobre os elementos do tipo. Subsidiariamente, requer o reconhecimento da causa de diminuição prevista no artigo 21 do Código Penal a ser aplicada em seu patamar máximo (erro de proibição evitável), a substituição da nova pena privativa de liberdade por uma única restritiva de direitos e ainda a redução do valor da prestação pecuniária para o mínimo patamar legal, a saber, um salário mínimo, tendo em conta sua situação socioeconômica desfavorável.

O apelo defensivo comporta provimento. Vejamos:

Ao contrário da posição adotada pelo magistrado sentenciante (fls. 560/571), em que pesem a materialidade e autoria delitivas sejam, de fato, incontroversas (fls. 13/17, 27/29, 50/58, 66/69, 73/74, 80, 144/148, 259/261 e 542/547-mídia), verifico inexistirem elementos suficientes nos autos a comprovarem o necessário dolo de ANTONIO BERNARDO SOBRINHO no cometimento do delito previsto no artigo 2º da Lei 8.176/91, na qualidade de trabalhador braçal precariamente contratado pelo codenunciado e arrendatário JOSÉ DE JESUS, este sim responsável pelo efetivo controle das licenças minerárias e ambientais legalmente exigíveis para desenvolvimento de suas atividades de extração de granito em área localizada na Fazenda Pedra Branca, bairro Pedregulho, no Município de Salto/SP, por sua vez, pertencente ao corréu e arrendador JOSÉ RICARDO MEIRELLES DE SIQUEIRA (igualmente responsável), o qual, inclusive, receberia uma percentagem do total extraído a mando do arrendatário em sua propriedade, embora não dispusesse dos necessários títulos autorizativos à época dos fatos (23/05/2000), sendo factível a tese de erro sobre os elementos do tipo com relação a um mero funcionário “canteiro” de tal empreendimento.

Ouvidas em sede policial (fls. 13/14 e 66/67) e em juízo (fls. 259/261 e 542/547-mídia), as testemunhas e policiais militares florestais Vanderlei Vieira Rodrigues e Cláudio Soares Lourenço afirmaram que na data dos fatos realizavam fiscalização na Fazenda Pedra Branca quando então se depararam com três indivíduos em plena atividade cortando granito, entre os quais, o corréu JOSÉ DE JESUS, que teria se identificado como sendo o arrendatário da área objeto de extração minerária, cuja propriedade pertenceria ao arrendador JOSÉ RICARDO MEIRELLES DE SIQUEIRA, a quem seria destinada uma percentagem dos lucros da extração de granito. Quando da abordagem, tal proprietário teria informado aos referidos policiais que, em verdade, “possuía licença da Prefeitura de Salto/SP e que tinha dado entrada na documentação junto aos órgãos competentes, contudo ainda não possuía em mãos a documentação” (fls. 66/67), não dispendo, portanto, das licenças minerárias e ambientais imprescindíveis para o desenvolvimento de atividades de extração de argila na área por ele verbalmente dada em arrendamento ao codenunciado JOSÉ DE JESUS.

Interrogado em sede policial na ocasião dos fatos (fls. 15/16), ANTONIO BERNARDO SOBRINHO declarou ter sido contratado pelo codenunciado JOSÉ DE JESUS “para trabalhar como canteiro, cortando pedras na Fazenda Pedra Branca, transformando o granito bruto em paralelepípedos”, onde vinha atuando há quatro meses. Ademais, afirmou desconhecer

se o proprietário da área arrendada por seu patrão possuía ou não a licença necessária para extração mineral.

Igualmente interrogado em sede policial na data da autuação (fl. 15), MANOEL ALVES confirmou ter prestado serviços para JOSÉ DE JESUS cortando granito para transformá-lo em paralelepípedo, durante seis meses, em área da Fazenda Pedra Branca, por sua vez, pertencente a “JOSÉ RICARDO”, não sabendo dizer, todavia, se este possuía ou não a licença necessária para extração de minério.

Na mesma oportunidade (fl. 14), o próprio JOSÉ DE JESUS reconheceu que, de fato, “trabalha[va] para o declarante os Srs. ANTONIO BERNARDO SOBRINHO e MANOEL ALVES” e que ele próprio, há uns seis ou sete meses, “arrendou a área do Sr. JOSÉ RICARDO MEIRELLES DE SIQUEIRA para a extração de granito (paralelepípedos)”, com quem teria acordo verbal de pagar “10% do material retirado do local”. De resto, afirmou desconhecer se o proprietário da área possuía licença para extração mineral.

Contudo, em novo interrogatório policial (fls. 68/69), JOSÉ DE JESUS passou a sugerir, de maneira contraditória e isolada nos autos, que do contrato de arrendamento verbalmente celebrado com o proprietário e arrendador “JOSÉ RICARDO” teriam participado também como coarrendatários “ANTONIO BERNARDO” e “MANOEL”. Interrogado em juízo (fls. 146/148), JOSÉ DE JESUS chegou a declarar, de modo inverossímil, que não sabia “direitinho” sobre as autorizações necessárias, “os outros dois que sabia[m]”, em frágil referência a “MANOEL” e “ANTONIO”, embora, admitidamente, soubesse “que não podia”.

Interrogado em sede policial (fls. 15 e 73/74) e também em juízo (fls. 144/145), JOSÉ RICARDO MEIRELLES DE SIQUEIRA declarou, por seu turno, ser o proprietário da Fazenda Pedra Branca situada no Município de Salto/SP, tendo sido procurado por JOSÉ DE JESUS para arrendar-lhe verbalmente uma parte de sua fazenda com vistas à extração de granito no local para transformá-lo em paralelepípedo, mediante o pagamento de “10% dos paralelepípedos extraídos de sua fazenda”, nada mencionando sobre eventual participação de “MANOEL” ou “ANTONIO BERNARDO” no referido negócio. Apenas soube dizer que no dia da autuação JOSÉ DE JESUS estava acompanhado por dois “ajudantes”.

Ademais, “JOSÉ RICARDO” esclareceu possuir “licença nº 2 da Prefeitura Municipal de Salto para a extração mineral pelo prazo de 10 anos a contar do dia 02/04/98, sendo que deu entrada na CETESB solicitando licença de instalação em 06/08/99 e no DNPM em 23/12/98, onde requereu o registro de licença”, não obtido por ele, todavia, até a data da corrente autuação.

Em havendo razoáveis dúvidas quanto ao dolo do mero funcionário e corréu ANTONIO BERNARDO SOBRINHO na presente hipótese, de rigor a reforma da r. sentença, para absolvê-lo da prática delitiva remanescente descrita no artigo 2º da Lei 8.175/91, em alegada continuidade delitiva, em observância ao princípio jurídico da presunção de inocência (*in dubio pro reo*), com fundamento no artigo 386, VI e VII, do Código de Processo Penal, em consonância com as razões recursais defensivas (fls. 582/589).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso de apelação da defesa, para reformar a r. sentença, absolvendo ANTONIO BERNARDO SOBRINHO da prática delitiva remanescente descrita no artigo 2º da Lei 8.176/91, c/c o artigo 71 do Código Penal, em observância ao princípio jurídico da presunção de inocência (*in dubio pro reo*), com fundamento no artigo 386, VI e VII, do Código de Processo Penal.

É como voto.

Comunique-se ao Juízo de Execução Criminal.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0008474-36.2007.4.03.6000
(2007.60.00.008474-2)

Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA
 Apelado: ARLEI DA SILVA
 Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS
 Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO
 Classe do Processo: Ap. 64096
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/01/2018

EMENTA

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 171, §3º, COMBINADO COM O ARTIGO 71, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. CONCURSO MATERIAL NÃO CONFIGURADO. MAJORAÇÃO DA PENA EM RAZÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA. REPARAÇÃO DO DANO. APELAÇÃO DA ACUSAÇÃO PROVIDA EM PARTE.

1. Mantida a condenação pela prática do crime previsto no artigo 171, § 3º, c.c. art. 71, ambos do Código Penal, tendo em vista que o réu, na condição de gerente da agência dos Correios e do Banco Postal, valendo-se dessa função, efetuou vários saques indevidos nas contas correntes de clientes e realizou empréstimo em seu nome, sem o seu conhecimento, obtendo vantagem ilícita e indevida.
2. Em observância à individualização da pena, deve ser mantida a pena-base tal qual fixada na sentença. As circunstâncias do delito são normais ao tipo. O grau de culpabilidade foi estabelecido de acordo com o valor da vantagem indevida obtida.
3. Se a vantagem obtida ocorreu por meio de saques indevidos ou de empréstimos, o fato é que houve perfeita subsunção das condutas do réu nas elementares do tipo previsto no artigo 171, §3º, do Código Penal, pois os crimes da mesma espécie (estelionato majorado) foram praticados nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar e forma de execução, não havendo se falar em concurso material.
4. Consoante entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, o aumento da pena pela continuidade delitiva, deve adotar o critério da quantidade de infrações praticadas. No caso concreto, o réu praticou elevado número de infrações, o que enseja o aumento pelo delito continuado na fração de 1/3 (um terço). Mantido o regime inicial aberto de cumprimento da pena (CP, art. 33, §2º, “c”) e a sua substituição por duas penas restritivas de direito (CP, art. 44).
5. Segundo entendimento recorrente dos Tribunais, a existência de um requerimento expresso de arbitramento do montante civilmente devido é imprescindível, mas não suficiente ao seu acolhimento. A jurisprudência tem exigido, também, que seja concedido ao acusado a oportunidade de, especificamente sobre o tema, se pronunciar e produzir provas, o que evidentemente não ocorreu no caso concreto.
6. Apelação da acusação provida em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, DAR PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL para majorar a pena do réu em dois terços em razão da continuidade delitiva, fixando-a em 3 (três anos), 11 (onze) meses e 11 (onze) dias de reclusão e 36 (trinta e seis) dias-multa, fixar o regime inicial aberto, substituindo a pena privativa de liberdade por restritivas de direito e, por maioria, não fixar valor a título de reparação de danos, nos termos do relatório, voto e voto condutor que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de dezembro de 2017.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator para o acórdão

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal GISELLE FRANÇA (Relatora):

Trata-se de Apelação criminal interposta pelo Ministério Público Federal contra a r. sentença de fls. 378/406 (publicada em 30.06.2014 - fls. 407), proferida pela 5ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Campo Grande/MS, que condenou o réu pela prática do crime previsto no artigo 171, § 3º, c/c artigo 71, ambos do Código Penal, à pena de 2 (dois) anos, 11 (onze) meses e 16 (dezesesseis) dias de reclusão, em regime inicialmente aberto, e ao pagamento de 27 (vinte e sete) dias-multa, no valor unitário de um trigésimo do salário mínimo vigente na data do fato.

Preenchidos os requisitos do artigo 44 do Código Penal, houve substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, na forma seguinte: prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de dez dias-multa no valor unitário de um trigésimo do salário mínimo.

O réu foi absolvido quanto à acusação pela prática do artigo 171, §3º, do Código Penal em relação à cliente Laura de Oliveira Saraiva e quanto à acusação prevista no artigo 312, *caput*, do mesmo Estatuto Penal, com fundamento no artigo 386, incisos III e VII, do Código de Processo Penal.

O Ministério Público Federal denunciou Arlei da Silva como incurso nos artigos 171, §3º, em continuidade delitiva, e 312, *caput*, todos do Código Penal (fls. 81/91), cuja vítima é a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT).

Narra a denúncia (recebida em 17.09.2009 - fls. 113) que o réu, na função de gerente da Agência dos Correios e Banco Postal instalada no município de Dois Irmão do Buriti/MS, valendo-se dessa função, praticou as seguintes condutas ilícitas: 1) no período de setembro/2005 a outubro/2006 efetuou vários saques indevidos nas contas correntes de Jurandir José dos Santos, João Rocco, Laura de Oliveira Saraiva e Paulo Ferreira da Silva, todos clientes do Banco Bradesco gerenciadas por aquela agência dos Correios; 2) no dia 25 de abril de 2006 realizou empréstimo junto ao Banco Bradesco em nome de João Rocco, sem autorização e conhecimento deste, utilizando, indevidamente, em benefício próprio, os valores obtidos com tais operações; 3) no dia 07 de junho de 2006 apropriou-se, em proveito próprio, da importância de R\$ 12.913,47 (doze mil, novecentos e treze reais e quarenta e sete centavos), que estava em sua posse em razão de sua função. Assim agindo, o acusado causou prejuízo à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT) no valor de R\$ 35.030,37 (trinta e cinco mil, trinta

reais e trinta e sete centavos), a qual reembolsou os clientes prejudicados.

A peça acusatória informa que tais fatos foram apurados durante as investigações realizadas pela Comissão de Sindicância instaurada no âmbito da EBCT e foram corroborados pela investigação desenvolvida em sede policial

Após o apensamento dos autos nº 2009.60.00.009021-0, o MPF aditou a denúncia (recebida em 24.01.2011 - fls. 227) para incluir os vários saques indevidos efetuados pelo réu, no período de 17 de abril a 07 de agosto de 2006, na conta corrente de Paulo Soares da Costa, sem conhecimento ou autorização deste correntista, gerando o prejuízo total de R\$ 11.411,00 à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (fls. 218/220).

Em sede de Apelação, o Ministério Público Federal insurge-se quanto aos critérios utilizados na dosimetria da pena e pretende o seguinte:

aumento de 2/3 da maior pena-base fixada em razão da continuidade delitiva (artigo 71 do Código Penal);
condenação pelo crime de estelionato majorado, decorrente do empréstimo realizado pelo réu em nome de correntista (art. 171, §3º, CP) em concurso material (art. 69 do CP) com os outros estelionatos em continuidade delitiva, com fixação da pena-base acima do mínimo legal;
aumento da pena-base considerando as circunstâncias do crime, bem como a reprovabilidade da conduta;
condenação do réu à reparação dos danos causados aos Correios.

Recebido o recurso e apresentadas contrarrazões regularmente (fls. 423/426), subiram os autos a esta E. Corte.

Nesta instância, o representante do Ministério Público Federal ofertou parecer manifestando-se pelo provimento do recurso interposto pela acusação (fls. 429/435).

É o relatório.

À revisão, nos termos regimentais.

Desembargadora Federal GISELLE FRANÇA - Relatora

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

Ratifico o Relatório.

No caso em tela, verifica-se que o único tema devolvido à análise desta E. Corte, por meio da Apelação interposta pelo órgão ministerial, consiste na exasperação da pena imposta na forma seguinte: 1) aumento da pena-base em razão das circunstâncias do crime e reprovabilidade da conduta; 2) condenação pelo crime de estelionato majorado, decorrente do empréstimo realizado pelo réu em nome de correntista (art. 171, §3º, CP) em concurso material (art. 69 do CP) com os outros estelionatos em continuação; 3) majoração de 2/3 da maior pena-base fixada em razão do elevado número de estelionatos praticados em continuidade delitiva (artigo 71 do Código Penal); 4) condenação do réu à reparação dos danos causados aos Correios.

Assim, passo adiante à análise das razões recursais.

Da fixação da pena-base

O artigo 68 do Código Penal estabelece o critério trifásico, preconizado por Nelson Hungria, na dosimetria da pena.

Nesse diapasão, na primeira fase de fixação, devem ser observadas as diretrizes do artigo 59 do Código Penal, a saber: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima.

Nesse segmento e em observância à individualização da pena, na primeira fase o magistrado de primeiro grau fixou a pena-base considerando os crimes praticados em relação a cada um dos prejudicados, na forma a seguir transcrita (fls. 396/402):

(...)

Prejudicado: Jurandir

Culpabilidade: o grau de censurabilidade é normal ao tipo; não ostenta antecedentes criminais; não há elementos para valorar a conduta social e a personalidade; motivo será apreciado como agravante; circunstâncias são normais ao tipo, o falso absorvido não deve influir na pena, do contrário não haveria efetiva absorção; consequências não são graves; comportando da vítima não influenciou a prática do crime.

Fixo a pena-base no mínimo legal, isto é, 1 (um) ano de reclusão.

(...)

Prejudicado: João

Culpabilidade: o grau de censurabilidade é anormal ao tipo, tendo em vista o elevado valor da vantagem indevida (R\$ 12.608,00); não ostenta antecedentes criminais; não há elementos para valorar a conduta social e a personalidade; motivo será apreciado como agravante; circunstâncias são normais ao tipo, o falso absorvido não deve influir na pena, do contrário não haveria efetiva absorção; consequências foram graves porque o nome do João foi inserido no SPC; comportando da vítima não influenciou a prática do crime.

Fixo a pena-base, em virtude do grau elevado de censurabilidade e das graves consequências, acima do mínimo legal, isto é, 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão.

(...)

Prejudicado: Paulo

Culpabilidade: o grau de censurabilidade é normal ao tipo; não ostenta antecedentes criminais; não há elementos para valorar a conduta social e a personalidade; motivo será apreciado como agravante; circunstâncias são normais ao tipo, o falso absorvido não deve influir na pena, do contrário não haveria efetiva absorção; consequências não foram graves; comportando da vítima não influenciou a prática do crime.

Fixo a pena-base no mínimo legal, isto é, 1 (um) ano de reclusão.

(...)

Prejudicado: Paulo Soares

Culpabilidade: o grau de censurabilidade é anormal ao tipo, tendo em vista o elevado valor da vantagem indevida (R\$ 12.511,00); não ostenta antecedentes criminais; não há elementos para valorar a conduta social e a personalidade; motivo será apreciado como agravante; circunstâncias são normais ao tipo, o falso absorvido não deve influir na pena, do contrário não haveria efetiva absorção; consequências foram graves porque o nome do Paulo Soares foi inserido no SPC e no SERASA; comportando da vítima não influenciou a prática do crime.

Fixo a pena-base, em virtude do grau elevado de censurabilidade e das graves consequências, acima do mínimo legal, isto é, 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão.

(...)

O Ministério Público Federal requer a fixação da pena-base acima do mínimo legal, entre o padrão médio e máximo, sustentando que o réu falsificou diversos recibos de saques, fato que, embora seja absorvido pelo crime de estelionato, deve ser considerado como circunstância do crime.

Tal tese não merece acolhida.

Conforme se verifica, as circunstâncias foram consideradas normais ao tipo e a falsificação dos diversos recibos de saques restou absorvida pelo crime estelionato.

Com efeito, a regra adotada pelo nosso sistema penal é de que o crime-fim absorve o crime-meio. Assim, o delito de falsidade, quando constitui meio para a prática do crime de estelionato, é por este absorvido.

É nesse sentido a Súmula nº 17 do Superior Tribunal de Justiça:

Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.

No mesmo sentido é o precedente a seguir:

PENAL CONDENAÇÃO. ERRO MATERIAL. INEXISTÊNCIA. ESTELIONATO E USO DE DOCUMENTO FALSO. SÚMULA Nº 17/STJ. CONCESSÃO DO WRIT DE OFÍCIO.

(...)

- Se para a prática do crime de estelionato o agente usa falso documento, este ato se exaure no crime de estelionato e é por este absorvido, como preconizado na Súmula nº 17/STJ.

- *Habeas corpus* denegado. Ordem concedida de ofício para excluir da condenação a pena relativa ao crime de uso de documento falso.

(STJ, HC nº 200200896382-PR, Rel. Min. Vicente Leal, unânime, j. 12.11.02, DJ 09.12.02, p. 395).

In casu, denota-se que o réu, ao confeccionar os recibos de retiradas, visava unicamente a obtenção de vantagem ilícita e indevida, de modo que tal conduta esgotou sua potencialidade lesiva no crime de estelionato.

Portanto, conforme afirmado pelo magistrado sentenciante, a falsificação de diversos recibos de saques configura circunstância normal ao tipo de estelionato e sua consideração na pena, como elemento autônomo, não implicaria em absorção daquela conduta.

O recurso ministerial pretende o aumento da pena-base sustentando, ainda, que o grau de reprovabilidade também excede o padrão da normalidade, pois, além dos prejuízos financeiros e morais, a conduta do réu atingiu o Estado e a confiança da sociedade perante a Administração Pública.

Verifica-se que tal questão foi adequadamente analisada na sentença recorrida.

Constata-se no trecho acima transcrito que, em relação a João e a Paulo Soares, o juiz considerou que o grau de culpabilidade foi anormal ao tipo em razão do alto valor da vantagem indevida obtida.

Com efeito, tais clientes sofreram maior prejuízo, resultando à EBCT a obrigação de ressarcí-los em elevadas importâncias (João Rocco: R\$ 12.608,14; Paulo Soares da Costa: R\$ 11.411,000), de modo que o grau de reprovabilidade da conduta do réu foi corretamente analisado, não merecendo reparos.

Em relação à Jurandir e Paulo, seguindo o mesmo critério, a vantagem ilícita obtida pelo réu foi menor (Jurandir José dos Santos: R\$ 772,04; Paulo Ferreira da Silva: R\$ 2.609,88) e, em que pese a reprovabilidade de sua conduta, ela não excedeu aos limites normais do tipo de estelionato. É certo que tais clientes do Bradesco foram prejudicados, bem como os Correios e o próprio Estado, contudo, a culpabilidade do réu em relação a cada um dos prejudicados foi adequadamente ponderada.

Assim, a pena-base deve ser mantida tal como fixada na sentença recorrida.

Do concurso material e do crime continuado.

A sentença recorrida reconheceu a continuidade delitiva de todas as condutas do réu sob o argumento de que os crimes foram praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, com unidade de desígnios, pois os crimes subsequentes integravam um prévio programa criminoso.

Insurge-se a acusação contra a decisão nesse ponto sob a alegação de que, em relação aos vários saques indevidos de contas correntes de clientes efetuados pelo réu, é possível verificar as mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, aceitando-se que tais estelionatos foram praticados em continuidade delitiva.

Não obstante, em relação ao empréstimo efetuado pelo réu no dia 25 de abril de 2006, no valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) junto ao Banco Bradesco, em nome do correntista João Rocco, há que ser reconhecido estelionato autônomo, ensejando a aplicação do concurso material deste crime com os demais estelionatos em continuação.

Referida tese não merece amparo.

O Código penal, ao prever a figura do crime continuado, adotou a teoria da Ficção Jurídica, preconizada por Carrara, pois o legislador presume a existência de um só crime, cujos respectivos requisitos são: pluralidade de condutas, pluralidade de crimes da mesma espécie, continuação e unidade de desígnios.

Em outras palavras, há diversos delitos e o sujeito os pratica aproveitando-se das mesmas relações e oportunidades, com semelhança na forma de execução. Contudo, a lei os unifica tão-somente para o efeito de aplicação da pena.

O crime em análise vem descrito no art. 171 do CP:

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

Portanto, se a vantagem obtida ocorreu por meio de “saques indevidos” ou de “empréstimo”, o fato é que houve perfeita subsunção das condutas do réu nas elementares do tipo acima descrito.

E para tal, o acusado valeu-se do mesmo *modus operandi*, das mesmas oportunidades obtidas em razão de seu cargo, havendo conexão temporal e espacial com todas as condutas anteriores.

Assim, deve incidir a regra prevista no artigo 71 do Código Penal, porquanto os delitos, da mesma espécie (estelionato majorado), foram praticados nas mesmas circunstâncias de tempo (setembro de 2005 a agosto de 2006), lugar (agência dos Correios e do Banco Postal de Dois Irmãos do Buriti/MS), e forma de execução (acesso indevido nas contas de clientes do banco Bradesco), não havendo se falar em concurso material.

Do aumento de pena em razão da continuidade delitiva.

Na questão atinente ao crime continuado, insurge-se, ainda, o *Parquet* sustentando que a exasperação da pena deve se dar no percentual máximo previsto no parágrafo único do artigo 71 do Código Penal, qual seja, 2/3, considerando que o réu praticou vários crimes contra os quatro clientes do Bradesco.

A sentença recorrida, após a individualização da pena em relação a cada um dos pre-

judicados, considerou a pena mais grave (dois anos, quatro meses, treze dias de reclusão e vinte e dois dias-multa) e aplicou o aumento de $\frac{1}{4}$ (um quarto), atribuindo ao réu a prática de quatro estelionatos majorados em continuidade delitiva, resultando na pena de dois anos, onze meses, dezesseis dias de reclusão e vinte e sete dias-multa.

Contudo, a tese ministerial merece acolhida.

Com efeito, acerca do tema, a jurisprudência tem se posicionado na forma seguinte:

HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MOTIVOS, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL IDENTIFICADO. REDIMENSIONAMENTO. CONTINUIDADE DELITIVA. ART. 71 DO CP. PROPORCIONALIDADE OBEDECIDA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

4. Esta Corte Superior de Justiça possui o entendimento consolidado de que, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de $\frac{1}{6}$ pela prática de 2 infrações; $\frac{1}{5}$, para 3 infrações; $\frac{1}{4}$, para 4 infrações; $\frac{1}{3}$, para 5 infrações; $\frac{1}{2}$, para 6 infrações e $\frac{2}{3}$, para 7 ou mais infrações.

(...)

(STJ, HC 258.328/ES, Sexta Turma, v.u., Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 24.02.2015, DJe 02.03.2015)

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONDENAÇÃO. CRIME DE DUPLICATA SIMULADA. ART. 172 DO CÓDIGO PENAL. ALEGADA AUSÊNCIA DO DOLO, NA CONDUTA DO RÉU. IMPOSSIBILIDADE DO EXAME, NA VIA DO RECURSO ESPECIAL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. FIXAÇÃO DA FRAÇÃO RELATIVA À CONTINUIDADE DELITIVA. NÚMERO DE INFRAÇÕES. ART. 71 DO CÓDIGO PENAL. VALOR DO DIA-MULTA. SITUAÇÃO ECONÔMICA DO ACUSADO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ARTS. 255 DO RISTJ E 541, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. [...]

II. No crime continuado, é indispensável que o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratique duas ou mais condutas delituosas da mesma espécie, nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes. Na linha da jurisprudência do STJ, o aumento da pena, pela continuidade delitiva, faz-se, basicamente, quanto ao art. 71, *caput*, do Código Penal, por força do número de infrações praticadas. Sendo seis as condutas imputadas ao acusado, consoante demonstrado pelas instâncias ordinárias, correta a fixação do aumento na metade. III. Consoante a jurisprudência, “esta Corte Superior de Justiça pacificou entendimento segundo o qual o aumento da pena pela continuidade delitiva, dentro do intervalo de $\frac{1}{6}$ a $\frac{2}{3}$, previsto no art. 71 do CPB, deve adotar o critério da quantidade de infrações praticadas. Assim, aplica-se o aumento de $\frac{1}{6}$ pela prática de 2 infrações; $\frac{1}{5}$, para 3 infrações; $\frac{1}{4}$, para 4 infrações; $\frac{1}{3}$, para 5 infrações; $\frac{1}{2}$, para 6 infrações; e $\frac{2}{3}$, para 7 ou mais infrações. *In casu*, tendo as instâncias ordinárias afirmado que o Agravado praticara 5 (cinco) crimes de corrupção passiva, o aumento pelo delito continuado deve operar-se no quantum de $\frac{1}{3}$ (um terço)” (STJ, AgRg no REsp 1169484/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe de 16/11/2012).[...]

VII. Agravo Regimental improvido.

(STJ, 6ª Turma, AEARESP 267.637, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJE 13/09/2013).

Compulsando os autos, verifica-se que, na verdade, quatro foi o número de clientes do Bradesco prejudicados com a ação delituosa do acusado.

À fl. 140 do Apenso I consta que na conta do cliente Jurandir José dos Santos, no período entre 03.10.2005 a 22.06.2006, foram efetuados cerca de 34 (trinta e quatro) saques com recibos de retirada.

Na conta corrente de João Rocco (fl. 141 do Apenso I) houve 36 (trinta e seis) retiradas no período compreendido entre 05.09.2005 a 15.05.2006.

Na conta de Paulo Soares Costa há informação no Apenso 2009.60.00.009021-0 de 24 (vinte e quatro) saques no período de 17.04.2006 a 31.08.2006 (fls. 10/24).

Por fim, o cliente Paulo Ferreira da Silva sofreu um saque indevido no valor de R\$ 2.600,00 (fls. 260 e 296 do Apenso I).

Portanto, o réu cometeu vários crimes de estelionato, em continuidade delitiva, o que enseja a majoração da pena em seu grau máximo, qual seja, 2/3 (dois terços).

Em atendimento ao critério estabelecido na parte final do *caput* do artigo 71 do Código Penal, verifico que a pena mais grave fixada em desfavor do réu, dentre os crimes praticados em continuidade delitiva, foi de 02 (dois) anos, 04 (quatro) meses e 13 dias de reclusão e 22 (vinte e dois) dias-multa (fls. 403).

Assim, majorada em 2/3 resultará a pena de 03 (três anos), 11 (onze) meses e 11 (onze) dias de reclusão e 36 (trinta e seis) dias-multa.

Da reparação do dano.

Por fim, também entendo que merece provimento a apelação do Ministério Público Federal quanto à fixação do valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pela Fazenda Pública, nos termos do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal.

O artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, estabelece que:

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:
(...)

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

Não desconheço a existência de posicionamento jurisprudencial e doutrinário no sentido de que a aplicação do artigo em tela exige: a) cometimento do crime após a entrada em vigor da Lei nº 11.719, de 20.06.2008; b) existência de pedido expresso do Ministério Público na denúncia ou nas alegações para fixação do valor mínimo do dano causado pela infração; c) indicação dos valores e provas suficientes a fundamentar o pedido de condenação na reparação dos danos.

Todavia, cumpre consignar que a exigência de indenização do dano causado pelo crime não constitui inovação da Lei nº 11.719/2008, o que poderia respaldar o posicionamento acima referido. Trata-se, na verdade, de efeito da condenação previsto no artigo 91, inciso I, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, *in verbis*:

Art. 91 - São efeitos da condenação:

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

Como se pode observar da norma material penal em comento, a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime constitui um dos efeitos da condenação. Não se trata de inovação

legislativa inaugurada pela Lei nº 11.719/2008, que alterou diversos dispositivos do Código de Processo Penal.

Trata-se de efeito automático da sentença penal condenatória, cuja eficácia prescinde, inclusive, de pronunciamento judicial expresso do Magistrado nesse sentido.

Ressalto, também, a desnecessidade de haver pedido expresso do Órgão Acusatório para a fixação do valor mínimo da reparação do dano causado pelo crime. Conforme já dito acima, a disposição prevista no artigo 91, inciso I, do Código Penal constitui efeito automático da sentença condenatória. Ademais, não há que se falar em violação às garantias do contraditório e da ampla defesa, pois o valor a ser fixado é extraído da exordial acusatória, bem como da instrução processual.

Por outro lado, diante da existência de norma expressa no Código Penal, o réu não pode alegar desconhecimento de que, em caso de condenação, restará assentada a certeza da obrigação de indenização pelo dano do crime. Desse modo, a fixação do valor mínimo a título de reparação na sentença condenatória, ainda que não haja pedido expresso do Órgão Acusatório, não implica em desrespeito à garantia do devido processo legal.

Por seu turno, a atual redação do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, conforme consignado pela Lei nº 11.719/2008, apenas visa operacionalizar a regra de direito penal no âmbito do processo penal. Além disso, em se tratando de norma de cunho processual, aplica-se de imediato aos processos em tramitação, a teor do disposto no artigo 2º do Código de Processo Penal.

No caso concreto, de acordo com as fls. 296/310 do Apenso I e 293 dos autos principais, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos reembolsou o prejuízo sofrido pelos clientes do Banco Bradesco, no montante de R\$ 27.419,30 (vinte e sete mil, quatrocentos e dezenove reais e trinta centavos), assim discriminado:

Jurandir José dos Santos: R\$ 772,04;

João Rocco: R\$ 12.608,14;

Paulo Ferreira da Silva: R\$ 2.609,88;

Paulo Soares da Costa: R\$ 11.411,00.

Considerando a absolvição em relação ao estelionato praticado contra a prejudicada Laura de Oliveira Saraiva (R\$ 18,24) e ao crime de peculato contra a EBCT, no valor de R\$ 12.913,47, tais montantes restam excluídos dessa condenação.

Assim, a teor do disposto no artigo 91, I do Código Penal e artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, fixo em R\$ 27.419,30 (vinte e sete mil, quatrocentos e dezenove reais e trinta centavos), o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração penal.

Pena definitiva.

Torno definitiva a pena fixada de 03 (três anos), 11 (onze) meses e 11 (onze) dias de reclusão e 36 (trinta e seis) dias-multa.

Mantenho o regime inicial aberto, em atenção ao disposto no artigo 33, §2º, “c”, do Código Penal.

Preenchidos os requisitos do artigo 44 do Código Penal, deve ser mantida a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, na forma em que fixada na sentença recorrida, alertando-se, contudo, que a prestação de serviços à comunidade deverá observar o tempo da pena privativa fixada neste julgado.

Dispositivo.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO para majorar a pena do réu em 2/3 em razão da continuidade delitiva, fixando-a em 03 (três anos), 11 (onze) meses e 11 (onze) dias de reclusão e 36 (trinta e seis) dias-multa, bem como para fixar em R\$ 27.419,30 (vinte e sete mil, quatrocentos e dezenove reais e trinta centavos), o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração penal.

É o voto.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO CONDUTOR

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NINO TOLDO:

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público Federal em face da sentença proferida pela 5ª Vara Federal de Campo Grande/MS, que condenou o réu pela prática do crime previsto no artigo 171, § 3º, c.c. o art. 71, ambos do Código Penal, à pena de 2 (dois) anos, 11 (onze) meses e 16 (dezesesseis) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 27 (vinte e sete) dias-multa, no valor unitário mínimo. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direito.

Na sessão de julgamento realizada em 12 de dezembro de 2017, o e. Relator, Desembargador Federal Fausto de Sanctis, deu parcial provimento à apelação para majorar a pena do réu em dois terços em razão da continuidade delitiva, fixando-a em 3 (três anos), 11 (onze) meses e 11 (onze) dias de reclusão e 36 (trinta e seis) dias-multa, bem como para fixar em R\$ 27.419,30 (vinte e sete mil quatrocentos e dezenove reais e trinta centavos) o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração penal.

Na ocasião, o acompanhei quanto ao mérito, mas divergi apenas no tocante à reparação de danos, pois entendo ser o caso de proceder à sua exclusão.

Com efeito, por ocasião do oferecimento da denúncia já existia a previsão legal do art. 387, IV, do Código de Processo Penal, introduzido no ordenamento jurídico pela Lei nº 11.719, de 20.06.2008.

Todavia, não houve pedido do Ministério Público Federal para a aferição desses valores e, conseqüentemente, manifestação da defesa acerca do tema.

Segundo entendimento recorrente dos Tribunais, a existência de um requerimento expresso de arbitramento do montante civilmente devido é imprescindível, mas não suficiente ao seu acolhimento. A jurisprudência tem exigido, também, que seja concedido ao acusado a oportunidade de, especificamente sobre o tema, se pronunciar e produzir provas, o que evidentemente não ocorreu no caso concreto. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO MAJORADO. ARTS. 226 E 228 DO CPP. REPARAÇÃO CIVIL MÍNIMA. ART. 387, IV, DO CPP. PEDIDO DO OFENDIDO OU DO ÓRGÃO MINISTERIAL. LEGALIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO PLEITEOU A FIXAÇÃO DE VALOR PARA A REPARAÇÃO DO DANO NA DENÚNCIA. POSSIBILIDADE. RESPEITADA A OPORTUNIDADE DE DEFESA AO RÉU. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 83/STJ.

1. A mais significativa inovação legislativa introduzida pela Lei nº 11.719/2008, que alterou a redação do inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal, possibilitou que na sentença fosse fixado valor mínimo para a reparação dos prejuízos sofridos pelo ofendido em razão da infração, a contemplar, portanto, norma de direito material mais rigorosa ao réu.

2. Para que seja fixado na sentença o início da reparação civil, com base no art. 387, IV, do Código de Processo Penal, deve haver pedido expresso do ofendido ou do Ministério Público e ser possibilitado o contraditório ao réu, sob pena de violação do princípio da ampla defesa. (...) (STJ, AgRg no REsp 1.383.261/DF, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 17.10.2013, DJe 14.11.2013)

APELAÇÃO CRIMINAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EM RELAÇÃO AO ARTIGO 299 DO CP. ARTIGO 15 DA LEI 7.802/1989. DESCLASSIFICAÇÃO INCABÍVEL. CONTRABANDO NÃO CONFIGURADO. DOSIMETRIA REFORMADA EM PARTE. REPARAÇÃO DE DANOS AFASTADA.

(...)

18 - A reparação do dano fixada na sentença deve ser afastada.

19 - Para a fixação da reparação civil na sentença, deveria ter sido oportunizado o contraditório ao réu, sob pena de violação ao princípio da ampla defesa, bem como se fazia necessário o expresso pedido formulado pelo ofendido ou Ministério Público, para que houvesse permissão legal de cumulação da pretensão acusatória com a indenizatória, o que não ocorreu no caso. Precedentes.

(TRF3, ACR 0000563-69.2004.4.03.6002, Décima Primeira Turma, Rel. Des. Federal Cecilia Mello, j. 06.12.2016, e-DJF3 Judicial 1 14.12.2016)

Ao discorrer sobre o procedimento para a fixação da indenização civil, leciona Guilherme de Souza Nucci:

[A]dmittendo-se que o magistrado possa fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração penal, é fundamental haver, durante a instrução criminal, um pedido formal para que se apure o montante civilmente devido. Esse pedido deve partir do ofendido, por seu advogado (assistente de acusação), ou do Ministério Público. A parte que o fizer precisa indicar valores e provas suficientes a sustentá-los. A partir daí, deve-se proporcionar ao réu a possibilidade de se defender e produzir contraprova, de modo a indicar valor diverso ou mesmo a apontar que inexistiu prejuízo material ou moral a ser reparado. Se não houver formal pedido e instrução específica para apurar o valor mínimo para o dano, é defeso ao julgador optar por qualquer cifra, pois seria nítida infringência ao princípio da ampla defesa. (Código de processo penal comentado. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 753)

Posto isso, DOU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO nos termos do voto do e. Relator, deixando, no entanto, de fixar o valor mínimo para reparação dos danos.

É o voto.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator para o acórdão

APELAÇÃO CRIMINAL
0003110-88.2010.4.03.6126
(2010.61.26.003110-6)

Apelante: DONIZETI GONÇALVES DE CALDAS
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SANTO ANDRÉ - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO
Classe do Processo: Ap. 56892
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/02/2018

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. ART. 293, §1º, B e C, CP. SUPRESSÃO DE SELOS OBRIGATÓRIOS. DECISÃO DO E. STJ. DESNECESSIDADE DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CRIME CONTRA A FÉ PÚBLICA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. TIPICIDADE, MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. APELAÇÃO DESPROVIDA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL RETROATIVA DECRETAÇÃO DE OFÍCIO.

1. Conforme já decidido pelo C. STJ, a hipótese dos autos não demanda a obrigatoriedade de constituição do crédito tributário nem se aplica o princípio da insignificância aos crimes praticados contra a fé pública.

2. Resta evidente a comprovação da autoria e materialidade delitivas, diante do auto de apreensão das bebidas alcóolicas transportadas pelo réu. O acusado tinha plena ciência de que comercializada as garrafas de bebida sem os selos exigidos. As fotografias, a forma de embalagem e rotulagem da mercadoria, o modo de transporte das garrafas, o itinerário feito pelo caminhão no qual estava também o réu, as testemunhas e os próprios depoimentos do acusado, as notas fiscais de aquisição das máquinas de engarrafamento e também o prazo suficiente à requisição dos selos entre o envasamento e o transporte reforçam a prova que embasa a condenação.

3. A mera alegação de desconhecimento da lei não é suficiente a fundamentar o decreto absolutório, mormente porque o réu é sócio da pessoa jurídica que produz as bebidas, cujo objeto é o comércio atacadista de bebidas em geral, com atividades de fracionamento, estandartização e engarrafamento, sendo que o próprio acusado providenciou o envasamento e o transporte da mercadoria, bem como não apresentou nenhuma demonstração que afastasse as provas mencionadas.

4. No que se refere aos 02 anos de reclusão aos quais fora condenado o apelante, verifico que, por ausência de recurso do órgão da acusação, tal pena não pode ser aumentada. Deve, portanto, ser calculado o prazo prescricional do art. 109, V, do Código Penal com base na pena em concreto mencionada.

5. A dosimetria individualizada das penas impostas ao condenado, mormente porquanto ausente recurso da Justiça Pública, impõe o reconhecimento da extinção da punibilidade do apelante, em face da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do delito, na modalidade retroativa.

6. Tendo os autos retornado a este E. TRF 3ª Região apenas em 12/12/2017, já estava prescrito o crime narrado na denúncia.

8. Apelação do acusado desprovida e decretada de ofício a pretensão da pretensão punitiva estatal.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a E. 2ª Turma do C. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *NEGOU PROVIMENTO* à apelação do réu e, ocorrida a prescrição da pretensão punitiva estatal em sua modalidade retroativa, *JULGOU EXTINTA A PUNIBILIDADE* do condenado, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de janeiro de 2018.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelação criminal já analisada por este C. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que, em sede de recurso especial interposto perante o E. Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do e. Ministro Ribeiro Dantas, teve reformado o v. acórdão exarado por esta C. 2ª Turma julgadora (fls. 629/630, 635/637 v. e 644/646 v.), afastada a nulidade processual reconhecida anteriormente desde o oferecimento da denúncia, considerada válida a sentença apelada, determinando-se a análise do mérito recursal da apelação criminal julgada prejudicada. Assim, passo a dar cumprimento à r. decisão da instância superior, para apreciar o recurso de fls. 608/613 nos seguintes termos:

FATOS NARRADOS NA DENÚNCIA (recebida em 30/5/2012 - fl. 289): consta que David Martins de Oliveira, a mando de Donizeti Gonçalves de Caldas, em 22/4/2010, na Avenida Corredor ABD, próximo à Avenida Fuckuichi Nakata, em Diadema/SP, foi surpreendido transportando bebidas alcoólicas da marca “Caldense”, de fabricação nacional, sem o devido selo oficial de IPI, exigido pela Receita Federal para a comercialização de tais mercadorias. Sendo assim, os investigados foram denunciados pela prática dos delitos tipificados no art. 293, §1º, III, b, c. c. o art. 29, ambos do Código Penal.

SENTENÇA (fls. 594/597 v.): publicada em 29/11/2013 (fl. 598), o d. Juízo *a quo* reconheceu a materialidade e autoria delitiva quanto ao crime narrado na denúncia, condenando o apelante às penas de 02 (dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade por igual tempo da pena privativa de liberdade e uma prestação pecuniária no valor de 05 (cinco) salários mínimos, penas a serem cumpridas à instituição beneficente a ser designada pelo Juízo das Execuções Criminais.

O acusado David Martins de Oliveira foi absolvido com base no art. 386, V, do Código de Processo Penal.

APELANTE Donizeti Gonçalves de Caldas (fls. 608/613): pleiteia a sua absolvição, por ausência de prova acerca da conduta delitiva, eis que não teria havido a falsificação que lhe é imputada e, subsidiariamente, aplicação do princípio da insignificância.

APELADA Justiça Pública (fls. 615/616): remeteu as contrarrazões ao parecer dado pela i. Procuradoria Regional da República em segunda instância.

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (Dra. Inês Virginia Prado Soares - fls. 620/623 v.): pelo desprovimento da apelação do condenado, afirmando, quanto ao princípio da insignificância, que este não se aplica aos crimes contra a fé pública e que, ainda que assim

não fosse, não há nenhuma informação nos autos acerca do valor do crédito tributário devido pelo recorrente, razão pela qual não se poderia aferir a sua aplicabilidade ao caso concreto.

É o relatório.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

VOTO

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

A presente questão de ordem objetiva dar cumprimento à r. decisão exarada pelo E. STJ, encartada nestes autos às fls. 688/690, prolatada nos seguintes termos:

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, com amparo no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim ementado:

“PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. TRANSPORTE E COMÉRCIO DE BEBIDAS ALCOÓLICAS SEM SELO DO PAGAMENTO DE IPI. ART. 293, § 1º, III, b, CÓDIGO PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM E A ARRECADAÇÃO TRIBUTÁRIA. AUSÊNCIA DE NOTÍCIA ACERCA DE CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO. APLICAÇÃO DA SUMULA VINCULANTE Nº 24 DO C. STF. PROCESSO NULO. APELAÇÃO PREJUDICADA.

1. Em que pese capitulado o delito como dos crimes contra a fé pública, o tipo penal referido, para a sua caracterização, demanda a obrigatoriedade de resultado danoso, ou seja, da prova acerca do não recolhimento do tributo, pois o objetivo da lei penal é o de tutelar a ordem tributária e a regular arrecadação do IPI, obrigando os comerciantes a aporem em suas mercadorias o referido selo de recolhimento tributário.

2. Não há como negar o caráter tributário do delito em questão, mormente porque não trata a hipótese dos autos de falsificação de selos, mas sim de ausência de aposição dos selos obrigatórios.

3. Considerando que a exigência dos selos é feita para controle de pagamento do tributo, sem a constituição definitiva do crédito tributário não há como se admitir a instauração de ação penal contra o acusado, pois ausente condição objetiva do tipo penal, estando ausente a demonstração de elemento indispensável à caracterização do delito.

4. Ao delito em questão, por tutelar a ordem tributária, deve-se aplicar por analogia o entendimento consolidado na Súmula Vinculante nº 24 do C. Supremo Tribunal Federal.

4. Não há nos autos qualquer informação sobre o crédito tributário, o que resulta na anulação do processo desde o recebimento da denúncia, que, para ser novamente ofertada/recebida depende de apresentação da constituição do débito tributário em desfavor da sociedade integrada pelo acusado.

5. Processo anulado desde o recebimento da denúncia. Apelação do denunciado prejudicada.” (e-STJ, fl. 709-710).

Os embargos de declaração foram rejeitados.

Nas razões recursais, a acusação sustenta, além de divergência jurisprudencial, negativa de vigência ao art. 293, § 1º, III, “b”, do Código Penal. Nesse sentido, aduz que a conduta de transportar bebida alcoólica sem selo oficial do IPI configura crime formal, que dispensa constituição definitiva do crédito tributário.

Assim, pleiteia “o retorno dos autos à origem para que prossiga no exame dos temas ventilados na apelação defensiva” (e-STJ, fl. 745).

Contrarrazões apresentadas (e-STJ fls. 757-762).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso

(e-STJ, fls. 780-789).

É o relatório. Decido.

Anote-se que, diversamente do que restou decidido pela Corte de origem, este Superior Tribunal de Justiça, mais precisamente por meio de sua Sexta Turma, possui precedentes no sentido de que o crime em questão (art. 293, III, “b”, do CP) não demanda constituição definitiva para sua consumação. Confira-se:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. VIOLAÇÃO DO ART. 293, § 1º, III, B, DO CP. DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE SELO DE CONTROLE TRIBUTÁRIO. ENQUADRAMENTO. CRIME CONTRA A FÉ PÚBLICA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE SUPERIOR.

1. Da leitura do art. 293, § 1º, III, b, do Código Penal, é possível notar que se trata de crime contra a fé pública e que, portanto, prescinde de resultado naturalístico para a sua consumação. O tipo penal se limita a descrever a conduta, de modo que a ação do agente - de expor à venda, no exercício de atividade comercial, produto ou mercadoria sem selo fiscal - é suficiente para constituir o elemento objetivo da figura típica, que pressupõe o dano à fé pública.

2. O crime previsto no art. 293, § 1º, III, ‘b’, do Código Penal, possui natureza formal, estando, pois, consumado quando o agente importa, exporta, adquire, vende, expõe à venda (conduta praticada pelas recorridas), mantém em depósito, guarda, troca, cede, empresta, fornece, porta ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, produto ou mercadoria sem selo oficial, sendo, pois, prescindível a constituição definitiva do crédito tributário incidente sobre as mercadorias ou produtos. Não incidência da Súmula Vinculante 24 do Supremo Tribunal Federal (REsp nº 1.332.401/ES, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 29/8/2014 - grifo nosso).

3. Ambas as Turmas da Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça já se posicionaram pela não aplicação do princípio da insignificância aos Crimes contra a Fé Pública.

4. A falta de selo oficial prejudica a confiança depositada em papéis representativos da regularização fiscal das mercadorias expostas à venda, perante o fisco e os particulares. A fé pública, bem intangível a que se refere o Título X da Parte Especial do Código Penal, deixou de ser analisada para fins de aplicação do princípio da insignificância. A instância ordinária, para afirmar a atipicidade material da conduta, analisou somente o valor dos tributos suprimidos em decorrência das mercadorias apreendidas sem selo, mas o agravante não foi denunciado por incursão no art. 1º da Lei nº 8.137/1990. [...] Sob a ótica do bem jurídico tutelado, não pode ser reconhecida a inexistência de periculosidade social da ação. O acórdão proferido pela instância ordinária está em confronto com a reiterada jurisprudência desta Corte, firme em assinalar que não se aplica o princípio da insignificância aos crimes contra a fé pública. (AgInt no REsp nº 1.347.319/SC, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 16/2/2017 - grifo nosso).

5. Agravo regimental improvido.”

(AgRg no REsp 1.644.250/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 30/05/2017);

“PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 293, § 1º, III, ‘b’, DO CÓDIGO PENAL. CRIME FORMAL. DISPENSA DA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO PARA CARACTERIZAÇÃO DO DELITO. RECURSO PROVIDO.

1. O bem jurídico protegido no crime previsto no art. 293, § 1º, III, ‘b’, do Código Penal é a fé pública, cuja consumação ocorre quando o agente, entre as várias condutas típicas previstas no citado dispositivo legal, vende ou expõe à venda produto ou mercadoria, no exercício de atividade comercial, sem o selo de controle do IPI - Imposto sobre Produtos Industrializados -, dispensando, para sua caracterização, a constituição definitiva do crédito tributário.

2. Recurso especial provido para cassar o acórdão recorrido e determinar a remessa dos autos ao Juízo de primeiro grau, a fim de que prossiga no julgamento.”

(REsp 1.300.139/ES, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado

em 13/12/2016, DJe 19/12/2016);

“RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. ART. 293, § 1º, III, ‘b’, DO CÓDIGO PENAL. NATUREZA. CRIME FORMAL. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DESNECESSIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. O crime previsto no art. 293, § 1º, III, ‘b’, do Código Penal, possui natureza formal, estando, pois, consumado quando o agente importa, exporta, adquire, vende, expõe à venda (conduta praticada pelas recorridas), mantém em depósito, guarda, troca, cede, empresta, fornece, porta ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, produto ou mercadoria sem selo oficial, sendo, pois, prescindível a constituição definitiva do crédito tributário incidente sobre as mercadorias ou produtos. Não incidência da Súmula Vinculante 24 do Supremo Tribunal Federal.

2. Recurso provido para reformar a sentença e o acórdão recorridos, devendo os autos ser remetidos ao Juiz de primeiro grau para o regular prosseguimento da ação penal.”

(REsp 1.332.401/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 29/08/2014)

Assim, merece reforma o acórdão impugnado, de modo que se alinhe ao entendimento desta Corte Superior.

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do Regimento Interno do STJ, dou provimento ao recurso especial, para que os autos retornem à origem para que se prossiga no exame das demais teses ventilados na apelação defensiva.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 02 de outubro de 2017.

Sendo assim, passo à análise das teses defensivas dispendidas na apelação do réu, interposta às fls. 608/613, conforme segue.

Conforme já decidido pelo C. STJ, a hipótese dos autos não demanda a obrigatoriedade de constituição do crédito tributário envolvido no caso concreto nem se aplica o princípio da insignificância aos crimes praticados contra a fé pública. Essa última tese, portanto, resta, desde já, rechaçada nos termos da r. decisão monocrática exarada pela instância superior.

No que se refere à autoria e materialidade do crime, resta evidente a sua comprovação, eis que o auto de apreensão das bebidas alcóolicas transportadas pelo réu, sócio da pessoa jurídica que a produziu, o que se deu em flagrante delito, demonstra a prática delitiva.

Ademais, como ressaltado na sentença em análise, o acusado, ora apelante, tinha plena ciência de que comercializada as garrafas de bebida sem os selos exigidos.

As fotografias, a forma de embalagem e rotulagem da mercadoria, o modo de transporte das garrafas, o itinerário feito pelo caminhão no qual estava também o réu, as testemunhas e os próprios depoimentos do acusado, as notas fiscais de aquisição das máquinas de engarrafamento, datadas de mais de 5 (cinco) meses do dia da apreensão, denotam não apenas o intuito comercial do envasamento e transporte das bebidas, mas também que havia prazo suficiente à requisição dos selos, o que não foi providenciado pelo recorrente ou seus sócios.

A mera alegação de desconhecimento da lei não é suficiente a fundamentar o decreto absolutório, mormente porque o réu é sócio da pessoa jurídica que produz as bebidas, cujo objeto é o comércio atacadista de bebidas em geral, com atividades de fracionamento, estandartização e engarrafamento, sendo que o próprio acusado providenciou o envasamento e o transporte da mercadoria, bem como não apresentou nenhuma demonstração que afastasse as provas supra mencionadas.

Demonstrado, pois, repito, o intuito comercial do réu e a plena ciência de que os selos obrigatórios não foram requeridos e, portanto, não foram afixados nas garrafas transportadas,

caracterizada de forma eficiente a materialidade e a autoria delitivas.

No que se refere aos 02 (dois) anos de reclusão aos quais fora condenado o apelante, verifico que, por ausência de recurso do órgão da acusação, tal pena não pode ser aumentada. Deve, portanto, ser calculado o prazo prescricional do art. 109, V, do Código Penal com base na pena em concreto mencionada.

Sentenciado o feito em 29/11/2013, conforme publicação certificada à fl. 598, expirou em 28/11/2017 o prazo prescricional de 04 (quatro) anos supra mencionado, considerando a pena de 02 (dois) anos fixada em primeira instância.

Reformado o v. acórdão prolatado por esta C. Turma julgadora em 02/12/2016 (fls. 629/690 - publicação à fl. 638), tendo os autos deste processo sido recebidos neste C. TRF da 3ª Região somente em 12/12/2017, o crime prescreveu nesse período de tempo em que subiu à análise do REsp e retornou a esta C. Corte.

Ante o exposto, *NEGO PROVIMENTO* à apelação do acusado, para manter tal como lançada a sentença apelada e, ocorrida a prescrição da pretensão punitiva estatal em sua modalidade retroativa, *JULGO EXTINTA A PUNIBILIDADE* do condenado, o que faço de ofício e com base no art. 109, IV, c.c. art. 110, § 1º, ambos do Código Penal, tudo nos termos da fundamentação.

Oficie-se ao e. Ministro Ribeiro Dantas, comunicando-se a prolação desta decisão.

É como voto.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0008318-73.2011.4.03.6108
(2011.61.08.008318-2)

Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA, KLEVIA CRISTINE PAIS DE OLIVEIRA E OUTROS
Apelados: OS MESMOS

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

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS

Classe do Processo: Ap. 64231

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/02/2018

EMENTA

PENAL. ESTELIONATO MAJORADO. FRAUDE NO RECEBIMENTO DE SEGURO-DESEMPREGO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA NA FORMA RETROATIVA. OCORRÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. AFASTAMENTO. FIXAÇÃO DA REPARAÇÃO DO DANO SUPORTADO PELO ERÁRIO. POSSIBILIDADE.

- Como os fatos imputados aos acusados foram executados antes do advento da Lei nº 12.234, de 05 de maio de 2010, o regime jurídico aplicável em sede de prescrição da pretensão punitiva abarca o instituto da prescrição retroativa, então prevista no § 2º do art. 110 do Código Penal, segundo o qual esta poderia ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa. Tal disposição somente teria incidência quando tivesse sobrevivendo trânsito em julgado da sentença penal condenatória para a acusação ou depois de improvido o seu recurso (nos termos da redação original do § 1º do art. 110 do Código Penal).

- Verifica-se que a acusação apresentou recurso de apelação, o que, a princípio, inviabilizaria a análise da prescrição da pretensão punitiva com supedâneo no critério retroativo anteriormente delineado. Todavia, analisando o conteúdo do apelo ministerial, apura-se que a insurgência do *Parquet* federal guarda relação com o reconhecimento de crime continuado e com a fixação da reparação dos danos quando da prolação da r. sentença penal condenatória, de modo que se infere a não repercussão, caso provido o expediente, no cálculo da prescrição da pretensão punitiva.

- Nos termos do art. 119 do Código Penal, a aferição da prescrição levará em conta a pena aplicada pela perpetração do delito sem a incidência da causa de aumento de pena do concurso de crimes, regramento este acolhido pela jurisprudência que se formou acerca do tema no âmbito do C. Supremo Tribunal Federal a redundar na edição da Súm. 497. Assim, ainda que provido o apelo aviado pelo Ministério Público para o fim de reconhecimento da continuidade delitiva, tal aspecto não teria o condão de afetar o cálculo prescricional.

- Lançando a pena arbitrada na r. sentença na tabela disposta no art. 109 do Código Penal, nota-se que a prescrição ocorreria ante o transcurso de mais de 04 anos entre os marcos interruptivos, sendo de rigor assentar que o art. 115 do mesmo diploma normativo impõe a redução pela metade do lapso prescricional quando o condenado possuir, na data da sentença, mais de 70 anos de idade.

- Em relação aos acusados JOAQUIM e MARA, ambos maiores de 70 anos quando da prolação da r. sentença, apura-se o transcurso de mais de 02 anos entre a data do fato e a data do recebimento da inicial acusatória e entre esta e a data de exarcação do r. provimento judicial recorrido, razão pela qual de rigor o assentamento da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, a impor a extinção de punibilidade de ambos com supedâneo no art. 107, IV, do Código Penal.
- Da leitura dos autos, verifica-se que KLÉVIA é acusada da prática de estelionato em face da Caixa Econômica Federal - CEF, na qualidade de gestora do seguro-desemprego instituído pela Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990, na justa medida em que teria se desligado apenas formalmente de seu então empregador com o desiderato de perceber as parcelas do seguro em tela (bem como para levantar o numerário que possuía de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS), permanecendo, todavia, de fato empregada (porém sem qualquer registro em Carteira de Trabalho).
- Inúmeras provas coligidas ao longo da instrução processual penal (tanto testemunhal como documental) comprovam que a acusada KLÉVIA realmente levou a efeito fraude em prejuízo do órgão gestor do seguro-desemprego (Caixa Econômica Federal - CEF), sendo nítido que a autoria somente pode recair sobre tal pessoa, na justa medida em que ela participou de todo o artil, cabendo destacar que o proveito financeiro econômico foi gozado por ela também.
- Sequer é possível cogitar-se na aplicação do princípio da insignificância ao caso ora em julgamento, uma vez que é assente na jurisprudência o entendimento segundo o qual a fraude perpetrada em desfavor de patrimônio pertencente à coletividade (tal qual o atinente ao seguro-desemprego) possui um elevado desvalor de conduta, possuindo esta um alto grau de reprovabilidade a impedir a aplicação do postulado da bagatela (que teria o condão de afastar a tipicidade material da infração criminal).
- Deve ser aplicado ao caso em tela o entendimento sufragado pela jurisprudência quando do cometimento de estelionato previdenciário, segundo o qual o recebimento de benefício, por parte do segurado, configura crime permanente de modo que a reiteração da conduta fraudulenta mensalmente encontra-se no conjunto da perpetração de crime único a afastar ilações de reconhecimento da figura do crime continuado. O C. Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de enfrentar a questão em sede de fraude no recebimento de seguro-desemprego, refutando a aplicação da figura do crime continuado quando o recebimento do expediente se dá de forma parcelada.
- Não se desconhece a existência de posicionamento jurisprudencial e doutrinário no sentido de que a aplicação do art. 387, IV, do Código de Processo Penal, exige (a) o cometimento de um crime após a entrada em vigor da Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008; (b) a existência de pedido expresso do Ministério Público na denúncia ou nas alegações para fixação do valor mínimo do dano causado pela infração; e (c) a indicação dos valores e a existência de provas suficientes a fundamentar o pedido de condenação na reparação dos danos.
- Todavia, a exigência de indenização do dano causado pelo crime não constitui inovação da Lei nº 11.719/2008, o que poderia respaldar o posicionamento acima referido. Trata-se, na verdade, de efeito da condenação previsto no art. 91, I, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, efeito este automático da sentença penal condenatória, cuja eficácia prescinde, inclusive, de pronunciamento judicial expresso do magistrado nesse sentido.
- Mostra-se desnecessária, inclusive, a existência de pedido expresso do Órgão Acu-

satório para a fixação do valor mínimo da reparação do dano causado pelo crime, uma vez que a disposição prevista no art. 91, I, do Código Penal, constitui efeito automático da sentença condenatória, o que sequer tem o condão de violar as garantias do contraditório e da ampla defesa, pois o valor a ser imposto é extraído da exordial acusatória, bem como da instrução processual, cabendo destacar que, diante da existência de norma expressa no Código Penal, o réu não pode alegar desconhecimento de que, em caso de condenação, restará assentada a certeza da obrigação de indenização pelo dano do crime.

- A atual redação do art. 387, IV, do Código de Processo Penal, conforme consignado pela Lei nº 11.719/2008, apenas visa operacionalizar a regra de direito penal no âmbito processual. Tratando-se de norma de cunho processual, tem aplicação imediata aos processos em tramitação a teor do disposto no art. 2º do Código de Processo Penal.

- Declarada, de ofício, extinta a punibilidade dos acusados JOAQUIM ELISEU MENDES e MARA SALES ALGODOAL VIEIRA pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal na forma retroativa, prejudicados os seus apelos. Negado provimento ao recurso de apelação da acusada KLÉVIA CRISTINE PAIS DE OLIVEIRA. Dado parcial provimento ao recurso de apelação do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (apenas para reconhecer o valor mínimo reparatório pelos danos causados pela infração penal).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *de ofício, DECLARAR EXTINTA A PUNIBILIDADE dos acusados JOAQUIM ELISEU MENDES e MARA SALES ALGODOAL VIEIRA, julgando prejudicados os seus apelos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso de apelação da acusada KLÉVIA CRISTINE PAIS DE OLIVEIRA e, por maioria, DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de apelação do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 30 de janeiro de 2018.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

Trata-se de Apelações criminais interpostas pelo Ministério Público Federal e pelos corréus Klévia Cristine Pais de Oliveira, Joaquim Eliseu Mendes e Mara Sales Algodoal Vieira, contra a r. sentença de fls. 307/313v. (publicada em 15.10.2014 - fls. 314), proferida pela 1ª Vara Federal de Bauru/SP, que condenou os réus pela prática do crime previsto no artigo 171, § 3º, do Código Penal, à pena de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, e 13 (treze) dias-multa, fixado o dia-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na época dos fatos para a ré Klévia, 1/4 (um quarto) para o réu Joaquim e 1/2 (meio) para a ré Mara.

Preenchidos os requisitos do artigo 44 do Código Penal, houve substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, na forma seguinte: prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de: R\$ 500,00 para a ré Klévia, R\$ 1.000,00

para o réu Joaquim e R\$ 1.500,00 para a ré Mara.

O Ministério Público Federal denunciou *Klévia Cristine Pais de Oliveira, Joaquim Eliseu Mendes e Mara Sales Algodoal Vieira* como incurso nas penas do artigos 171, §3º, do Código Penal (fls. 117/122).

Narra a denúncia (recebida em 21.11.2011 - fls. 123) que os denunciados, nos meses de junho de 2008 a março de 2009, em conluio, voluntária e conscientemente, obtiveram vantagem ilícita em favor da denunciada Klévia Cristine Pais de Oliveira, consistente em saque indevido do seguro desemprego, em prejuízo do FAT - Fundo de Amparo ao Trabalhador, administrado pela Caixa Econômica Federal, induzindo-a em erro, mediante falsa alegação de desemprego.

A peça acusatória informa que Klévia era funcionária da entidade Lar Escola Rafael Maurício, localizada em Bauru/SP, foi formalmente demitida em 31.05.2008 e readmitida em 17.03.2009, intervalo no qual recebeu o seguro desemprego.

Não obstante, com conhecimento e concordância do presidente Joaquim Eliseo Mendes e da tesoureira Mara Sales Algodoal Vieira, Klévia continuou trabalhando na entidade durante o período do suposto desemprego e, inclusive, recebeu os respectivos pagamentos, restando configurada a fraude praticada pelos denunciados com intuito de obter vantagem ilícita consistente no saque indevido do seguro-desemprego.

Em sede de Apelação, o Ministério Público Federal pugna pela aplicação do artigo 71 do Código Penal, sob o argumento de que os crimes foram praticados em continuidade delitiva, já que houve recebimento em parcelas mensais do seguro-desemprego. Pleiteia, ainda, a condenação dos denunciados à reparação do dano, nos termos do artigo 387, IV, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 11.719/2008.

A defesa de Klévia Cristine Pais de Oliveira interpôs Apelação sustentando insuficiência de provas acerca da tipificação penal, bem como menor potencial ofensivo de sua conduta, caracterizando apenas mera infração administrativa, situação que enseja a absolvição sumária. Em sequência, sustenta que a idoneidade da acusada e sua primariedade são fatos que excluíam a ilicitude e autorizariam a aplicação do princípio da inocência (fls. 322/331).

A denunciada Mara Sales Algodoal Vieira apresentou Apelação à fls. 343/347), no qual sua defesa pleiteia pela absolvição nos termos do artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, sob o argumento de que não há provas suficientes da autoria, tampouco da tipicidade, já que a autora não auferiu qualquer vantagem econômica.

O corréu Joaquim Eliseo Mendes interpôs recurso de Apelação (fls. 348/352), com a pretensão de obter absolvição nos termos do artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, no qual sustenta que a materialidade e a autoria do estelionato não ficaram comprovadas, já que o apelante não agiu com dolo e não obteve qualquer vantagem econômica com a conduta que lhe foi imputada.

Recebidos os recursos e apresentadas contrarrazões regularmente (fls. 336/342, 360/363, 365/368), subiram os autos a esta E. Corte.

Nesta instância, o representante do Ministério Público Federal ofertou parecer manifestando-se pelo reconhecimento da prescrição em relação aos corréus Joaquim Eliseo Mendes e Mara Sales Algodoal Vieira, restando prejudicados seus recursos de Apelação, bem como pelo desprovimento do recurso interposto pela acusação e pela defesa de Klévia Cristine Pais de Oliveira (fls. 370/374v.).

É o relatório.

À revisão, nos termos regimentais.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

Antes de adentrar aos diversos temas veiculados nos recursos de apelação constantes desses autos, faz-se necessária a análise da possível prescrição da pretensão punitiva em relação aos acusados JOAQUIM ELISEU MENDES, MARA SALES ALGODOAL VIEIRA e KLÉVIA CRISTINE PAIS DE OLIVEIRA, o que teria o condão de extinguir a punibilidade deles.

DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

Depreende-se da leitura dos autos que os fatos imputados aos acusados remontam ao período de 09 de julho de 2008 a 16 de março de 2009, lapso em que KLÉVIA CRISTINE PAIS DE OLIVEIRA (nascida em 09 de fevereiro de 1982 - fl. 82) teria recebido indevidamente valores atinentes ao seguro-desemprego, prática que teria contado com a participação de JOAQUIM ELISEU MENDES (nascido em 17 de junho de 1931 - fl. 89) e MARA SALES ALGODOAL VIEIRA (nascida em 12 de janeiro de 1944 - fl. 108), cabendo salientar que a denúncia foi recebida em 21 de novembro de 2011 (com baixa em secretaria no mesmo dia - fl. 123) ao passo que a r. sentença foi publicada em 16 de outubro de 2014 (fl. 314). Destaque-se que os acusados foram apenados, em 1º grau de jurisdição, a 01 ano e 04 meses de reclusão pela perpetração do crime previsto no art. 171, § 3º, do Código Penal.

Como os fatos imputados foram executados antes do advento da Lei nº 12.234, de 05 de maio de 2010, o regime jurídico aplicável em sede de prescrição da pretensão punitiva abarca o instituto da prescrição retroativa, então prevista no § 2º do art. 110 do Código Penal, segundo o qual esta poderia ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa. Importante ser dito que tal disposição somente teria incidência quando tivesse sobrevivendo trânsito em julgado da sentença penal condenatória para a acusação ou depois de improvido o seu recurso (nos termos da redação original do § 1º do art. 110 do Código Penal).

Adentrando ao caso dos autos, verifica-se que a acusação apresentou recurso de apelação, o que, a princípio, inviabilizaria a análise da prescrição da pretensão punitiva com supedâneo no critério retroativo anteriormente delineado. Todavia, apreciando o conteúdo do apelo ministerial, apura-se que a insurgência do *Parquet* federal guarda relação com o reconhecimento de crime continuado e com a fixação da reparação dos danos quando da prolação da r. sentença penal condenatória, de modo que se infere a não repercussão, caso provido o expediente, no cálculo da prescrição da pretensão punitiva.

Isso porque, nos termos do art. 119 do Código Penal, a aferição da prescrição levará em conta a pena aplicada pela perpetração do delito sem a incidência da causa de aumento de pena do concurso de crimes (*No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente*), regramento este acolhido pela jurisprudência que se formou acerca do tema no âmbito do C. Supremo Tribunal Federal, a redundar na edição da Súm. 497 (*Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação*). Desta feita, ainda que provido o apelo aviado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL para o fim de reconhecimento da continuidade delitiva, tal aspecto não teria o condão de afetar o cálculo prescricional.

Indo adiante, lançando a pena arbitrada na r. sentença na tabela disposta no art. 109 do Código Penal, nota-se que a prescrição ocorreria ante o transcurso de mais de 04 anos entre os marcos interruptivos, sendo de rigor assentar que o art. 115 do mesmo diploma normativo impõe a redução pela metade do lapso prescricional quando o condenado possuir, na data da sentença, mais de 70 anos de idade (*São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando*

o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos).

Aplicando o exposto ao caso concreto, *em relação aos acusados JOAQUIM ELISEU MENDES e MARA SALES ALGODOAL VIEIRA, ambos maiores de 70 anos quando da prolação da r. sentença, apura-se o transcurso de mais de 02 anos entre a data do fato e a data do recebimento da inicial acusatória e entre esta e a data de exarcação do r. provimento judicial recorrido, razão pela qual de rigor o assentamento da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, a impor a extinção de punibilidade de ambos com supedâneo no art. 107, IV, do Código Penal.*

Todavia, no que tange à acusada KLÉVIA CRISTINE PAIS DE OLIVEIRA, não há que se falar na ocorrência de prescrição (nos termos anteriormente assentados) na justa medida em que esta ocorreria pelo transcurso de mais de 04 anos entre a data dos fatos e a data do recebimento da denúncia e entre esta e a data de prolação do r. provimento judicial guerreado, o que não se verifica na espécie, não sendo possível aplicar o redutor contido no art. 115 do Código Penal por ausência de subsunção às hipóteses legais.

DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE DELITIVAS

Consigne-se, de plano, que a materialidade e a autoria delitivas atinentes à eventual perpetração do delito insculpido no art. 171, § 3º, do Código Penal, serão analisadas apenas em relação à acusada KLÉVIA CRISTINE PAIS DE OLIVEIRA, uma vez que a pretensão punitiva estatal restou defenestrada em relação aos demais corréus JOAQUIM ELISEU MENDES e MARA SALES ALGODOAL VIEIRA (nos termos anteriormente tecidos).

Com efeito, da leitura dos autos verifica-se que KLÉVIA CRISTINE PAIS DE OLIVEIRA é acusada da prática de estelionato em face da Caixa Econômica Federal - CEF, na qualidade de gestora do seguro-desemprego instituído pela Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990, na justa medida em que teria se desligado apenas formalmente de seu então empregador com o desiderato de perceber as parcelas do seguro em tela (bem como para levantar o numerário que possuía de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS), permanecendo, todavia, de fato empregada (porém sem qualquer registro em Carteira de Trabalho). Tal conduta teria o condão de se subsumir no tipo penal do art. 171 do Código Penal, inclusive com a incidência da causa de aumento de pena constante do § 3º de indicado preceito, uma vez que a acusada teria obtido, para si, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, mantendo terceiro em erro mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento.

Analisando as provas dos autos, nota-se realmente a perpetração da fraude anteriormente descrita, restando incontestes tanto a materialidade como a autoria delitiva.

De início, cumpre destacar que se mostra incontroverso, a teor do documento colacionado à fl. 86 (ofício emitido pela Caixa Econômica Federal - CEF), o percebimento de seguro-desemprego por parte da acusada KLÉVIA CRISTINE PAIS DE OLIVEIRA em 09 de julho de 2008, em 08 de agosto de 2008, em 19 de setembro de 2008, em 17 de fevereiro de 2009 e em 16 de março de 2009. Consigne-se que as três primeiras parcelas foram pagas no importe de R\$ 714,89 (setecentos e catorze reais e oitenta e nove centavos) ao passo que as duas últimas, no valor de R\$ 739,66 (setecentos e trinta e nove reais e sessenta e seis centavos). Da mesma forma, incontroverso o fato de que em tal interregno (que se iniciou em 09 de julho de 2008 e findou-se em 16 de março de 2009) a acusada KLÉVIA CRISTINE PAIS DE OLIVEIRA estava formalmente desempregada, uma vez que se infere da CTPS juntada à fl. 80 o término de relação laboral em 31 de maio de 2008 e sua recolocação profissional em 17 de março de 2009 (ressalte-se que os contratos de trabalho possuem o mesmo empregador).

Todavia, o arcabouço fático-probatório constante dos autos dá conta que, na realidade, a acusada KLÉVIA CRISTINE PAIS DE OLIVEIRA encontrava-se, enquanto formalmente desligada de seu empregador (“Lar Escola Rafael Maurício”), trabalhando informalmente para tal entidade, a despeito da vedação de tal prática enquanto na pendência do recebimento de seguro-desemprego.

A convicção acerca do labor informal decorre dos testemunhos colhidos sob o manto do contraditório e da ampla defesa em cotejo com os documentos carreados ao longo dos cadernos processuais. Nesse diapasão, cumpre destacar que a testemunha Alice Moroço Trabuço (mídia à fl. 180), que trabalhou com a acusada KLÉVIA CRISTINE PAIS DE OLIVEIRA inclusive na mesma sala (a partir de 02min30s), foi categórica em aduzir que a acusada nunca se ausentou do emprego a despeito de demitida no papel (a partir de 02min40 s e a partir de 05min30s), tendo escutado que KLÉVIA precisava de dinheiro. Ademais, salientou que os pagamentos realizados a KLÉVIA no interregno sem registro formal ocorria por meio de cheques ao portador (a partir de 09min30s), a despeito da praxe ser por depósito em conta - instada a explicar o porquê dessa distinção de forma de pagamento, disse que se devia ao fato de KLÉVIA não constar formalmente da folha de pagamento da entidade (a partir de 10min e a partir de 16min40s).

Por sua vez, a testemunha Flavio Augusto Conte de Carvalho Goulart (mídia à fl. 180) também asseverou que a acusada KLÉVIA nunca deixou de trabalhar na entidade “Lar Escola” (a partir de 02min) e que teve acesso ao livro de registro de empregados, oportunidade em que constatou a demissão e a recontração da acusada, a despeito dela sempre ter laborado na entidade (a partir de 05min e a partir de 09min10s).

Já a testemunha Ana Paula Alves da Silva Lima (mídia à fl. 180) registrou que todos na entidade sabiam que a acusada KLÉVIA estava trabalhando sem registro (a partir de 03min30s e a partir de 10min40s) e que falavam que o pagamento dela ocorria por meio da emissão de cheques e da expedição de notas fiscais frias (a partir de 05min20s) - disse ter tido acesso aos cartões de ponto de KLÉVIA no período em que esta não estava formalmente registrada (a partir de 07min).

Na mesma linha do exposto, a testemunha Vicente Prieto disse saber que a acusada KLÉVIA tinha sido demitida, porém continuava labutando normalmente, inclusive batendo cartão de ponto e recebendo por fora (a partir de 02min10s) - esse pagamento por fora, segundo suas declarações, ocorria por meio do recebimento de cheques (a partir de 03min30s).

Como se não bastassem os depoimentos anteriormente analisados dando conta de que a acusada KLÉVIA CRISTINE PAIS DE OLIVEIRA continuava trabalhando normalmente no “Lar Escola” no interregno em que gozou de seguro-desemprego, provas documentais carreadas aos autos efetivamente demonstram que o pagamento de seu salário se dava por meio da emissão de cheques ao portador (cujas cópias remetiam a notas fiscais), cártulas estas que posteriormente recebiam o nome da beneficiária que, coincidentemente, é o da acusada: KLÉVIA CRISTINE PAIS DE OLIVEIRA.

A propósito, nota-se, às fls. 214/215 e 226/227, cópia de cheque que supostamente teria sido emitido como forma de pagamento da nota fiscal nº 13966 (em 12 de agosto de 2008 - valor de R\$ 1.073,00 - hum mil e setenta e três reais), bem como a nota fiscal que daria lastro à operação - todavia, às fls. 229/230, consta a microfilmagem da cártula que, curiosamente, possui como beneficiária não a empresa emitente da nota fiscal (que se mostra fria), mas sim a acusada KLÉVIA CRISTINE PAIS DE OLIVEIRA. Tal panorama se repete nos meses subsequentes (mesma cópia de cheque com referência a uma suposta nota fiscal, nota fiscal fria e microfilmagem da cártula tendo como beneficiária a acusada KLÉVIA CRISTINE PAIS DE

OLIVEIRA): 11 de setembro de 2008 (fls. 216/217 c.c. fls. 231/232); 13 de outubro de 2008 (fls. 218/219 c.c. fls. 233/234); 10 de novembro de 2008 (fls. 220/221 c.c. 235/236); 08 de dezembro de 2008 (fls. 222/223 c.c. fl. 194 - recibo assinado pela acusada); e 10 de fevereiro de 2009 (fls. 224/225 c.c. fl. 196 - recibo assinado pela acusada).

Como se não fossem suficientes as provas anteriormente elencadas, constam dos autos recibos de pagamento assinados pela própria acusada KLÉVIA CRISTINE PAIS DE OLIVEIRA, todos no valor de R\$ 1.073,00 (hum mil e setenta e três reais), para os meses de dezembro de 2008, fevereiro de 2009 e março de 2009 (fls. 194, 196 e 198). Outrossim, há colacionada às fls. 200/201 cópia de pauta de reunião levada a efeito em 17 de fevereiro de 2009 cuja lista de presença contam com a assinatura e a identificação da acusada KLÉVIA CRISTINE PAIS DE OLIVEIRA, bem como cartões de ponto relativos aos meses de outubro de 2008, novembro de 2008, dezembro de 2008, fevereiro de 2009 e março de 2009 (fls. 13 e 15/18) dando conta da assiduidade da prestação de serviço empregatício. Coroando todo o exposto, cite-se, ainda, a existência de pareceres técnicos da lavra do Ministério Público do Estado de São Paulo (fls. 54/65 e 66/67), que concatenam o que se acaba de expor.

Desta feita, mais do que soberanamente provada a fraude que a acusada KLÉVIA CRISTINE PAIS DE OLIVEIRA levou a efeito em prejuízo do órgão gestor do seguro-desemprego (Caixa Econômica Federal - CEF), sendo nítido que a autoria somente pode recair sobre tal pessoa, na justa medida em que ela participou de todo o ardil, cabendo destacar que o proveito financeiro econômico foi gozado por ela também.

Sem prejuízo do exposto, patente a comprovação do dolo de sua conduta, não podendo ser acolhidas meras ilações de que a acusada KLÉVIA CRISTINE PAIS DE OLIVEIRA não tinha a consciência da ilicitude de sua conduta. Ora, de acordo com o que constou de seu próprio interrogatório, a acusada em tela declarou que não se considera leiga, devendo ser acrescido a tal fato a experiência de que ela detinha justamente em áreas afetas à administração de empresas e à gestão de pessoal, de modo que ressoa dos autos de forma resplandecente que a acusada sabia que sua conduta não era legítima e assumiu o risco das consequências de seus atos.

Da mesma forma, não procedem ilações no sentido de que a conduta ora em comento não configuraria crime, mas mera infração administrativa, de modo que não haveria a necessidade de intervenção do Direito Penal. Completamente sem cabimento tais argumentações, tendo em vista, principalmente, que a atuação da acusada se subsume exatamente no crime de estelionato, pois ela obteve, para si, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, mantendo terceiro em erro mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento. Não se nota a presença de mera irregularidade a ser debelada na senda administrativa, mas efetiva ofensa a bem jurídico tutelado pela norma penal, de modo a atrair a incidência desse ramo do Direito como forma de pacificar a nossa sociedade.

Também sem o menor cabimento o requerimento para que incidisse na espécie normas afetas às infrações de menor potencial ofensivo. Isso porque, de acordo com o art. 61 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, na redação dada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006, consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 02 anos, cumulada ou não com multa. Nesse diapasão, como o estelionato em tela possui reprimenda máxima de 05 anos, completamente despropositada a postulação de aplicação das regras de infrações penais de menor potencial ofensivo.

Sequer é possível a aplicação do princípio da insignificância, conforme requerido pela defesa da acusada, ao caso ora em julgamento, uma vez que é assente na jurisprudência o entendimento segundo o qual a fraude perpetrada em desfavor de patrimônio pertencente à

coletividade (tal qual o atinente ao seguro-desemprego) possui um elevado desvalor de conduta, possuindo esta um alto grau de reprovabilidade a impedir a aplicação do princípio da insignificância (que teria o condão de afastar a tipicidade material da infração criminal) - a propósito:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. *OBTENÇÃO INDEVIDA DE SEGURO-DESEMPREGO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. ALEGADO ESTADO DE NECESSIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. APLICAÇÃO DO PRIVILÉGIO PREVISTO NO ART. 171, §1º, DO CP. VALOR SUPERIOR AO SALÁRIO-MÍNIMO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que é inaplicável o princípio da insignificância nas hipóteses em que o acusado obtém vantagem econômica indevida, mediante fraude ao programa do seguro desemprego, ainda que tais valores sejam considerados irrisórios. (...) (STJ, AgRg no AREsp 1134815/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 22/11/2017) - destaque nosso.*

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. *ESTELIONATO QUALIFICADO. ART. 171, § 3º, DO CP. SEGURO-DESEMPREGO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ALTO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O saque fraudulento de seguro desemprego é conduta com alto grau de reprovabilidade e afasta a aplicação do princípio da insignificância. Precedentes. 2. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg no AREsp 1096681/PE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/10/2017, DJe 16/10/2017) - destaque nosso.*

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *ESTELIONATO. ARTIGO 171, §3º, DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA NÃO VERIFICADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AFASTADO. MATERIALIDADE. AUTORIA. DOLO. COMPROVAÇÃO. PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO. (...) 3. Os Tribunais Superiores firmaram o entendimento no sentido de que os crimes praticados em detrimento de bem jurídico de caráter supraindividual, no caso, patrimônio público, indicam alto grau de reprovabilidade da conduta, o que impede a caracterização do delito de bagatela. 4. O conjunto probatório demonstra que o réu simulou o vínculo empregatício para receber as parcelas do seguro-desemprego. (...) (TRF3, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, ACR - APELAÇÃO CRIMINAL - 66269 - 0007041-21.2012.4.03.6000, Rel. Des. Fed. JOSÉ LUNARDELLI, julgado em 08/11/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/11/2016) - destaque nosso.*

Por fim, consigne-se que a alegada idoneidade da acusada não tem o condão de afastar a condenação que ora se mantém, não cabendo ser aplicado o princípio da inocência (conforme requerido pela defesa da acusada KLÉVIA CRISTINE PAIS DE OLIVEIRA) com o desiderato de afastar a primeira condenação de que uma pessoa suportaria.

Desta forma, por tudo o que se acaba de expor, *devidamente comprovada a autoria e a materialidade delitivas a implicar que a acusada KLÉVIA CRISTINE PAIS DE OLIVEIRA perpetrou, realmente, o crime previsto no art. 171, § 3º, do Código Penal, devendo ser condenada em razão de sua conduta.*

DO PLEITO MINISTERIAL DE RECONHECIMENTO DE CONTINUIDADE DELITIVA

Pugna o Ministério Público Federal pelo reconhecimento da ocorrência de continuidade delitiva em razão da acusada KLÉVIA CRISTINE PAIS DE OLIVEIRA ter recebido 05 parcelas do seguro-desemprego a atrair o comando inserto no art. 71 do Código Penal a exasperar a reprimenda imposta.

Com efeito, deve ser aplicado, analogicamente, ao caso em tela o entendimento sufragado pela jurisprudência quando do cometimento de estelionato previdenciário, segundo o qual o recebimento de benefício, por parte do segurado, configura crime permanente de modo que a reiteração da conduta fraudulenta mensalmente encontra-se no conjunto da perpetração de crime único a afastar ilações de reconhecimento da figura do crime continuado. Aliás, o C. Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de enfrentar a questão em tela, inclusive em sede de fraude no recebimento de seguro-desemprego, refutando o requerido pelo *Parquet* federal:

CRIMINAL. RESP. *ESTELIONATO QUALIFICADO. SEGURO-DESEMPREGO. RECEBIMENTO PARCELADO. CONTINUIDADE DELITIVA. NÃO OCORRÊNCIA. SURSIS ESPECIAL. NÃO REPARAÇÃO DO DANO. NÃO CABIMENTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.* I. Hipótese em que o réu obteve o benefício de forma parcelada, o que não pode ser considerado como crime continuado, diante da existência de apenas uma conduta. Trata-se de crime permanente, de ação contínua e não várias condutas independentes entre si. II. O fato do pagamento do benefício ter se efetivado em 4 parcelas não atrai a incidência da regra da continuidade delitiva, pois houve um único crime, de obtenção de uma única vantagem ilícita, havida, no entanto, parceladamente. (...) (REsp 858.542/SE, Rel. Min. GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 10/05/2007, DJ 29/06/2007, p. 703) - destaque nosso.

APELAÇÃO CRIMINAL. *ESTELIONATO. SEGURO DESEMPREGO. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. DOSIMETRIA REFORMADA. EXCLUSÃO DO ARTIGO 71 DO CÓDIGO PENAL. CRIME ÚNICO. REPARAÇÃO DE DANOS MANTIDA. ALTERADA O DESTINATÁRIO DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA.* (...) 6 - Sobre a dosimetria, a pena base foi aplicada no mínimo legal, ou seja, em 01 ano de reclusão e 10 dias multa. Na segunda fase, apesar do reconhecimento da confissão do réu, tal atenuante não pode abrandar a pena, diante da vedação constante da Súmula 231 do STJ. Na terceira fase, a pena foi majorada diante da incontestável causa de aumento prevista no 3º do artigo 171 do Código Penal, por ter sido o crime cometido em detrimento de entidade de direito público, restando fixada em 01 ano e 04 meses de reclusão e 13 dias multa.

7 - Ainda nessa terceira fase, o Juízo “a quo” aplicou a causa de aumento prevista no artigo 71 do Código Penal, por terem sido efetuados 05 saques indevidos do seguro desemprego. *No entanto, referido acréscimo deve ser afastado, tendo em vista que a conduta do réu, ao receber o seguro desemprego é única, o fato do pagamento do benefício ser parcelado não tem o condão de caracterizar a continuidade delitiva.* (...) (TRF3, ACR 0000172-58.2011.4.03.6103, Rel. Des. Fed. CECILIA MELLO, 11ª Turma, Fonte: e-DJF3 Judicial 1, Data: 02/03/2015) - destaque nosso.

PENAL. PROCESSO PENAL. *ESTELIONATO MAJORADO. SAQUE INDEVIDO DE PARCELAS DE SEGURO-DESEMPREGO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. CRIME CONTINUADO. NÃO CONFIGURAÇÃO. ENTENDIMENTO DO STJ. ERRO DE TIPO. INOCORRÊNCIA. CONCURSO DE AGENTES. DOSIMETRIA.* (...) 7. *Afastada a continuidade delitiva, tendo em vista que o crime de estelionato de rendas mensais é considerado permanente. (STJ 5ª Turma - RESP 858452 - Relator Min. Gilson Dipp, DJ 29/06/2007, p.703).* (...) (TRF3, ACR nº 0000311-87.2005.4.03.6113, Rel. Des. Fed. José Lunardelli, 11ª Turma, j. em 07/05/2013) - destaque nosso.

Assim, não procede o pleito de reconhecimento de continuidade delitiva.

DO PLEITO MINISTERIAL DE FIXAÇÃO DA REPARAÇÃO DO DANO SUPORTADO PELO ERÁRIO

Pleiteia o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL a fixação de indenização para reparação do dano suportado, requerimento este que merece ser acolhido, sob o pálio do disposto no art. 387, IV, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008 (O juiz, ao proferir sentença condenatória: (...) IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido).

Com efeito, não se desconhece a existência de posicionamento jurisprudencial e doutrinário no sentido de que a aplicação do artigo mencionado exige (a) o cometimento de um crime após a entrada em vigor da Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008; (b) a existência de pedido expresso do Ministério Público na denúncia ou nas alegações para fixação do valor mínimo do dano causado pela infração; e (c) a indicação dos valores e a existência de provas suficientes a fundamentar o pedido de condenação na reparação dos danos.

Todavia, cumpre consignar que a exigência de indenização do dano causado pelo crime não constitui inovação da Lei nº 11.719/2008, o que poderia respaldar o posicionamento acima referido. Trata-se, na verdade, de efeito da condenação previsto no art. 91, I, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, segundo o qual são efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, efeito este automático da sentença penal condenatória, cuja eficácia prescinde, inclusive, de pronunciamento judicial expresso do magistrado nesse sentido.

Ressalte-se, também, a desnecessidade de haver pedido expresso do Órgão Acusatório para a fixação do valor mínimo da reparação do dano causado pelo crime. Conforme já dito acima, a disposição prevista no art. 91, I, do Código Penal, constitui efeito automático da sentença condenatória. Ademais, não há que se falar em violação às garantias do contraditório e da ampla defesa, pois o valor a ser imposto é extraído da exordial acusatória, bem como da instrução processual, cabendo destacar que, diante da existência de norma expressa no Código Penal, o réu não pode alegar desconhecimento de que, em caso de condenação, restará assentada a certeza da obrigação de indenização pelo dano do crime.

Desse modo, a fixação do valor mínimo a título de reparação na sentença condenatória, ainda que não haja pedido expresso da acusação, não implica em desrespeito às garantias do devido processo legal.

Por seu turno, a atual redação do art. 387, IV, do Código de Processo Penal, conforme consignado pela Lei nº 11.719/2008, apenas visa operacionalizar a regra de direito penal no âmbito processual. Além disso, tratando-se de norma de cunho processual, tem aplicação imediata aos processos em tramitação a teor do disposto no art. 2º do Código de Processo Penal. Nesse sentido:

PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS DA ACUSAÇÃO E DA DEFESA. DESCAMINHO/CONTRABANDO DE CIGARROS. ARTIGO 334 DO CP. CORRUPÇÃO ATIVA. ARTIGO 333 DO CP. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. ARTIGO 288 DO CP. CONHECIMENTO DO RECURSO INTERPOSTO PELA DEFESA TÉCNICA DO RÉU MARCOS EM CONFRONTO COM A RENÚNCIA DO RÉU AO DIREITO DE RECORRER. INTEMPESTIVIDADE DA APELAÇÃO DO RÉU CLAUDIR. EXCESSO DE PRAZO PARA O JULGAMENTO DA AÇÃO PENAL: INOCORRÊNCIA. RECURSO EM LIBERDADE: NÃO CABIMENTO. NULIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA: NÃO VERIFICADA. INÉPCIA DA DENÚNCIA: NÃO CONFIGURADA. MATERIALIDADES DOS DELITOS DO ARTIGO 334 E 288 DO CP COMPROVADAS.

AUTORIAS COMPROVADAS. DOSIMETRIA DA PENA. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO. NÃO CABIMENTO. *PEDIDO DE CONDENAÇÃO DOS RÉUS AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO AO ERÁRIO.*

(...)

27. Pedido de condenação dos réus ao pagamento de indenização ao erário: nosso ordenamento, antes mesmo da alteração que adveio com a Lei nº 11.719/08, previa que a sentença penal condenatória tornava certa, além da responsabilização criminal, também a responsabilização civil, conforme dispõe o art. 91, inc. I do CP, sendo certo que a novel lei apenas veio a trazer comando no sentido de que a sentença condenatória seja minimamente líquida. Não há necessidade de que o pedido seja expresso na denúncia ou reiterado em memoriais, já que a pretensão acusatória abrange igualmente a condenação de quantia líquida, em seu grau mínimo, em função do ato ilícito praticado. (...)

(TRF3, ACR 00014361320114036006; 1ª Turma; Rel. Des. Fed. Hélio Nogueira; e-DJF3 Ju-
dicial 1 DATA:12/07/2016) - destaque nosso.

Por sua vez, não há que se falar em ocorrência de *bis in idem* no presente caso em razão do ressarcimento levado a efeito em acordo firmado junto ao Ministério Público do Estado de São Paulo (fl. 69), uma vez que tal expediente apenas objetivou o ressarcimento do prejuízo suportado pelo “Lar Escola” com a fraude perpetrada, de modo que ainda resta em aberto o valor dispendido pelo órgão gestor do seguro-desemprego (dinheiro este, aliás, público).

Desta feita, *deve ser reconhecida a obrigação de ressarcimento indenizatório daquilo que a acusada recebeu indevidamente a título de seguro-desemprego, tendo como base os valores constantes de documento acostado à fl. 86 devidamente atualizados.*

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À mímica de apelo defensivo no que tange à dosimetria da pena aplicada, impossível o conhecimento do tema por esta E. Corte. Todavia, cumpre destacar a ausência de qualquer ilegalidade na fixação levada a efeito pelo magistrado sentenciante, uma vez respeitados os ditames insculpidos no art. 68 do Código Penal, tendo havido, inclusive, substituição da reprimenda corporal por penas restritivas de direito.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, voto por, *de ofício, DECLARAR EXTINTA A PUNIBILIDADE dos acusados JOAQUIM ELISEU MENDES e MARA SALES ALGODOAL VIEIRA pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal na forma retroativa, julgando prejudicados os seus apelos, por NEGAR PROVIMENTO ao recurso de apelação da acusada KLÉVIA CRISTINE PAIS DE OLIVEIRA e por DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de apelação do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (apenas para reconhecer o valor mínimo reparatório pelos danos causados pela infração penal), nos termos anteriormente expendidos.*

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0000316-04.2012.4.03.6004
(2012.60.04.000316-5)

Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA

Apelado: ROBERT LUIZ CAVALCANTE (réu preso)

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

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY

Classe do Processo: Ap. 56522

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/01/2018

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/2006. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL FEDERAL.

1. O Réu foi denunciado como incurso no artigo 33, *caput*, c.c o artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006, do Código Penal, pois ao ser abordado por policiais militares, foi encontrado dentro de sua mochila um tablete de 430 gramas de maconha e dois invólucros contendo 2 gramas de cocaína, que declarou ter recebido na cidade de Puerto Quijarro - Bolívia em troca de um serviço de pintura prestado naquela urbe.

2. Da análise do conjunto probatório constante dos autos, verifica-se que não há elementos suficientes para comprovar a realização de venda da substância entorpecente pelo acusado.

3. A despeito de o réu ter previamente declarado perante as autoridades policiais a venda de parte da maconha, tal informação restou isolada nos autos, uma vez que não foi confirmada em Juízo e não há qualquer outra testemunha que ateste a suposta transação comercial realizada pelo acusado. Ao contrário, evidencia-se a condição de usuário de substância entorpecente do acusado, seja por suas declarações em juízo e perante as autoridades policiais, seja pelas declarações, em sede de inquérito, dos policiais que realizaram abordagem, apontando sinais de o acusado estar sob efeito de drogas quando da apreensão, ou ainda pelo testemunho prestado em Juízo por um dos policiais de que o réu era usuário e não mencionou qualquer venda da substância. Acresça, por fim, o Laudo de Exame Toxicológico de fls. 117/118, em que consta a condição de dependente de drogas do réu à época dos fatos, em especial de pasta-base de cocaína, tornando verossímil a versão judicial de que toda a droga encontrada (430 gramas de maconha e 02 gramas de cocaína) era exclusivamente para consumo próprio.

4. Desclassificação da conduta para o artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, de competência do Juizado Especial Criminal Federal. Apelação ministerial prejudicada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, de ofício, desclassificar o crime para o artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, com a remessa do presente feito para o Juizado Especial Criminal Federal, prejudicada a apelação ministerial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 05 de dezembro de 2017.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WILSON ZAUHY (Relator):

O Ministério Público Federal, em 12/04/2012, denunciou ROBERTO LUIZ CAVALCANTE, qualificado nos autos, de nacionalidade brasileira, desenhista, nascido aos 23/01/1983, como incurso no artigo 33, *caput*, c.c. o artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006. Consta da denúncia:

(...)

No dia 13 de março de 2012, ROBERT LUIZ CAVALCANTE foi abordado por policiais militares no Bairro Popular Velha, por externar sinais da utilização de drogas. Durante a abordagem, revistaram a mochila de ROBERT, tendo encontrado dentro dela um tablete de 430 gramas, parcialmente aberto, de uma erva prensada com características de MACONHA (posteriormente identificada como tal - fls. 33/36), bem como dois pequenos invólucros contendo substância análoga à COCAÍNA, em forma de base (posteriormente identificada como tal - fls. 30/32). Interrogado pela autoridade policial (fls. 06/07), ROBERT LUIZ CAVALCANTE declarou que foi contratado por um boliviano de nome JÚLIO, para realizar grafiteagem na fachada de um comércio em Quijarro e que como pagamento por este trabalho, recebeu um tablete de MACONHA e uma porção de COCAÍNA. Aduziu que toda a cocaína recebida e uma pequena parte da maconha foram consumidas. Também informou que uma parte da maconha foi vendida em Corumbá/MS e também trocada por “gravatas” de COCAÍNA.

Os Laudos de Exame Preliminar de Constatação de Substância (fls.11/41) e os Laudos de Perícia Criminal Federal (fls.30/36) resultaram positivo para as substâncias maconha e cocaína. Diante do quadro fático anteriormente relatado, tem-se que:

- a) A materialidade delitiva do crime de tráfico de drogas está comprovada, para efeito de oferecimento e recebimento da denúncia, pelo Auto de Prisão em Flagrante (fls.02/07), pelo Auto de Apresentação e Apreensão (fls.15), pelos Laudos de Exame Preliminar de Constatação de Substância (fls. 11/14) e pelos Laudos de Perícia Criminal Federal (fls. 30/36);
- b) os indícios suficientes de autoria, por seu turno, emergem da prisão em flagrante do denunciado (“certeza visual do crime”), pelas circunstâncias do caso e pelos depoimentos tanto dos policiais que realizaram a prisão em flagrante, como do acusado que confessou o crime;
- c) a transnacionalidade do crime de tráfico de drogas está demonstrada pelas circunstâncias do caso, bem como pela confissão do réu, que declara ter recebido a droga na Bolívia, como pagamento por serviços prestados no país vizinho. Presente, portanto, a internacionalidade do tráfico, resta configurada a causa de aumento da pena prevista no inciso I do artigo 40 da Lei nº 11.343/2006.

Portanto, considerando que ROBERT LUIZ CAVALCANTE, de forma livre e plenamente consciente da ilicitude e reprovabilidade de suas condutas, sem autorização e em desacordo com qualquer determinação legal ou regulamentar, importou, transportou e trouxe consigo,

cerca de 430 g (quatrocentos e trinta gramas) de maconha e 2g (duas gramas) de cocaína, provenientes do território boliviano o Ministério Público Federal o DENUNCIA por incurso nas penas do artigo 33, *caput* (modalidade transportar/trazer consigo), com a incidência da causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso I, todos da Lei nº 11.343/2006.

A prisão em flagrante foi convertida em prisão preventiva pela MM. Juíza Federal Substituta da 1ª Vara Federal de Corumbá, conforme fls 18/22 dos autos.

A denúncia foi recebida em 27/06/2012 (fls. 56/57).

Foi apresentado às fls. 117/118 laudo de exame toxicológico, concluindo que o réu era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Após a instrução foi proferida sentença pelo r. Juízo da 1ª Vara da Justiça Federal de Corumbá /MS, tornada pública em 12/09/2013 (fls. 139), julgando procedente a ação penal para condenar o réu como incurso nas penas do art. 33, “caput”, c.c. art. 40, inc. I, ambos da Lei nº 11.343/2006, à pena privativa de liberdade em 02 (dois) anos, 03 (três) meses e 06 (seis) dias de reclusão e 456 (quatrocentos e cinquenta e quatro) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Instado sobre seu interesse em apelar da sentença o réu manifestou-se no sentido de não possuir interesse em recorrer (fls.148/149).

Apelou o Ministério Público Federal pleiteando que não se aplique ao réu a causa de diminuição constante do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, por restar demonstrado nos autos que o acusado não é primário, se dedicava ao crime e é portador de maus antecedentes. Alternativamente requer a aplicação da referida causa de diminuição em seu patamar mínimo ou menor do que aplicado na sentença. Ainda destaca, como *custus legis*, a necessidade de adequação da multa proporcionalmente à condenação, pois esta última foi diminuída de 2/3 enquanto a multa foi reduzida em 1/3. (fls. 158/161vº).

Apresentada as contrarrazões (fls.164/168), subiram os autos a este E. Tribunal.

O Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso interposto pela acusação (fls.170/172).

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WILSON ZAUHY (Relator):

ROBERT LUIZ CAVALCANTE foi denunciado por ter ocultado no interior de sua mochila 430 gramas de maconha e 02 gramas de cocaína, encontrados por policiais militares durante revista realizada no bairro Popular Velha no município de Corumbá/MS.

A r. sentença proferida pelo MM. Juízo da 1ª Vara Federal de Corumbá/MS condenou o réu pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, combinado com artigo 40, I, ambos da Lei nº 11.343/2006 à pena de 02 anos, 03 meses e 06 dias de reclusão, em regime inicial fechado e pagamento de 454 dias-multa, arbitrado cada dia-multa em 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Apela o Ministério Público Federal, pugnando pelo afastamento da causa de diminuição do §4º, artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, tendo em vista ser o réu portador de maus antecedentes, além de não ser primário. Subsidiariamente requer a redução no patamar de aplicação da referida causa de diminuição. Na qualidade de *custus legis*, aponta a necessidade de adequação da pena de multa proporcionalmente à condenação, pois esta última foi diminuída de 2/3 enquanto a multa foi reduzida em 1/3.

TIPICIDADE. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES

O tipo penal imputado à parte ré é o seguinte:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;

DA CLASSIFICAÇÃO DO DELITO

ROBERT LUIZ CAVALCANTE foi preso em flagrante, no dia 13 de março de 2012, na posse de 430g de MACONHA e 02 g de COCAÍNA. A droga foi descoberta dentro da mochila do acusado quando policiais o abordaram no bairro Popular Velha por externar sinais de utilização de drogas. As testemunhas de acusação, tanto na fase inquisitorial quanto judicial, confirmam os fatos narrados na denúncia, ressaltando que o acusado, ao ser questionado, respondeu ter recebido a droga na cidade de Puerto Quijarro - Bolívia, e que aparentava ser usuário de droga.

Da análise do conjunto probatório constante dos autos, verifica-se que não há elementos suficientes para comprovar a realização de venda da substância entorpecente pelo acusado.

Em seu interrogatório judicial (mídia fl. 79), o acusado relatou que fora contratado por um boliviano para prestar serviços na Bolívia, tendo recebido tablete de maconha como pagamento. Asseverou ter consumido parte das drogas e compartilhado o restante com outros dependentes que estavam nas proximidades de sua casa, negando ter vendido as substâncias entorpecentes.

A despeito de o réu ter previamente declarado perante as autoridades policiais a venda de parte da maconha, tal informação restou isolada nos autos, uma vez que não foi confirmada em Juízo e não há qualquer outra testemunha que ateste a suposta transação comercial realizada pelo acusado.

Ao contrário, evidencia-se a condição de usuário de substância entorpecente do acusado, seja por suas declarações em juízo e perante as autoridades policiais, seja pelas declarações, em sede de inquérito, dos policiais que realizaram abordagem, apontando sinais de o acusado estar sob efeito de drogas quando da apreensão (fls. 02/03 e 05), ou ainda pelo testemunho prestado em Juízo por um dos policiais de que o réu era usuário e não mencionou qualquer venda da substância (mídia de fl. 79). Acresça, por fim, o Laudo de Exame Toxicológico de fls. 117/118, em que consta a condição de dependente de drogas do réu à época dos fatos, em especial de pasta-base de cocaína, tornando verossímil a versão judicial de que toda a droga encontrada

(430 gramas de maconha e 02 gramas de cocaína) era exclusivamente para consumo próprio.

Quanto à inferência da r. sentença de que não seria crível o consumo de 48 gramas de cocaína pelo acusado em curto espaço de tempo, não há qualquer prova nos autos de que tenha sido essa a quantidade efetivamente recebida pelo acusado; o único montante de cocaína apreendido, de 02 gramas, é perfeitamente compatível como quantia para consumo individual.

Destarte, a conduta praticada pelo acusado amolda-se ao tipificado pelo artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, confira-se:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Com a desclassificação da conduta para o artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, a competência para processamento e julgamento do presente feito é do Juizado Especial Federal, consoante disposição do artigo 48 da Lei nº 11.343/2006:

Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.

§ 1º. O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.

(...)

§ 5º. Para os fins do disposto no art. 76 da Lei no 9.099, de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena prevista no art. 28 desta Lei, a ser especificada na proposta.

Destaco que a competência remanesce da Justiça Federal, em consonância com o disposto no artigo 109, V da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

(...)

V - 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;

Dessa forma, ainda que se considere a conduta do acusado como compatível com o uso próprio, tal ação teve início no exterior, como confessado pelo réu, ademais, o Brasil é signatário da Convenção de Viena, sobre Substâncias Psicotrópicas, promulgada pelo Decreto nº 79.388, de 14 de março de 1977, logo, em consonância com o dispositivo acima transcrito remanesce a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito. Assim já se pronunciou esta E. Corte conforme julgado que colaciono a seguir:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. REMESSA DE 5G (CINCO GRAMAS) DE MACONHA PELO CORREIO DO EXTERIOR. ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ARTIGO 109, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DECLÍNIO

DA COMPETÊNCIA PARA O JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. ARTIGO 48, §§ 1º E 5º DA LEI 11.343/06.

I - Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Federal, com supedâneo no artigo 581, inciso X, do Código de Processo Penal, contra decisão do Juízo Federal da 7ª Vara Criminal da Subseção Judiciária de São Paulo, que indeferiu o pedido do Ministério Público Federal de declínio da competência para a Justiça Estadual, bem como concedeu *habeas corpus*, de ofício, alegando incidência do princípio da insignificância, para determinar o trancamento do inquérito policial, com o consequente arquivamento do feito..

II - Considerando a pequena quantidade de droga apreendida, [5g (cinco gramas) de componente da Cannabis Sativa L] o órgão ministerial pleiteou a remessa dos autos à Justiça Estadual de São Paulo, por entender que, configurado, em tese, o delito do art. 28 da Lei nº 11.343/06, a competência seria do Juizado Especial Criminal Estadual, por se tratar de contravenção penal, fora dos lindes de competência da Justiça Federal (fls. 28/30).

III - Afastada a qualificação do delito previsto no art. 28 da Lei de Drogas como contravenção penal. O Plenário do Supremo Tribunal Federal manifestou-se acerca da situação jurídica do crime previsto no art. 16 da Lei nº 6.368/76, em face do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, e rejeitou a tese de abolitio criminis ou de infração penal sui generis, para afirmar a natureza de crime da conduta do usuário de drogas, muito embora despenalizado (RE 430.105 QO/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJe de 26/04/2007).

IV - Nos termos do art. 109, inciso V, da Constituição Federal, a Justiça Federal é competente para o processamento e julgamento do presente feito, uma vez que a conduta perpetrada pelo agente se iniciou no estrangeiro e produziu ou deveria ter produzido o resultado no Brasil, considerando, ainda, que o Brasil é parte da Convenção de Viena, sobre Substâncias Psicotrópicas, promulgada pelo Decreto nº 79.388, de 14 de março de 1977.

V - A competência do Juizado Especial Federal se extrai do art. 48 e §§ 1º e 5º da Lei nº 11.343/06. O crime de uso de drogas deve ser processado e julgado pelo Juizado Especial Federal Criminal. Atento à competência absoluta do Juizado Especial Criminal para processar as infrações de menor potencial ofensivo, bem como considerando que a própria Lei de Drogas previu a competência para os Juizados Especiais no crime do art. 28, uso de droga, falece competência a este E. Tribunal para o processamento e julgamento deste recurso.

VI - Declina-se da competência para apreciar o presente recurso em sentido estrito, determinando a remessa dos autos à Primeira Turma Recursal Criminal da Seção Judiciária de São Paulo, prejudicada a análise do recurso em sentido estrito.

(RSE 00057072020144036181, Rel. Des. Fed. José Lunardelli, TRF3 - Décima Primeira Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/10/2014).

Diante do exposto, de ofício, desclassifico o crime para o artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, determinando a remessa dos autos para o Juizado Especial Criminal Federal para prosseguimento e julgamento do feito, prejudicada a apelação ministerial.

É o voto

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS:

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público Federal contra a sentença que condenou ROBERT LUIZ CAVALCANTE como incurso nas penas do artigo 33, *caput*, c/c artigo 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/06, às penas de 02 (dois) anos, 03 (três) meses e 06 (seis) dias de reclusão, no regime inicial fechado, e 454 (quatrocentos e cinquenta e quatro) dias-

multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Narra a peça acusatória que “no dia 13 de março de 2012, ROBERT LUIZ CAVALCANTE foi abordado por policiais militares no Bairro Popular Velha, por externar sinais da utilização de drogas. Durante a abordagem, revistaram a mochila de ROBERT, tendo encontrado dentro dela um tablete de 430 gramas, parcialmente aberto, de uma erva prensada com características de MACONHA (posteriormente identificada como tal - fls. 30/32)”.

Sendo assim, ROBERT LUIZ CAVALCANTE foi denunciado pela conduta típica descrita no artigo 33, *caput*, c/c artigo 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/06.

O Ministério Público Federal pleiteia em recurso de apelação o afastamento da causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, por restar demonstrado nos autos que o acusado não é primário, se dedicava ao crime e é portador de maus antecedentes. Alternativamente, requer a aplicação da referida causa de diminuição em seu patamar mínimo ou menor do que o aplicado na sentença. Destaca, ainda, como *custus legis*, a necessidade de adequação da pena de multa proporcionalmente à condenação, pois esta fora diminuída em 2/3, enquanto a multa foi reduzida em 1/3 (fls. 158/161).

O voto do e. Relator é no sentido de desclassificar a conduta do réu para o delito tipificado no artigo 28, da Lei nº 11.343/06, determinando a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal Federal para prosseguimento e julgamento do feito, julgando prejudicada a apelação ministerial.

Pedi vista dos autos para melhor compreensão e análise dos fatos.

É dos autos que o acusado foi preso em flagrante no dia 13 de março de 2012, na posse de 430g (quatrocentos e trinta gramas) de maconha e 02g (dois) gramas de cocaína. A droga foi encontrada no interior de sua mochila quando da abordagem policial.

Pese embora perante a autoridade policial o acusado tenha afirmado que vendera parte da droga, a qual fora recebida como forma de pagamento por um trabalho de pintura realizado na Bolívia, em seu interrogatório judicial aduziu que parte do entorpecente fora consumido por ele próprio e compartilhado com outros dependentes que estavam nas proximidades de sua casa, negando a venda.

E a corroborar a tese de que a droga era realmente para consumo próprio, constata-se que a quantidade de entorpecente apreendida é compatível com a condição de dependente químico do acusado, especialmente de pasta-base de cocaína, a qual foi constatada em Laudo de Exame Toxicológico (fls. 117/118).

E mais. A condição de armazenamento da droga, que fora encontrada na mochila do réu, sem qualquer camuflagem e com a embalagem parcialmente aberta, também evidencia que o entorpecente era para consumo próprio.

Ademais, os policiais militares que prenderam o réu em flagrante afirmaram que o abordaram em razão de aparentar sinais de utilização de drogas, tendo sido constatado que se encontrava sob o efeito de entorpecentes quando da apreensão.

Em relação à inferência da r. sentença de que não seria crível que o acusado tenha consumido 48g (quarenta e oito gramas) de cocaína em curto espaço de tempo, como bem analisado pelo e. Relator, não há qualquer prova nos autos de que ele tenha recebido tal quantidade, sendo que o montante apreendido de 02g (dois) gramas é perfeitamente compatível com o consumo individual.

Nesse sentido, a conduta do réu amolda-se ao que dispõe o artigo 28, da Lei nº 11.343/06. Vejamos:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Sendo assim, necessária é a desclassificação da conduta, devendo os autos serem remetidos, para julgamento do feito, ao Juizado Especial Criminal, consoante disposto no artigo 48, da Lei nº 11.343/06.

De resto, vale ressaltar que a competência é da Justiça Federal por se tratar de crime transnacional, vez que o próprio acusado confirmou que recebeu a droga na Bolívia com forma de pagamento.

Ante o exposto, acompanho o e. Relator para desclassificar a conduta de ROBERT LUIZ CAVALCANTE para o crime do artigo 28, da Lei nº 11.343/06, determinando a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal Federal para prosseguimento e julgamento do feito, e julgar prejudicada a apelação ministerial.

É o voto.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA:

Cuida-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Federal em face da sentença que condenou ROBERT LUIZ CAVALCANTE como incurso nas penas do artigo 33, *caput*, c/c artigo 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/06.

O e. Relator apresentou voto no sentido de desclassificar a conduta atribuída ao acusado para o crime de porte de drogas, tipificado no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, com a consequente remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal Federal para seu processamento, restando prejudicado o apelo ministerial.

Em seu voto-vista o e. Desembargador Federal Valdeci dos Santos acompanhou integralmente o voto do Relator.

Peço vênica aos meus pares para divergir.

Em princípio, o próprio acusado deixou de se insurgir contra a condenação e a pena aplicada, conformando-se, assim, com seus termos, havendo recurso do MPF apenas quanto à dosagem da pena.

Ademais, a quantidade significativa de maconha apreendida com o réu (430 gr.), assim como as 02 gramas de cocaína, *sob a forma de pasta base*, estão a denotar que o acusado não era mero usuário de droga.

E como bem concluiu o Juízo sentenciante: “Assim agindo, o réu atuou como verdadeiro agente distribuidor da droga nesta urbe, beneficiando-se tanto da sua condição de usuário quanto da ligação que possui com fornecedores de droga no país vizinho. (...) Ademais, a lei não distingue, na configuração do delito, o tráfico de quantidade maior ou menor de droga” (fls. 134).

Deveras, mesmo que verdadeira a versão dada pelo réu em Juízo, ainda assim incorreu

na conduta de tráfico de drogas, *visto ter afirmado que forneceu a outros usuários e entregou a amigos a droga trazida da Bolívia*.

O fato de que essas condutas teriam sido a título gratuito é indiferente para a configuração do delito de tráfico, conforme expressamente consignado no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.

Portanto, tendo o réu adquirido a droga no exterior, transportado para o Brasil e, após, entregue a consumo de terceiros, ainda que a título gracioso, indubitável a prática do delito de tráfico transnacional de drogas, devendo ser mantida a condenação, prosseguindo-se no julgamento da apelação ministerial.

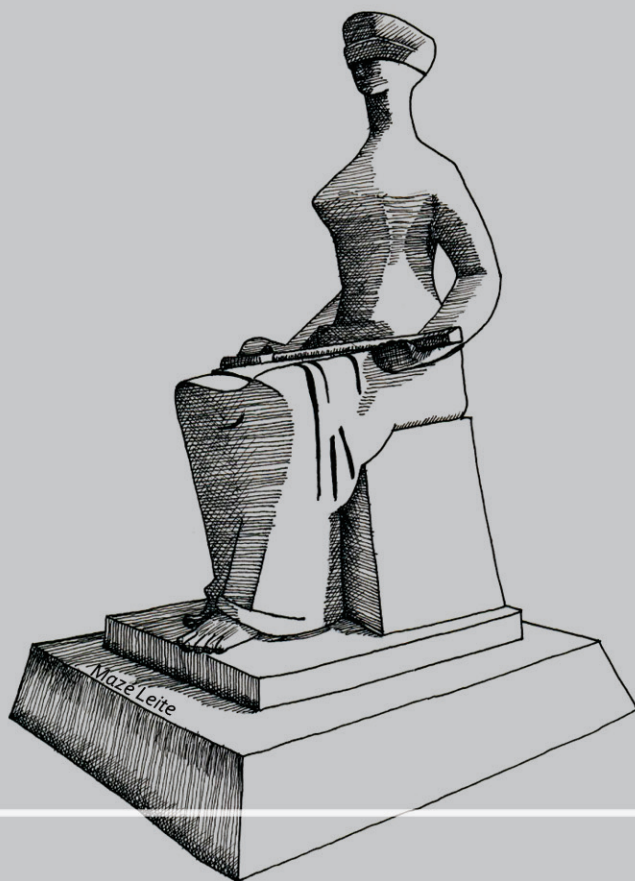
Anto, por fim, que uma vez firmada a maioria pela desclassificação, a competência para julgamento do crime do art. 28 da Lei Antidrogas pertence ao Juizado Especial Estadual e não Federal.

Nestes termos, pedindo vênias uma vez mais, mantenho a condenação do recorrido pela prática do delito de tráfico de drogas, tipificado no art. 33, *caput*, c/c artigo 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/06.

É como voto.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA

Direito Previdenciário



APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0001717-58.2010.4.03.6117

(2010.61.17.001717-0)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apeladas: JANDIRA MARTINS VIEIRA E VANESSE MARTINS VIEIRA
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JAÚ - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO
Classe do Processo: ApReeNec 1717208
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/02/2018

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. ENCARCERAMENTO ANTERIOR. QUALIDADE DE SEGURADO MANTIDA. APELAÇÃO DO INSS NÃO PROVIDA. REMESSA NECESSÁRIA PROVIDA EM PARTE.

1 - A pensão por morte é regida pela legislação vigente à época do óbito do segurado, por força do princípio *tempus regit actum*, encontrando-se regulamentada nos arts. 74 a 79 da Lei nº 8.213/91. Trata-se de benefício previdenciário devido aos dependentes do segurado falecido, aposentado ou não.

2 - O benefício independe de carência, sendo percuente para sua concessão: a) a ocorrência do evento morte; b) a comprovação da condição de dependente do postulante; e c) a manutenção da qualidade de segurado quando do óbito, salvo na hipótese de o *de cujus* ter preenchido em vida os requisitos necessários ao deferimento de qualquer uma das aposentadorias previstas no Regime Geral de Previdência Social - RGPS.

3 - A Lei nº 8.213/91, nos arts. 42 a 47, preconiza que o benefício previdenciário da aposentadoria por invalidez será devido ao segurado que tiver cumprido o período de carência exigido de 12 (doze) contribuições mensais, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para exercício da atividade que lhe garanta a subsistência.

4 - Evento morte e a condição de dependentes das autoras restaram comprovados, com a certidão de óbito, na qual consta o falecimento do Sr. Aparecido Martins Vieira em 13/08/1992 e com a certidão de casamento e de nascimento, sendo questões incontroversas.

5 - Independe de carência a concessão do benefício nas hipóteses de acidente de qualquer natureza ou causa e de doença profissional ou do trabalho, bem como ao segurado que, após filiar-se ao Regime Geral da Previdência Social - RGPS, for acometido das moléstias elencadas taxativamente no art. 151 da Lei 8.213/91.

6 - A celeuma diz respeito à condição do falecido como segurado da previdência social.

7 - A autarquia previdenciária sustenta que o *de cujus* não estava segurado quando do falecimento em 13/08/1992, porque, ao seu entendimento, quando encarcerado, em 06/01/1990 e libertado em 04/10/1991, já não mantinha a qualidade de segurado, tendo em vista que seu último vínculo de emprego e contribuições ocorreu entre 01/03/1989 e 17/05/1989, insuficiente para a re aquisição daquela.

8 - Consta das informações carcerárias do Sr. Aparecido Martins Vieira as seguintes prisões e solturas: Prisão em 09/09/1985 e soltura em 10/09/1985; Prisão em

06/01/1990 e soltura em 04/10/1991.

9 - No período de 01/03/1989 a 17/05/1989, o falecido esteve empregado, na função de pedreiro, o que o tornava segurado obrigatório da previdência social, nos termos do artigo 6º, I “a” do Decreto nº 89.312/84 e do artigo 2º, I da Lei Orgânica da Previdência Social Vigente à época, Lei nº 3.807/60.

10 - Sendo segurado obrigatório da previdência social, à época em que foi preso, em 06/01/1990, o Sr. Aparecido Martins Vieira manteve a qualidade de segurado durante todo o encarceramento.

11 - Quando colocado em liberdade em 04/10/1991, já estava vigendo a legislação atual, ou seja artigo 15, IV da Lei 8.213/91, o qual, de maneira idêntica ao Decreto 89.312/84 e LOPS, respectivamente (art. 7º, b e art. 8º, § 1º b), estipulou o prazo de 12 meses de manutenção da qualidade de segurado.

12 - No caso dos autos, cumpre salientar que o falecido era segurado obrigatório, quando preso, em 06/01/1990, por ter laborado entre 01/03/1989 e 17/05/1989, o que lhe acarretou a qualidade de segurado, independente do número de contribuições, portanto, durante todo o encarceramento manteve esta condição, que perdurou por mais doze meses após ter se livrado solto, em 04/10/1991, estando dentro do período de graça quando de seu falecimento em 13/08/1992.

13 - Embora não tendo preenchido os requisitos para o auxílio-reclusão, que à época de seu encarceramento exigia uma carência de 12 meses, o direito à pensão por morte é devido, isto porque, na vigência da Lei nº 8.213/91, o artigo 26, I, tal benefício independe de carência.

14 - No que se refere à DIB, à época do passamento vigia a Lei 8.213/91, em sua redação originária, a qual, no art. 74, previa como *dies a quo* do benefício, a data do evento morte ou da decisão judicial em caso de morte presumida.

15 - No caso, a autora Vanesse Martins Vieira (filha, menor à época do passamento) materializou sua condição de dependente perante o órgão Previdenciário na data do requerimento administrativo, em 17/06/1998 que foi finalizado em 19/10/2004 e ajuizou a presente ação em 07/10/2010, não estando as parcelas vencidas limitadas ao prazo prescricional quinquenal, tendo em vista que entre o início da contagem deste em 2008, quando completou 16 anos de idade, até o ajuizamento da presente ação, não transcorreu o prazo de 5 anos.

16 - Ressalta-se que a prescrição passou a correr da data em que ela completou 16 anos, ou seja, em 2008, nos termos dos artigos 169, I e 5º, ambos do Código Civil/1916 e artigos 198, I e 3º do Código Civil/2002.

17 - Com relação à cônjuge supérstite, deve ser observada a prescrição quinquenal, tal como estabelecido na r. sentença.

18 - A correção monetária dos valores em atraso deverá ser calculada de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal até a promulgação da Lei nº 11.960/09, a partir de quando será apurada, conforme julgamento proferido pelo C. STF, sob a sistemática da repercussão geral (Tema nº 810 e RE nº 870.947/SE), pelos índices de variação do IPCA-E, tendo em vista os efeitos *ex tunc* do mencionado pronunciamento.

19 - Os juros de mora, incidentes até a expedição do ofício requisitório, devem ser fixados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, por refletir as determinações legais e a jurisprudência dominante.

20 - Quanto aos honorários advocatícios, é inegável que as condenações pecuniárias

da autarquia previdenciária são suportadas por toda a sociedade, razão pela qual a referida verba deve, por imposição legal, ser fixada moderadamente, o que restou perfeitamente atendido com o percentual de 10% (dez por cento) estabelecido na r. sentença de primeiro grau de jurisdição.

21 - Apelação do INSS não provida. Remessa necessária provida em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso de apelação do INSS e dar parcial provimento à remessa necessária a fim de estabelecer que a correção monetária dos valores em atraso deverá ser calculada de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal até a promulgação da Lei nº 11.960/09, a partir de quando será apurada pelos índices de variação do IPCA-E, e que os juros de mora, incidentes até a expedição do ofício requisitório, sejam fixados de acordo com o mesmo Manual, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de fevereiro de 2018.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO (Relator):

Trata-se de apelação interposta pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, em ação ajuizada por JANDIRA MARTINS VIEIRA e outro, em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando a concessão do benefício de pensão por morte.

A r. sentença de fls. 178/183, julgou procedente o pedido, para condenar o INSS na implantação do benefício de pensão por morte desde a data do óbito e no pagamento das parcelas em atraso. Restou consignado que com relação à autora Jandira, deverá ser observada a prescrição quinquenal e sobre as parcelas em atraso incidirão correção monetária desde as datas dos vencimentos das prestações, bem como juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação, nos termos do artigo 406 do Código Civil e artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, até 30/06/2009 e, a partir desta data, incidência de uma única vez, até o efetivo pagamento, de índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança, nos termos do artigo 1º F, da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009. Foi deferida a tutela para imediata implantação do benefício. Houve condenação do INSS em honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado dado à causa e isenção de custas, diante da gratuidade da justiça e da legislação aplicada ao INSS. Sentença sujeita ao reexame necessário.

Em razões de apelação às fls. 186/189-verso, o INSS postula pela reforma da sentença, ao entendimento que o falecido não ostentava a qualidade de segurado, quando de sua morte, isto porque o encerramento de suas contribuições previdenciárias ocorreu em 05/1987 e as contribuições entre 01/03/1989 e 17/05/1989 não foram suficientes à reaquisição daquela, desta forma, quando do encarceramento, em 06/01/1990, o falecido estava fora do período de graça.

Intimados, os autores apresentaram contrarrazões, fl. 194/198.

Devidamente processado o recurso, foram os autos remetidos a este Tribunal Regional Federal.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO (Relator):

A pensão por morte é regida pela legislação vigente à época do óbito do segurado, por força do princípio *tempus regit actum*, encontrando-se regulamentada nos arts. 74 a 79 da Lei nº 8.213/91. Trata-se de benefício previdenciário devido aos dependentes do segurado falecido, aposentado ou não.

O benefício independe de carência, sendo percuente para sua concessão: a) a ocorrência do evento morte; b) a comprovação da condição de dependente do postulante; e c) a manutenção da qualidade de segurado quando do óbito, salvo na hipótese de o *de cujus* ter preenchido em vida os requisitos necessários ao deferimento de qualquer uma das aposentadorias previstas no Regime Geral de Previdência Social - RGPS.

O evento morte e a condição de dependentes das autoras restaram comprovados, com a certidão de óbito, na qual consta o falecimento do Sr. Aparecido Martins Vieira em 13/08/1992, (fl. 19) e com a certidão de casamento, (fl. 20) e de nascimento, (fl. 15), sendo questões incontroversas.

A celeuma diz respeito à condição do falecido como segurado da previdência social.

A autarquia previdenciária sustenta que o *de cujus* não estava segurado quando do falecimento em 13/08/1992, porque, ao seu entendimento, quando encarcerado, em 06/01/1990 e libertado em 04/10/1991, já não mantinha a qualidade de segurado, tendo em vista que seu último vínculo de emprego e contribuições ocorreu entre 01/03/1989 e 17/05/1989, insuficiente para a requalificação daquela.

Consta das informações carcerárias do Sr. Aparecido Martins Vieira as seguintes prisões e solturas (fls. 63/64):

Prisão em 09/09/1985 e soltura em 10/09/1985;

Prisão em 06/01/1990 e soltura em 04/10/1991.

Em análise à Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS do falecido, em cotejo com as informações trazidas nos dados do Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS de fls. 41, verifica-se que recolheu contribuições previdenciárias nos seguintes períodos:

Entre 21/11/1977 e 19/08/1978 Empresa Prenda S/A;

Entre 01/02/1979 e 19/05/1979 Prata Construtora Ltda;

Entre 13/06/1979 e 25/07/1979 RB Engenharia Ltda -ME;

Entre 20/09/1979 e 10/10/1980 Alvorada Segurança Ltda;

Entre 05/01/1981 e 25/02/1981 Vieira e Vieira Ltda;

Entre 05/05/1982 e 09/07/1982 Policastro Ltda - Me;

Entre 11/01/1983 e 26/01/1983 J. R. ribeiro Ltda - ME;

Entre 01/09/1983 e 16/09/1983 Policastro Construções Ltda- ME;

Entre 01/05/1985 e 31/05/1985 como autônomo;

Entre 01/07/1985 e 28/02/1986 como autônomo;
 Entre 01/09/1986 e 31/01/1987 como autônomo;
 Entre 01/03/1987 e 31/03/1987 como autônomo;
 Entre 01/05/1987 e 31/05/1987 como autônomo;
 Entre 01/03/1989 e 17/05/1989 Ecocentro Serviços de Saneamento Ltda (Transjau Teraplenagem).

Como se observa, no período de 01/03/1989 a 17/05/1989, o falecido esteve empregado, na função de pedreiro, o que o tornava segurado obrigatório da previdência social, nos termos do artigo 6º, I “a” do Decreto nº 89.312/84 e do artigo 2º, I da Lei Orgânica da Previdência Social Vigente à época, Lei nº 3.807/60:

Art. 2º Definem-se como beneficiários da previdência social: (Redação dada pela Lei nº 5.890, de 1973)

I - segurados: todos os que exercem emprego ou qualquer tipo de atividade remunerada, efetiva ou eventualmente, com ou sem vínculo empregatício, a título precário ou não, salvo as exceções expressamente consignadas nesta lei. (Redação dada pela Lei nº 5.890, de 1973)

Sendo segurado obrigatório da previdência social, à época em que foi preso, em 06/01/1990, o Sr. Aparecido Martins Vieira manteve a qualidade de segurado durante todo o encarceramento.

Outrossim, quando colocado em liberdade em 04/10/1991, já estava vigendo a legislação atual, ou seja artigo 15, IV da Lei 8.213/91, o qual, de maneira idêntica ao Decreto 89.312/84 e LOPS, respectivamente (art. 7º, b e art. 8º, § 1º b), estipulou o prazo de 12 meses de manutenção da qualidade de segurado:

Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;

II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;

III - até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;

IV - até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso;

V - até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar;

VI - até 6 (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.(* grifei)

No caso dos autos, cumpre salientar que o falecido era segurado obrigatório, quando preso, em 06/01/1990, por ter laborado entre 01/03/1989 e 17/05/1989, o que lhe acarretou a qualidade de segurado, independente do número de contribuições, portanto, durante todo o encarceramento manteve esta condição, que perdurou por mais doze meses após ter se livrado solto, em 04/10/1991, estando dentro do período de graça quando de seu falecimento em 13/08/1992.

Desta forma, embora não tendo preenchido os requisitos para o auxílio-reclusão, que à época de seu encarceramento exigia uma carência de 12 meses, o direito à pensão por morte é devido, isto porque, na vigência da Lei nº 8.213/91, o artigo 26, I, tal benefício independe de carência.

Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. QUALIDADE DE SEGURADO DO FALECIDO. EX-CÔNJUGE. SEPARAÇÃO JUDICIAL. NÃO RECEBIMENTO DE ALIMENTOS. COMPROVAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. INOCORRÊNCIA. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA.

I - A condição de segurado do falecido resta incontroversa, uma vez que entre a data do recolhimento de sua última contribuição à Previdência Social (outubro/1996; fls. 84) e a data do óbito (16.11.1997) transcorreram menos de doze meses, considerando que o reconhecimento da perda de qualidade de segurado somente ocorre no dia seguinte ao do vencimento da contribuição do contribuinte individual relativa ao mês imediatamente posterior ao término daquele prazo retro mencionado (10/1997), nos termos do art. 14 do Decreto n. 3.048/1999, ou seja, o mês posterior é novembro de 1997, e a data limite para o recolhimento desta contribuição é o 15º dia do mês seguinte, dezembro, estando albergado, portanto, pelo período de “graça” estabelecido pelo art. 15, II, da Lei n. 8.213/91. (...)

(TRF 3ª Região - AC 00046867719994036102 - AC - APELAÇÃO CÍVEL - 699282 - Décima Turma. Relator: Desembargador Federal Sergio Nascimento. Data da Decisão: 26/10/2004. Data da Publicação: 29/11/2004)

No que se refere à DIB, à época do passamento vigia a Lei 8.213/91, em sua redação originária, a qual, no art. 74, previa como *dies a quo* do benefício, a data do evento morte ou da decisão judicial em caso de morte presumida. Confira-se:

Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data do óbito ou da decisão judicial no caso de morte presumida. (redação originária)

No caso, a autora Vanesse Martins Vieira (filha, menor à época do passamento) materializou sua condição de dependente perante o órgão Previdenciário na data do requerimento administrativo, em 17/06/1998 que foi finalizado em 19/10/2004 (fls. 165/166) e ajuizou a presente ação em 07/10/2010, não estando as parcelas vencidas limitadas ao prazo prescricional quinquenal, tendo em vista que entre o início da contagem deste, em 2008, quando completou 16 anos de idade, até o ajuizamento da presente ação, não transcorreu o prazo de 5 anos.

Ressalto que a prescrição passou a correr da data em que ela completou 16 anos, ou seja, em 2008, nos termos dos artigos 169, I e 5º, ambos do Código Civil/1916 e artigos 198, I e 3º do Código Civil/2002.

Com relação à cônjuge supérstite, deve ser observada a prescrição quinquenal, tal como estabelecido na r. sentença.

A correção monetária dos valores em atraso deverá ser calculada de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal até a promulgação da Lei nº 11.960/09, a partir de quando será apurada, conforme julgamento proferido pelo C. STF, sob a sistemática da repercussão geral (Tema nº 810 e RE nº 870.947/SE), pelos índices de variação do IPCA-E, tendo em vista os efeitos *ex tunc* do mencionado pronunciamento.

Os juros de mora, incidentes até a expedição do ofício requisitório, devem ser fixados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, por refletir as determinações legais e a jurisprudência dominante.

Quanto aos honorários advocatícios, é inegável que as condenações pecuniárias da autarquia previdenciária são suportadas por toda a sociedade, razão pela qual a referida verba deve, por imposição legal, ser fixada moderadamente, o que restou perfeitamente atendido com o percentual de 10% (dez por cento) estabelecido na r. sentença de primeiro grau de jurisdição.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de apelação do INSS e dou parcial provimento à remessa necessária a fim de estabelecer que a correção monetária dos valores em atraso deverá ser calculada de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal até a promulgação da Lei nº 11.960/09, a partir de quando será apurada pelos índices de variação do IPCA-E, e que os juros de mora, incidentes até a expedição do ofício requisitório, serão fixados de acordo com o mesmo Manual.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0001853-11.2012.4.03.6109
(2012.61.09.001853-1)

Apelante: AFFONSO DE CARVALHO
 Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE PIRACICABA - SP
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA
 Classe do Processo: Ap 2013906
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/02/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE RENDA MENSAL VITALÍCIA. RECEBIDO INDEVIDAMENTE POR TERCEIRO. MÁ-FÉ.

1. Após o óbito da beneficiária, o autor, que era seu procurador perante o INSS, recebeu indevidamente o benefício.
2. Não há que se falar em boa-fé de quem não tinha qualquer relação com o INSS e recebeu benefício que pertencia a terceiro.
3. A ocultação da morte da falecida esposa, com a apresentação posterior de atestados médicos falsos, demonstram a má-fé do autor.
4. Caracterizada a má-fé, os valores indevidamente recebidos serem restituídos ao INSS.
5. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 30 de janeiro de 2018.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelação nos autos de ação em que se objetiva a declaração de inexigibilidade dos valores recebidos pelo autor Affonso de Carvalho. Alega o autor que era marido de Silveria Marmontel de Carvalho e que sua esposa recebia renda mensal vitalícia por incapacidade, sendo que ela veio a falecer em 31/01/2000. Aduz que após onze anos após a morte de sua esposa, recebeu notificação do INSS objetivando a cobrança dos valores da renda mensal vitalícia correspondente a 01/01/2000 a 31/12/05, ou seja, recebidos após a morte da beneficiária. Alega a ocorrência da decadência e do recebimento dos valores a título de boa fé.

O MM. Juízo *a quo* afastou a decadência e julgou improcedente o pedido, sob o funda-

mento de que o autor agiu de má-fé, pois recebeu benefício previdenciário de terceiro, deixando de condená-lo em honorários advocatícios por ser beneficiário da justiça gratuita.

Apela o autor, pleiteando a reforma da r. sentença, sob a alegação de ter ocorrido a decadência e de ter agido de boa-fé.

Sem contrarrazões, subiram os autos.

Os autos anteriormente distribuídos à 1ª Turma em 10/11/2014 (fl. 175/vº), foram-me redistribuídos em 02/10/2017 (fl. 179).

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

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

Por primeiro, não há que se falar em decadência.

Dispõe o Art. 103-A, da Lei 8.213/91:

Art. 103-A. O direito da Previdência Social de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os seus beneficiários decai em dez anos, contados da data em que foram praticados, *salvo comprovada má-fé*. (Incluído pela Lei nº 10.839, de 2004) g.n

Nos presentes autos não se discute revisão de ato administrativo, mas, sim, cessação de um benefício que deveria ter sido cancelado e que foi recebido irregularmente por terceiro, no caso, autor desta ação.

Ademais, o autor não é beneficiário de ato administrativo, e sim sua esposa falecida. O apelante está sendo cobrado por ato de má-fé praticado por ter recebido a renda mensal vitalícia, que fora concedido à sua esposa, após a morte desta. Não havia qualquer relação jurídica entre o INSS e o autor.

Assim, a decadência é inaplicável no caso dos autos.

Passo à análise da matéria de fundo.

A segurada falecida Silveria Marmontel de Carvalho recebia o benefício renda mensal vitalícia por incapacidade desde 13/08/76 (fl. 65) e faleceu em 31/01/2000 (fl. 19). A partir de então, o benefício passou a ser indevido.

Entretanto, houve recebimento, após a morte da segurada falecida Silveria Marmontel de Carvalho, do referido benefício, no período de 01/01/2000 a 31/12/05 pelo autor (fls. 68/69), que era procurador da segurada perante o INSS (fl. 66).

Como bem fundamentou o douto Juízo sentenciante:

À f. 73 dos autos consta a certidão de óbito de Silvéria Marmontel de Carvalho, evento ocorrido em, 31.01.2000. A despeito de sua morte, o benefício previdenciário em questão continuou a ser sacado pelo autor, dada sua condição de procurador de Silvéria junto ao INSS, conforme documento de fl. 66. O autor, além de ocultar do INSS a morte de sua esposa, utilizou-se de ardis para manter o recebimento desse benefício, apresentando atestados médicos falsos ao INSS (fls. 77 e 79) com a finalidade de tentar provar que sua esposa continuava viva. Tentou o autor, já em 30.01.2006, proceder ao seu recadastramento como procurador de sua falecida esposa junto ao INSS, como demonstra o documento de fl. 78.

Não há que se falar em boa-fé de quem não tinha qualquer relação com o INSS e recebeu benefício que pertencia a terceiro.

Acresça-se que a ocultação da morte da falecida esposa no ano de 2000 e a tentativa de recadastrá-la no ano de 2006 (fl. 78), com a apresentação de atestados médicos falsos dos anos de 2002 e 2006 (fls. 77 e 79), demonstram, claramente, a má-fé do autor.

Assim, diante dos fatos, restou caracterizada a má-fé do autor Affonso de Carvalho, devendo os valores de fls. 68/69 serem restituídos ao INSS.

Nesse sentido, já decidiu esta 10ª Turma:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO RECEBIDO DE MÁ-FÉ. DEVOLUÇÃO DOS VALORES INDEVIDAMENTE RECEBIDOS.

1. Comprovada a má-fé da parte autora no recebido da aposentadoria por idade, diante das provas acostadas aos autos e do depoimento pessoal da segurada no processo administrativo disciplinar aberto pelo INSS em face de seus servidores.

2. O e. Supremo Tribunal Federal apenas permite o reconhecimento da inexigibilidade de débitos recebidos de boa fé, o que não é o caso dos autos. (STF, MS 26085, Relatora Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno; STF, RE 587371, Relator Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno; RE 638115, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno; STF, ARE 734242 AgR, Relator Min. Roberto Barroso, Primeira Turma.

3. Apelação desprovida.

(TRF3, AC 00002320220144036111, 10ª Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/11/2016).

Destarte, é de se manter a r. sentença tal como posta.

Tendo em vista a apresentação de documentos médicos falsos (fls. 77 e 79) e a tentativa do autor em proceder ao seu recadastramento como procurador de sua falecida esposa junto ao INSS em 2006, após o óbito, determino a extração de cópia do processo integral em testilha, e encaminhamento ao Ministério Público Federal para a apuração da conduta na área criminal.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0007372-21.2013.4.03.6112

(2013.61.12.007372-5)

Recorrente: FÁTIMA APARECIDA NUVOLI DE OLIVEIRA

Recorrido: V. ACÓRDÃO DE FLS.

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelada: FÁTIMA APARECIDA NUVOLI DE OLIVEIRA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA – VICE-PRESIDENTE

Classe do Processo: Ap 2207507

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/02/2018

DECISÃO

Cuida-se de recurso especial interposto pelo segurado a desafiar acórdão proferido por órgão fracionário deste E. Tribunal Regional Federal.

DECIDO.

A matéria encontra-se devidamente prequestionada e o recurso preenche os requisitos genéricos de admissibilidade.

Cinge-se a controvérsia à possibilidade de reafirmação da DER (data de entrada do requerimento administrativo) mediante o cômputo de tempo de contribuição posterior ao ajuizamento da ação, para fins de implementação dos requisitos necessários à concessão de benefício previdenciário.

O tema perpassa pela aplicação do art. 493 do Código de Processo Civil de 2015 (art. 462 do CPC/73), o qual estabelece incumbir ao magistrado considerar, no momento de proferir a decisão, ato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito, ainda que posterior ao ajuizamento da ação.

A questão encontra soluções jurídicas dissonantes em nossos tribunais, remanescendo dúvidas não apenas quanto à possibilidade de aplicação dos dispositivos acima destacados, como também no tocante ao momento processual oportuno para veicular a tese e aos aspectos relacionados ao direito probatório.

Por um lado, há decisões no âmbito do C. Superior Tribunal de Justiça a inviabilizar a reafirmação da DER com base no princípio da adstrição ou congruência. A título ilustrativo, destaco o seguinte aresto (grifei):

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. VIOLAÇÃO DO ART. 462 DO CPC NÃO CARACTERIZADA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ANÁLISE PREJUDICADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Em relação à caracterização de fato superveniente ao ajuizamento da ação, de caráter constitutivo do direito, cumpre asseverar que a ação foi ajuizada para reconhecimento de aposentadoria por tempo de serviço, sob a égide da legislação previdenciária em vigor até a edição da Emenda Constitucional 20/1998. Portanto, todo o tempo de serviço ou contribuições previdenciárias a serem computadas devem estar inseridos no período básico de cálculo em questão.

2. As contribuições previdenciárias vertidas após o requerimento administrativo ou o ajuizamento da ação não serão computadas para fins do benefício requerido, pois todo o tempo de serviço deverá ser anterior à EC 20/1998.

3. *O fato superveniente deve guardar pertinência com a causa de pedir e pedido inicial. Considerar as contribuições previdenciárias vertidas após o ajuizamento da ação implicaria em alteração da causa de pedir.*

4. Por fim, resta prejudicada a análise do alegado dissídio jurisprudencial, considerando que a tese sustentada foi afastada por ocasião do exame do recurso pela alínea “a” do permissivo constitucional.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 828.552/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 13/04/2016)

Em decisão mais recente, todavia, a E. Segunda Turma daquela Corte Superior assegurou o cômputo do tempo de contribuição posterior à data de ajuizamento da ação, não estabelecendo balizas quanto ao momento processual oportuno para a formulação do pleito. Confira-se, *in verbis*:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. FATO SUPERVENIENTE. ART. 462 DO CPC/1973. REAFIRMAÇÃO DA DER. POSSIBILIDADE.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem consignou que “para a reafirmação da DER, somente é possível o cômputo de tempo de contribuição, especial ou comum, até a data do ajuizamento da ação.”

2. O STJ firmou orientação de que “o fato superveniente contido no artigo 462 do CPC deve ser considerado no momento do julgamento a fim de evitar decisões contraditórias e prestigiar os princípios da economia processual e da segurança jurídica” (EDcl no AgRg nos EDcl no REsp 621.179/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 5/2/2015).

3. Especificamente no que se refere ao cômputo de tempo de contribuição no curso da demanda, a Primeira Turma do STJ, ao apreciar situação semelhante à hipótese dos autos, concluiu ser possível a consideração de contribuições posteriores ao requerimento administrativo e ao ajuizamento da ação, reafirmando a DER para a data de implemento das contribuições necessárias à concessão do benefício. No mesmo sentido: REsp 1.640.903/PR, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 15.2.2017.

4. Recurso Especial provido para determinar o retorno dos autos à origem para que sejam contabilizadas as contribuições realizadas até o momento da entrega da prestação jurisdicional. (REsp 1640310/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 27/04/2017)

Nesta E. Corte, por sua vez, há entendimentos nos dois sentidos (v.g.: Sétima Turma, AC nº 1769095 - proc. Nº 0013280-31.2009.4.03.6102, rel. Desembargador Federal Fausto de Sanctis, julgado em 22/05/2017, E-DJF3 de 02/06/2017; Oitava Turma, APELREEX nº 2167857 - proc. nº 0000322-90.2013.4.03.6128, rel. Desembargador Federal David Dantas, julgado em 20/02/2017, E-DJF3 de 08/03/2017)

A importância do tema e a sua grande propensão à reincidência são indúvidosas, justificando a seleção de recursos como representativos de controvérsia, na forma do artigo 1.036, § 1º, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, ADMITO o recurso especial, e o faço nos termos do artigo 1.036, § 1º, do CPC, qualificando-o como representativo de controvérsia.

Para efeito do disposto no Regimento Interno do E. Superior Tribunal de Justiça, fixo os seguintes pontos:

1 - Questão de direito:

Discute-se a possibilidade de reafirmação da DER (data de entrada do requerimento administrativo) mediante o cômputo de tempo de contribuição posterior ao ajuizamento da ação, para fins de implementação dos requisitos necessários à concessão de benefício previdenciário.

2 - Sugestão de redação da controvérsia:

Possibilidade de se considerar o tempo de contribuição posterior ao ajuizamento da ação, reafirmando-se a DER para o momento de implementação dos requisitos necessários à concessão de benefício previdenciário:

I - aplicação do art. 493 do CPC/15 (art. 462 do CPC/73);

II - delimitação do momento processual oportuno para se requerer a reafirmação da DER, bem assim para apresentar provas ou requerer a sua produção.

Anoto, em complemento e para efeito de distribuição por eventual prevenção na superior instância, que admiti, nesta mesma data e para a mesma finalidade, os recursos especiais interpostos nos autos dos Processos TRF3 nº 0032692-18.2014.4.03.9999; 0038760-47.2015.4.03.9999 e 0040046-94.2014.4.03.9999.

São Paulo, 23 de janeiro de 2018.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Vice-Presidente

APELAÇÃO CÍVEL
0039254-77.2013.4.03.9999
(2013.03.99.039254-9)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelado: ANTONIO JOSÉ DE AREDES

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE RIO CLARO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES

Classe do Processo: Ap 1915864

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/01/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO. REMESSA NECESSÁRIA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO. COMPROVAÇÃO DAS CONDIÇÕES ESPECIAIS. EXPLOSIVOS. MINEIROS DE SUPERFÍCIE. IMPLEMENTAÇÃO DOS REQUISITOS. DIB. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. MANUAL DE CÁLCULOS NA JUSTIÇA FEDERAL E LEI Nº 11.960/2009. HONORÁRIOS DE ADVOGADO MANTIDOS.

1. Valor da condenação superior a 60 salários mínimos. Inaplicável o §2º do artigo 475 do CPC/73. Remessa oficial tida por ocorrida.
2. São requisitos para a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, de acordo com os arts. 52 e 142 da Lei 8.213/91, a carência e o recolhimento de contribuições, ressaltando-se que o tempo de serviço prestado anteriormente à Emenda Constitucional 20/98 equivale a tempo de contribuição, a teor do seu art. 4º.
3. Deve ser observada a legislação vigente à época da prestação do trabalho para o reconhecimento da natureza da atividade exercida pelo segurado e os meios de sua demonstração.
4. A especialidade do tempo de trabalho é reconhecida por mero enquadramento legal da atividade profissional (até 28/04/95), por meio da confecção de informativos ou formulários (no período de 29/04/95 a 10/12/97) e via laudo técnico ou Perfil Profissiográfico Previdenciário (a partir de 11/12/97).
5. A atividade de mineiro, ou a ela equiparada, é insalubre, enquadrada junto ao código 2.3.3 do Decreto nº 53.831/64 e ao item 1.2.12 do Decreto nº 83.080/79.
6. O autor cumpriu o requisito temporal e a carência prevista na Lei de Benefícios, fazendo jus à aposentadoria por tempo de serviço integral, nos termos do art. 201, §7º, I, da Constituição da República.
7. Juros e correção monetária de acordo com os critérios do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, naquilo que não conflitar como o disposto na Lei nº 11.960/2009. Correção de ofício.
8. Honorários de advogado mantidos. Sentença proferida na vigência do Código de Processo Civil/73. Inaplicabilidade da sucumbência recursal prevista no artigo 85, § 11º do CPC/2015.
9. Sentença corrigida de ofício. Preliminar acolhida. Apelação do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e remessa necessária, tida por ocorrida, não providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, corrigir, de ofício, a sentença para fixar os critérios de atualização do débito, acolher a matéria preliminar e, no mérito, negar provimento à apelação do INSS e à remessa oficial, tida por ocorrida, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 11 de dezembro de 2017.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO DOMINGUES (Relator):

Trata-se de ação ordinária em que se objetiva a concessão de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição, mediante o reconhecimento do labor rural, bem como de período trabalhado em atividades especiais, sua conversão em tempo comum e cômputo aos demais períodos de trabalho urbano.

A sentença julgou procedente o pedido para reconhecer como laborado(s) em atividade(s) especial(ais) o(s) período(s) de 01/11/1975 a 30/04/1980; 01/05/1980 a 08/08/1984 e 10/08/1984 a 30/09/1992, determinando ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS a *concessão da aposentadoria por tempo de serviço integral*, com DIB no requerimento administrativo, condenando-o, em consequência, ao pagamento das parcelas em atraso, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora. Condenou o réu, também, ao pagamento de honorários de advogado, fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação, considerado como termo final desta a data da sentença, nos termos da Súmula nº 111 do C. STJ.

Dispensado o reexame necessário, nos termos do §2º / 3º do artigo 475 do Código de Processo Civil/73.

Apela o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, alegando, preliminarmente, o cabimento do reexame necessário na espécie. No mérito, alega que o autor não comprovou o exercício de atividade especial de forma habitual e permanente, sendo insuficiente o conjunto probatório produzido.

Contrarrrazões pela parte apelada, requerendo a manutenção da sentença.

É o relatório.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO DOMINGUES (Relator):

Preliminarmente, considerando que a sentença foi proferida sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, passo ao exame da admissibilidade da remessa oficial prevista no seu artigo 475.

Embora não seja possível, de plano, aferir-se o valor exato da condenação, pode-se concluir, pelo termo inicial do benefício (12/05/2006) seu valor aproximado e a data da sentença (17/06/2013) que o valor total da condenação ultrapassará a importância de 60 (sessenta)

salários mínimos estabelecida no § 2º.

Assim, tenho por ocorrida a remessa oficial.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação.

Aposentadoria por tempo de serviço/contribuição - requisitos

A aposentadoria por tempo de serviço, atualmente denominada aposentadoria por tempo de contribuição, admitia a forma proporcional e a integral antes do advento da Emenda Constitucional 20/98, fazendo jus à sua percepção aqueles que comprovem tempo de serviço (25 anos para a mulher e 30 anos para o homem na forma proporcional, 30 anos para a mulher e 35 anos para o homem na forma integral) desenvolvido totalmente sob a égide do ordenamento anterior, respeitando-se, assim, o direito adquirido.

Aqueles segurados que já estavam no sistema e não preencheram o requisito temporal à época da Emenda Constitucional 20 de 15 de dezembro de 1998, fazem jus à aposentadoria por tempo de serviço proporcional desde que atendam às regras de transição expressas em seu art. 9º, caso em que se conjugam o requisito etário (48 anos de idade para a mulher e 53 anos de idade para o homem) e o requisito contributivo (pedágio de 40% de contribuições faltantes para completar 25 anos, no caso da mulher e para completar 30 anos, no caso do homem).

Atualmente, são requisitos para a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, de acordo com os arts. 52 e 142 da Lei 8.213/91, a carência e o recolhimento de contribuições (30 anos para a mulher e 35 anos para o homem), ressaltando-se que o tempo de serviço prestado anteriormente à referida Emenda equivale a tempo de contribuição, a teor do art. 4º da Emenda Constitucional 20/98.

Aposentadoria Especial

A aposentadoria por tempo de serviço especial teve assento primeiro no artigo 31 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, Lei Orgânica da Previdência Social - LOPS, que estabeleceu que seria concedida ao segurado que, contando no mínimo 50 (cinquenta) anos de idade e 15 (quinze) anos de contribuições, tivesse trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme a atividade profissional, em serviços que, para esse efeito, fossem considerados penosos, insalubres ou perigosos, por Decreto do Poder Executivo.

Prevê ainda, o mencionado diploma legal, no art. 162, o reconhecimento de atividade especial prestada em data anterior à sua edição, na hipótese de seu cômputo ser mais benéfico ao segurado.

Como assentado pelas Cortes Superiores “tal hipótese, apesar de similar, não se confunde com a questão da legislação aplicável ao caso de concessão de aposentadoria, tampouco com aquela que diz respeito à possibilidade de aplicação retroativa da lei nova que estabeleça restrição ao cômputo do tempo de serviço. (...) Interpretação diversa levaria à conclusão de que o segurado, sujeito a condições insalubres de trabalho, só teria direito à aposentadoria especial após 15, 20 e 25 anos de trabalho exercida depois da Lei nº 3.807/60, desconsiderando, portanto, todo o período de labor, também exercido em tal situação, porém em data anterior à lei de regência” (Ag Rg no REsp nº 1015694, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza Assis de Moura, DJe 01/02/2011)

Essa norma foi expressamente revogada pela Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973, que passou a discipliná-la no artigo 9º, alterando, em efeitos práticos, apenas o período de carência de 15 (quinze) anos para 5 (cinco) anos de contribuição, mantendo no mais a redação original.

Sobreveio, então, o Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979, reclassificando as atividades profissionais segundo os agentes nocivos e os grupos profissionais tidos por perigosos,

insalubres ou penosos, com os respectivos tempos mínimos de trabalho.

Importante ressaltar que os Decretos nºs. 53.831/64 e 83.080/79 tiveram vigências simultâneas, de modo que, conforme reiteradamente decidido pelo C. STJ, havendo colisão entre as mencionadas normas, prevalece a mais favorável ao segurado. (REsp nº 412351, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 21/10/2003, DJ 17/11/2003, pág. 355).

As atividades insalubres previstas nas aludidas normas são meramente exemplificativas, podendo outras funções ser assim reconhecidas, desde que haja similitude em relação àquelas legalmente estatuídas ou, ainda, mediante laudo técnico-pericial demonstrativo da nocividade da ocupação exercida. Nesse sentido, o verbete 198 da Súmula do TFR.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a matéria passou a ser prevista no inciso II do artigo 202 e disciplinada no artigo 57 da Lei nº 8.213/91, cuja redação original previa que o benefício de aposentadoria especial seria devido ao segurado que, após cumprir a carência exigida, tivesse trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme a atividade profissional, sujeito a condições especiais que prejudicassem a saúde ou a integridade física, restando assegurada, ainda, a conversão do período trabalhado no exercício de atividades danosas em tempo de contribuição comum (§3º).

Em seguida, foi editada a Lei nº 9.032/95, alterando o artigo 57 da Lei nº 8.213/91, dispondo que a partir desse momento não basta mais o mero enquadramento da atividade exercida pelo segurado na categoria profissional considerada especial, passando a ser exigida a demonstração da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, químicos, físicos e biológicos, que poderá se dar por meio da apresentação de informativos e formulários, tais como o SB-40 ou o DSS-8030.

Posteriormente, com a edição do Decreto nº 2.172, de 05/03/1997, que estabeleceu requisitos mais rigorosos para a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, passou-se a exigir-se a apresentação de laudo técnico para a caracterização da condição especial da atividade exercida. Todavia, por se tratar de matéria reservada à lei, tal exigência apenas tem eficácia a partir da edição da Lei nº 9.528, de 10/12/1997.

Cumpra observar que a Lei nº 9528/97 também passou a aceitar o Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, documento que busca retratar as características de cada emprego do segurado, de forma a facilitar a futura concessão de aposentadoria especial. Assim, identificado no documento o perito responsável pela avaliação das condições de trabalho, é possível a sua utilização para comprovação da atividade especial em substituição ao laudo pericial.

Ressalto que no tocante ao reconhecimento da natureza da atividade exercida pelo segurado e à forma da sua demonstração, deve ser observada a legislação vigente à época da prestação do trabalho, conforme jurisprudência pacificada da matéria (STJ - Pet 9.194/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/05/2014, DJe 03/06/2014).

A extemporaneidade do documento comprobatório das condições especiais de trabalho não prejudica o seu reconhecimento como tal, “pois a situação em época remota era pior ou ao menos igual a constatada na data da elaboração do laudo, tendo em vista que as condições do ambiente de trabalho só melhoraram com a evolução tecnológica.” (Des. Fed. Fausto De Sanctis, AC nº 2012.61.04.004291-4, j. 07/05/2014)

Especificamente em relação ao ruído, o Decreto nº 53.831/64 considerava insalubre o labor desempenhado com exposição permanente a ruído acima de 80 dB; já o Decreto nº 83.080/79 fixava a pressão sonora em 90 dB. Na medida em que as normas tiveram vigência simultânea, prevalece disposição mais favorável ao segurado (80 dB).

Com a edição do Decreto nº 2.172/97, a intensidade de ruído considerada para fins de reconhecimento de insalubridade foi elevada para 90 dB, mas, em 2003, essa medida foi reduzida para 85 dB, por meio do Decreto nº 4.882, de 18 de novembro de 2003.

Até 09 de outubro de 2013, os Tribunais adotavam o enunciado pela Súmula nº 32 da TNU. Contudo, esta Súmula foi cancelada em decorrência do julgamento da PET 9059 pelo Superior Tribunal de Justiça (Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, j. 28/08/2013, DJe 09/09/2013) cujo entendimento foi sufragado no julgamento do REsp 1398260/PR (Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, j. 14/05/2014, DJe 05/12/2014), sob a sistemática dos recursos repetitivos.

Em relação ao agente ruído, vigora o princípio do *tempus regit actum*. Considera-se especial a atividade desenvolvida acima do limite de 80dB até 05/03/1997, quando foi editado o Decreto nº 2.172/97, a partir de então deve-se considerar especial a atividade desenvolvida acima de 90dB até 18/11/2003, quando foi editado o Decreto nº 4882/2003. A partir de 19/11/2003 o limite passou a ser de 85 dB.

Saliente-se que a especialidade do tempo de trabalho é reconhecida por mero enquadramento legal da atividade profissional (até 28/04/95), por meio da confecção de informativos ou formulários (no período de 29/04/95 a 10/12/97) e via laudo técnico ou perfil profissiográfico previdenciário (a partir de 11/12/97).

É corrente em nossos tribunais a tese de que sempre se exigiu laudo técnico para comprovar a exposição do trabalhador aos agentes físicos ruído e calor em níveis superiores aos limites máximos de tolerância. Entretanto, no tocante às atividades profissionais exercidas até 10/12/97 - quando ainda não havia a exigência legal de laudo técnico -, essa afirmação deve ser compreendida, não na literalidade, mas no sentido de ser necessário o atesto efetivo e seguro dos níveis de intensidade dos agentes nocivos a que o trabalhador esteve exposto durante sua jornada laboral.

Logo, para as atividades profissionais exercidas até 10/12/97, é suficiente que os documentos apresentados façam expressa menção aos níveis de intensidade dos agentes nocivos.

Uso de equipamento de proteção individual - EPI, como fator de descaracterização do tempo de serviço especial

A questão foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE nº 664335, da relatoria do E. Ministro Luiz Fux, com reconhecimento de repercussão geral, na data de 04.12.2014, em que restou decidido que o direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo à sua saúde, de modo que, se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade, não haverá respaldo constitucional ao reconhecimento das atividades especiais.

Restou assentado também que, na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual - EPI, não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria.

O fato de a empresa fornecer equipamento de proteção individual - EPI para neutralização dos agentes agressivos não afasta, por si só, a contagem do tempo especial, pois cada caso deve ser examinado em suas peculiaridades, comprovando-se a real efetividade do aparelho e o uso permanente pelo empregado durante a jornada de trabalho. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1428183/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 25/02/2014, DJe 06/03/2014).

Ainda, conforme a jurisprudência citada, tratando-se especificamente do agente nocivo ruído, desde que em níveis acima dos limites legais, constata-se que, apesar do uso de Equipamento de Proteção Individual (protetor auricular) reduzir a agressividade do ruído a um nível tolerável, até no mesmo patamar da normalidade, a potência do som em tais ambientes causa danos ao organismo que vão muito além daqueles relacionados à perda das funções auditivas.

Conversão do tempo de serviço especial em comum

Deve ser afastada qualquer tese de limitação temporal de conversão de tempo de serviço especial em comum, seja em períodos anteriores à vigência da Lei nº 6.887, de 10/12/1980, ou posteriores a Lei nº 9.711, de 20/11/1998, permanecendo, assim, a possibilidade legal de conversão, inclusive para períodos posteriores a maio de 1998, uma vez que a norma prevista no artigo 57, § 5º, da Lei nº 8.213/91 permanece em vigor, tendo em vista que a revogação pretendida pela 15ª reedição da MP 1663 não foi mantida quando da conversão na Lei nº 9.711/98. Nesse sentido decidiu a Terceira Seção do STJ no Resp 1.151.363/MG, Relator Ministro Jorge Mussi, data do julgamento: 23/03/2011.

O Decreto nº 83.080/79 foi renovado pelo Decreto nº 3.048/99 e este, por sua vez, prevê expressamente em seu art. 70 e seguintes (na redação dada pelo Decreto nº 4.827/03), que os fatores de conversão (multiplicadores) nele especificados aplicam-se na conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum ao trabalho prestado em qualquer período.

Caso concreto - elementos probatórios

Atividade especial

De início, verifica-se que a controvérsia cinge-se à especialidade das atividades trabalhadas no(s) período(s) de 01/11/1975 a 30/04/1980; 01/05/1980 a 08/08/1984 e 10/08/1984 a 30/09/1992.

Quanto ao reconhecimento da insalubridade, é possível o enquadramento dos períodos mencionados, pois o Autor respondia “pelo uso de explosivos, durante os períodos acima indicados, devidamente habilitado por documentações expedidas pela Delegacia da Polícia Científica, (Divisão de Produtos Controlados), pelo Ministério da Guerra, no preparo de explosivos para detonação da pedreira, propiciando material para moagem destinados à fabricação de pó calcáreo e outras matérias primas. Os perigos na preparação dos explosivos para detonação na pedreira, bem como todos os demais agentes agressivos existentes no local (ruído, sílica mineral, poeira, vento, chuva...)”, como de labor especial, nos termos dos códigos 1.2.12 (trabalho em pedreiras - agentes químicos como sílica, cimento), do Decreto nº 83.080/79 e código 2.3.3, do Decreto 53.831/64 (mineiros de superfície).

Observo que nos formulários há a anotação de habitualidade e permanência, de forma que competia à Autarquia a impugnação específica do documento. E mais, entendo que o segurado não pode ser responsabilizado na seara previdenciária por irregularidades administrativas.

Desta forma, considerando o tempo de serviço especial reconhecido nos autos, bem como o tempo comum constante no CNIS, verifica-se que à época da data do requerimento administrativo a parte autora já havia preenchido o tempo de serviço necessário à concessão do benefício e cumprido a carência mínima exigida pela Lei de Benefícios.

Sendo assim, verifica-se que o autor ultrapassou os 35 anos exigidos para a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço integral, nos termos do art. 201, §7º, I, da Constituição da República, motivo pelo qual o pedido deve ser julgado procedente.

O termo inicial do benefício deve ser fixado na data do requerimento administrativo

(12/05/2006), uma vez que a parte autora demonstrou que já havia preenchido os requisitos necessários à concessão do benefício desde então.

Considerando que a prescrição não corre durante o curso do processo administrativo e que a ação foi ajuizada dentro do prazo de 5 anos contado do seu término, não se pode falar em prescrição quinquenal. Assim, são devidas as parcelas não pagas desde a data do requerimento formulado perante o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, termo inicial do benefício, como acima fixado. Precedentes (AgRg no REsp 1436219/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 09/06/2014).

No que tange aos critérios de atualização do débito, por tratar-se de consectários legais, revestidos de natureza de ordem pública, são passíveis de correção de ofício, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. ART. 1º-F DA LEI N. 9.494/97. APLICAÇÃO IMEDIATA. ART. 5º DA LEI N. 11.960/09. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL POR ARRASTAMENTO (ADIN 4.357/DF). ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA APLICÁVEL: IPCA. JULGAMENTO DE ADI NO STF. SOBRESTAMENTO. INDEFERIMENTO.

.....
5. A correção monetária e os juros de mora, como consectários legais da condenação principal, possuem natureza de ordem pública e podem ser analisados até mesmo de ofício, bastando que a matéria tenha sido debatida na Corte de origem. Logo, não há falar em *reformatio in pejus*.

.....
(AgRg no AREsp 288026/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 20/02/2014)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OBSERVÂNCIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO. NÃO OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO NON *REFORMATIO IN PEJUS* E DA INÉRCIA DA JURISDIÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA QUE NÃO DEPENDE DE RECURSO VOLUNTÁRIO PARA A CORTE ESTADUAL.

1. A correção monetária, assim como os juros de mora, incide sobre o objeto da condenação judicial e não se prende a pedido feito em primeira instância ou a recurso voluntário dirigido à Corte estadual. É matéria de ordem pública, cognoscível de ofício em sede de reexame necessário, máxime quando a sentença afirma a sua incidência, mas não disciplina expressamente o termo inicial dessa obrigação acessória.

2. A explicitação do momento em que a correção monetária deverá incidir no caso concreto feita em sede de reexame de ofício não caracteriza *reformatio in pejus* contra a Fazenda Pública estadual, tampouco ofende o princípio da inércia da jurisdição.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1291244/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 05/03/2013)

Assim, corrijo a sentença, e estabeleço que para o cálculo dos juros de mora aplicam-se os critérios estabelecidos no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal vigente à época da elaboração da conta de liquidação. Quanto à correção monetária, acompanho o entendimento firmado pela Sétima Turma no sentido da aplicação do Manual de Cálculos, naquilo que não conflitar como o disposto na Lei nº 11.960/2009, aplicável às condenações impostas à Fazenda Pública a partir de 29 de junho de 2009.

Com relação aos honorários de advogado, estes devem ser mantidos na forma como fixados na sentença, considerando que o recurso foi interposto na vigência do Código de Processo

Civil /1973, não se aplicando as normas dos §§ 1º a 11º do artigo 85 do CPC/2015, inclusive no que pertine à sucumbência recursal, que determina a majoração dos honorários de advogado em instância recursal (Enunciado Administrativo nº 7/STJ).

Ante o exposto, *de ofício, corrijo a sentença para fixar os critérios de atualização do débito*, acolho a matéria preliminar, e no mérito, nego provimento à apelação do INSS e à remessa oficial, tida por ocorrida.

É como voto.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO RESCISÓRIA

0019233-70.2014.4.03.0000

(2014.03.00.019233-5)

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS.

Interessado: BRYAN SOARES FERREIRA DE SOUSA (incapaz)

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

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI

Classe do Processo: AR 9991

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/11/2017

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO RESCISÓRIA. PENSÃO POR MORTE. FILHO NASCIDO APÓS O ÓBITO DO PAI. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. TERMO INICIAL. DATA DO NASCIMENTO. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. APLICAÇÃO DO MANUAL DE CÁLCULOS DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. As razões da embargante não demonstram obscuridade, contradição ou omissão.
2. A pensão por morte, benefício devido ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, está disciplinada pela Lei nº 8.213/1991, nos artigos 74 a 79, cujo termo inicial, previsto no artigo 74, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97, é fixado conforme a data do requerimento, da seguinte forma: (i) do óbito, quando requerida até trinta dias depois deste; (ii) do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior; (iii) da decisão judicial, no caso de morte presumida. Com relação aos dependentes absolutamente incapazes, contra os quais não corre a prescrição, mesmo que o benefício seja requerido depois de decorridos os 30 (trinta) dias do óbito do segurado, esta data (do falecimento), deve ser fixada como termo inicial do benefício.
3. Na hipótese, apesar do requerimento administrativo ter sido apresentado tão somente em 05.04.2007, por trata-se o autor de menor absolutamente incapaz, já que nascido em 04.02.2002, a DIB da pensão por morte deve retroagir até a data do seu nascimento, posto que posterior à morte do instituidor do benefício (13.09.2001). O reconhecimento da relação de parentesco, apesar de posterior ao óbito, não tem relevância na hipótese, visto que a sentença que declara a paternidade tem efeito “ex tunc”. Precedentes: TRF 3ª Região, SÉTIMA TURMA, REO - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 2053708 - 0012521-06.2015.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES, julgado em 26/06/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/07/2017; TRF 3ª Região, DÉCIMA TURMA, APELREEX - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 1976569 - 0016653-43.2014.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA, julgado em 24/05/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/06/2016; TRF 3ª Região, DÉCIMA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1859822 - 0001454-95.2011.4.03.6115, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA, julgado em 03/12/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/12/2013).
4. Com relação à correção monetária e aos juros de mora, pontuou-se que o artigo 1º-F, da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, foi declarado inconstitucional por arrastamento pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar as ADIs nos 4.357

e 4.425, mas apenas em relação à incidência da TR no período compreendido entre a inscrição do crédito em precatório e o efetivo pagamento. Isso porque a norma constitucional impugnada nas ADIs (art. 100, §12, da CRFB, incluído pela EC nº 62/09) referia-se apenas à atualização do precatório e não à atualização da condenação, que se realiza após a conclusão da fase de conhecimento. Esse último período, compreendido entre a condenação e a expedição do precatório, ainda está pendente de apreciação pelo STF (Tema 810, RE nº 870.947, repercussão geral reconhecida em 16/04/2015). Vislumbrando a necessidade de serem uniformizados e consolidados os diversos atos normativos afetos à Justiça Federal de Primeiro Grau, bem como os Provimentos da Corregedoria desta E. Corte de Justiça, a Consolidação Normativa da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região (Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005) é expressa ao determinar que, no tocante aos consectários da condenação, devem ser observados os critérios previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal.

5. “In casu”, como se trata da fase anterior à expedição do precatório, e tendo em vista que a matéria não está pacificada, há de se concluir que devem ser aplicados os índices previstos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor por ocasião da execução do julgado, em respeito ao Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005 (AC 00056853020144036126, DESEMBARGADORA FEDERAL TANIA MARANGONI, TRF3 - OITAVA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/05/2016).

6. O acórdão embargado foi expresso ao pontuar que a incidência da correção monetária e juros de mora, estes contados da citação, se daria nos termos da legislação previdenciária, bem como da Resolução nº 267, de 2 de dezembro de 2013, do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

7. Embargos de declaração não providos.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 26 de outubro de 2017.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de embargos de declaração opostos pelo INSS em face do v. acórdão de fls. 506-507, em que esta Egrégia Terceira Seção, por unanimidade, julgou procedente o pedido de rescisão, para desconstituir o pronunciamento monocrático levado a efeito nos autos nº 2010.61.05.005110-1, e, em sede de juízo rescisório, reconhecer a procedência do pleito de pensão por morte.

Em razões de fls. 510-514, o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS sustenta que o acórdão deve ser aclarado em relação ao termo inicial do benefício, não podendo este ser fixado para a data do nascimento do menor beneficiário (04.02.2002), posto que à época do óbito (13.09.2001), a autarquia não tinha conhecimento da pretensão, visto que a paternidade só foi confirmada judicialmente em 2006, e o vínculo trabalhista, que não constava em CTPS ou CNIS, reconhecido por reclamatória ajuizada em 2007. Ressalta que somente com a citação para a lide originária teve ciência da pretensão, devendo o pagamento da pensão ter início a partir de então, ou desde o requerimento administrativo, nos termos do artigo 74, da Lei nº 8.213/91.

Com relação à correção monetária, defende o afastamento dos critérios contemplados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal (de acordo com a Resolução 267/2013).

Ciência do MPF à fl. 515.

É o relatório.

Peço dia.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

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

São cabíveis embargos de declaração somente quando houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade, contradição, omissão ou erro material, consoante dispõe o artigo 1022, I a III, do CPC/2015.

Têm por finalidade, portanto, a função integrativa do aresto, sem provocar qualquer inovação. Somente em casos excepcionais, é possível conceder-lhes efeitos infringentes, consoante previsto no artigo 1024, § 4, do CPC.

Não merecem prosperar os embargos.

Sustenta a embargante que o termo inicial da pensão por morte, na hipótese, deve ser fixada para data da citação da ação subjacente ou do requerimento administrativo.

A pensão por morte, benefício devido ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, está disciplinada pela Lei nº 8.213/1991, nos artigos 74 a 79, cujo termo inicial, previsto no artigo 74, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97, é fixado conforme a data do requerimento, da seguinte forma: (i) do óbito, quando requerida até trinta dias depois deste; (ii) do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior; (iii) da decisão judicial, no caso de morte presumida.

Com relação aos dependentes absolutamente incapazes, contra os quais não corre a prescrição, mesmo que o benefício seja requerido depois de decorridos os 30 (trinta) dias do óbito do segurado, esta data (do falecimento), deve ser fixada como termo inicial do benefício.

Nesse sentido, a citação feita por FREDERICO AMADO (*In* “Direito e Processo Previdenciário Sistematizado”, 4ª edição, 2013, Editora Jus Podivm, p. 661), “No caso dos absolutamente incapazes, pois contra eles não correrá a prescrição, a jurisprudência e o próprio INSS vem entendendo que o benefício será devido desde a data do falecimento, mesmo que o requerimento seja protocolizado após 30 dias do óbito (...)”.

Com efeito, na hipótese, apesar do requerimento administrativo ter sido apresentado tão

somente em 05.04.2007, por trata-se o autor de menor absolutamente incapaz, já que nascido em 04.02.2002, a DIB da pensão por morte deve retroagir até a data do seu nascimento, posto que posterior à morte do instituidor do benefício (13.09.2001).

Cumpra sublinhar, por pertinente, que o reconhecimento da relação de parentesco, apesar de posterior ao óbito, não tem relevância na hipótese, visto que a sentença que declara a paternidade tem efeito “ex tunc”.

Esse entendimento, impõe-se registrar, tem o beneplácito da jurisprudência desta Colenda Corte:

PREVIDENCIÁRIO. REMESSA NECESSÁRIA. PENSÃO POR MORTE. TERMO INICIAL. DATA DO NASCIMENTO. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. MANUAL DE CÁLCULOS NA JUSTIÇA FEDERAL E LEI Nº 11.960/2009.

1. Termo inicial do benefício fixado na data do nascimento da autora, uma vez que o óbito ocorreu em data anterior.
2. São somente devidas as parcelas do benefício desde o nascimento do requerente, uma vez que o ordenamento jurídico resguarda os direitos do nascituro, mas o direito à pensão surge apenas com o nascimento.
3. Juros e correção monetária de acordo com os critérios do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, naquilo que não conflitar como o disposto na Lei nº 11.960/2009. Correção de ofício.
4. Sentença corrigida de ofício. Remessa necessária parcialmente provida.

(TRF 3ª Região, SÉTIMA TURMA, REO - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 2053708 - 0012521-06.2015.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES, julgado em 26/06/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/07/2017).

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO “EXTRA PETITA”. OCORRÊNCIA. SENTENÇA NULA. APLICAÇÃO DO § 3º, INCISO II DO ART. 1013, DO NCP. PENSÃO POR MORTE. ARTIGOS 74 E SEQUINTE DA LEI 8.213/91. QUALIDADE DE SEGURADO. TRABALHADOR RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADO POR PROVA TESTEMUNHAL. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. REQUISITOS PRESENTES. BENEFÍCIO DEVIDO. TERMO INICIAL. FILHO NASCIDO APÓS O ÓBITO DO PAI. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

(...)

4. Presentes os requisitos previstos no artigo 74, da Lei nº 8.213/91, é devido o benefício de pensão por morte.
5. É suficiente para a comprovação da qualidade de segurado do de cujus trabalhador rural a existência de início de prova material da atividade rural corroborado por prova testemunhal, na forma do artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91 e em consonância com o entendimento jurisprudencial consubstanciado na Súmula 149 do Superior Tribunal de Justiça.
6. Comprovada a condição de filho menor de 21 (vinte e um) anos, e comprovada a condição de companheira, a dependência econômica de ambos é presumida, nos termos do § 4º artigo 16 da Lei nº 8.213/91.
7. Sendo o óbito anterior ao nascimento do filho, o termo inicial do benefício, quanto a ele, deve ser fixado na data de seu nascimento. Não incidência de prescrição ao pensionista menor na data do óbito.
8. Juros de mora e correção monetária na forma prevista no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, com a redação atualizada pela Resolução 267/2013, observando-se, no que couber, o decidido pelo C. STF no julgado das ADI's 4.357 e 4.425.

9. Sentença anulada de ofício para, aplicando o disposto no § 3º, inciso II, do art. 1013 do CPC, julgar procedente o pedido. Prejudicada a análise do reexame necessário, da apelação do INSS e do recurso adesivo.

(TRF 3ª Região, DÉCIMA TURMA, APELREEX - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 1976569 - 0016653-43.2014.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA, julgado em 24/05/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/06/2016).

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. VALORES EM ATRASO. FILHO NASCIDO APÓS O ÓBITO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. DATA DO NASCIMENTO.

1. O fato gerador da pensão por morte se deu antes da vigência da Medida Provisória nº 1.596-14, de 10/11/97, convertida na Lei nº 9.528, de 10/12/97, devendo ser aplicado no caso o texto legal então vigente, que dispunha ser a pensão por morte devida “a contar da data do óbito” (art. 74 da Lei nº 8.213/91).

2. O apelante, nascido após o óbito de seu pai, faz jus ao pagamento dos atrasados entre a data de seu nascimento e a concessão administrativa.

3. Apelação parcialmente provida.

(TRF 3ª Região, DÉCIMA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1859822 - 0001454-95.2011.4.03.6115, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA, julgado em 03/12/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/12/2013).

Com relação à correção monetária e aos juros de mora, cabe pontuar que o artigo 1º-F, da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960 /09, foi declarado inconstitucional por arrastamento pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar as ADIs nos 4.357 e 4.425, mas apenas em relação à incidência da TR no período compreendido entre a inscrição do crédito em precatório e o efetivo pagamento. Isso porque a norma constitucional impugnada nas ADIs (art. 100, §12, da CRFB, incluído pela EC nº 62/09) referia-se apenas à atualização do precatório e não à atualização da condenação, que se realiza após a conclusão da fase de conhecimento. Esse último período, compreendido entre a condenação e a expedição do precatório, ainda está pendente de apreciação pelo STF (Tema 810, RE nº 870.947, repercussão geral reconhecida em 16/04/2015).

Vislumbrando a necessidade de serem uniformizados e consolidados os diversos atos normativos afetos à Justiça Federal de Primeiro Grau, bem como os Provimentos da Corregedoria desta E. Corte de Justiça, a Consolidação Normativa da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região (Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005) é expressa ao determinar que, no tocante aos consectários da condenação, devem ser observados os critérios previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal.

In casu, como se trata da fase anterior à expedição do precatório, e tendo em vista que a matéria não está pacificada, há de se concluir que devem ser aplicados os índices previstos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor por ocasião da execução do julgado, em respeito ao Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005 (AC 00056853020144036126, DESEMBARGADORA FEDERAL TANIA MARANGONI, TRF3 - OITAVA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/05/2016).

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO aos embargos de declaração.

É o voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0039700-46.2014.4.03.9999
(2014.03.99.039700-0)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: ANA MARIA DOS SANTOS LOURENÇO
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE PALMEIRA D'OESTE - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO
Classe do Processo: Ap 2023625
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/02/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REQUISITOS PREENCHIDOS. INTERDIÇÃO JUDICIAL. INCAPACIDADE TOTAL PARA A VIDA INDEPENDENTE ATESTADA POR PERITO JUDICIAL. ACRÉSCIMO DE 25% CONCEDIDO. APELAÇÃO DO INSS IMPROVIDA.

1. A concessão de aposentadoria por invalidez reclama que o requerente seja segurado da Previdência Social, tenha cumprido o período de carência de 12 (doze) contribuições, e esteja incapacitado, total e definitivamente, ao trabalho (art. 201, I, da CR/88 e arts. 18, I, “a”; 25, I e 42 da Lei nº 8.213/91). Idênticos requisitos são exigidos à outorga de auxílio-doença, cuja diferença centra-se na duração da incapacidade (arts. 25, I, e 59 da Lei nº 8.213/91).
2. No que se refere ao requisito da incapacidade, o laudo pericial de fls. 61/63, data-do de 19/05/2014, quando a autora contava com 59 anos, atestou que ela é portadora de “depressão crônica de longa data e refratária aos tratamentos”, concluindo que “a periciada apresenta incapacidade total para a vida independente”.
3. Somado a isso, destaca-se que a autora é interditada judicialmente (autos nº 1168/04), sendo declarada absolutamente incapaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil, conforme certidão de interdição f. 13.
4. Portanto, de acordo com o disposto nos itens 7 e 9 do Anexo I do Decreto nº 3.048/1999, que regulamenta o art. 45 da Lei nº 8.213/91, o qual prescreve a necessidade de assistência permanente de outra pessoa quando há “alteração das faculdades mentais com grave perturbação da vida orgânica e social” e “incapacidade permanente para as atividades da vida diária”, de rigor a manutenção da sentença que concedeu a majoração de 25% (vinte e cinco por cento) da RMI do benefício de aposentadoria por invalidez concedido à autora.
5. Apelação do INSS improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 07 de fevereiro de 2018.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

Trata-se de ação previdenciária ajuizada por *Ana Maria dos Santos Lourenço* em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando a revisão do benefício de aposentadoria previdenciário (NB nº 32/502.737.910-9), com a concessão de acréscimo na RMI de 25% (vinte e cinco por cento), diante da necessidade permanente de assistência de outra pessoa.

A r. sentença julgou procedente o pedido para condenar o INSS a conceder à autora o acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) sobre a RMI do benefício, a partir do requerimento administrativo (DER - 02/05/2012 - f. 19), com o pagamento das verbas em atraso, acrescidas de correção monetária e juros de mora. Condenou, ainda, a autarquia ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação (Súmula 111, do C. STJ).

Sentença não submetida ao reexame necessário.

Inconformado, o INSS interpôs apelação, requerendo a improcedência da demanda, em razão da doença que a autora é portadora não necessitar de ajuda permanente de terceiros.

Com as contrarrazões, subiram os autos a este e. Tribunal.

A Procuradoria Regional da República opinou pelo desprovimento do recurso de apelação às fls. 101/103.

É o relatório.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

A concessão de aposentadoria por invalidez reclama que o requerente seja segurado da Previdência Social, tenha cumprido o período de carência de 12 (doze) contribuições, e esteja incapacitado, total e definitivamente, ao trabalho (art. 201, I, da CR/88 e arts. 18, I, “a”; 25, I e 42 da Lei nº 8.213/91). Idênticos requisitos são exigidos à outorga de auxílio-doença, cuja diferença centra-se na duração da incapacidade (arts. 25, I, e 59 da Lei nº 8.213/91).

No que concerne às duas primeiras condicionantes, vale recordar premissas estabelecidas pela lei de regência, cuja higidez já restou encampada na moderna jurisprudência: o beneficiário de auxílio-doença mantém a condição de segurado, nos moldes estampados no art. 15 da Lei nº 8.213/91; o desaparecimento da condição de segurado sucede, apenas, no dia 16 do segundo mês seguinte ao término dos prazos fixados no art. 15 da Lei nº 8.213/91 (os chamados períodos de graça); eventual afastamento do labor, em decorrência de enfermidade, não prejudica a outorga da benesse, quando preenchidos os requisitos, à época, exigidos; durante o período de graça, a filiação e consequentes direitos, perante a Previdência Social, ficam mantidos.

In casu, a controvérsia recursal insurge acerca da concessão de acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) à RMI do benefício de aposentadoria por invalidez recebido pela autora, ante a necessidade permanente de auxílio de terceiro.

No que se refere ao requisito da incapacidade, o laudo pericial de fls. 61/63, datado de 19/05/2014, quando a autora contava com 59 anos, atestou que ela é portadora de “depressão crônica de longa data e refratária aos tratamentos”, concluindo que “a periciada apresenta incapacidade total para a vida independente”.

Somado a isso, destaca-se que a autora é interditada judicialmente (autos nº 1168/04), sendo declarada absolutamente incapaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil, conforme certidão de interdição f. 13.

Portanto, de acordo com o disposto nos itens 7 e 9 do Anexo I do Decreto nº 3.048/1999, que regulamenta o art. 45 da Lei nº 8.213/91, o qual prescreve a necessidade de assistência permanente de outra pessoa quando há “alteração das faculdades mentais com grave perturbação da vida orgânica e social” e “incapacidade permanente para as atividades da vida diária”, de rigor a manutenção da sentença que concedeu a majoração de 25% (vinte e cinco por cento) da RMI do benefício de aposentadoria por invalidez concedido à autora.

Para o cálculo dos juros de mora e correção monetária, aplicam-se os critérios estabelecidos no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal vigente à época da elaboração da conta de liquidação, observado o quanto decidido pelo C. STF por ocasião do julgamento do RE 870947.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO à apelação do INSS, nos termos da fundamentação.
É o voto.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0004116-80.2015.4.03.6183
(2015.61.83.004116-7)

Apelante: EDISON FERNANDES PIZA
 Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SANTO ANDRÉ - SP
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS
 Classe do Processo: Ap 2271831
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/02/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. PERFIL PROFISSIOGRÁFICO PREVIDENCIÁRIO CONFLITANTE COM PROVA EMPRESTADA. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA TÉCNICA. SENTENÇA ANULADA.

I - Na hipótese vertente, a parte autora, na exordial e durante a instrução probatória, requereu que, caso o MM. Juiz *a quo* desconsiderasse o laudo técnico pericial como prova emprestada, pela produção da prova pericial. Em que pese o entendimento da satisfação para julgamento do feito desde que instruído com o PPP e Laudo Técnico devidamente preenchido, reconheço que a situação fática permite inferir que as informações constantes dos documentos podem se afigurarem incorretas, uma vez que o Perfil Profissiográfico Previdenciário (fls. 50/52) e o Laudo Técnico (fls. 204/207), relativos ao interregno de 19/06/97 a 09/05/14, especificam que o autor somente esteve exposto ao agente agressivo ruído. Contudo, a prova emprestada aduzida pelo autor, Laudo Técnico Pericial, realizados no âmbito da Justiça do Trabalho, na empresa Mercedes Benz do Brasil Ltda, setor de montagem final de cabines, na função de revisor de veículos, ou seja, em situação análoga, apurou-se também a exposição a hidrocarbonetos e outros compostos de carbono, bem como a manipulação de óleos minerais, concluindo-se que os trabalhadores faziam *jus* ao adicional de insalubridade no grau máximo (fls. 246/264).

II- Patente a incerteza quanto à especialidade do labor e diante da impossibilidade do uso da prova emprestada, porquanto realizada para fins de percepção de adicional de insalubridade e não havendo menção nos laudos quanto à exposição habitual e permanente aos agentes químicos, entendo ser necessária a produção da prova pericial postulada.

III - Apelação da parte autora parcialmente provida. Sentença anulada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, **DAR PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DA PARTE AUTORA E ANULAR A R. SENTENÇA**, *determinando o retorno dos autos à vara de origem para a regular instrução do feito*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 29 de janeiro de 2018.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

Trata-se de ação previdenciária ajuizada em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, visando o reconhecimento de períodos de labor em atividade especial e a conversão de tempo de serviço comum em especial, a fim de viabilizar a concessão do benefício de aposentadoria especial.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido, para converter em especial o período comum de 18/02/92 a 15/07/92 (fls. 217/220 e 229).

Apela a parte autora (fls. 233/245), requerendo a admissão da prova emprestada acostada nos autos ou a anulação da sentença para a produção de prova pericial indispensável a comprovação do quanto alegado e à consequente procedência do pedido principal. No mérito, busca da integral reforma do julgado.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

É o Relatório.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

Prefacialmente, passo ao exame da existência de nulidade da sentença, em virtude do julgamento do feito sem a realização de prova pericial.

O texto constitucional, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os mecanismos a eles pertinentes (art. 5º, LV, da CF).

Aludida garantia se afigura verdadeiro direito humano fundamental, alçado ao patamar de cláusula pétrea ou núcleo duro da Carta Magna, tanto que não pode ser objeto de deliberação proposta de emenda tendente a aboli-la (art. 60, § 4º, IV, da CF).

Considerando que o direito constitucional de ação está previsto explicitamente, não podendo o Judiciário deixar de examinar lesão ou ameaça de lesão às pessoas (art. 5º, XXXV, da CF), os mandamentos gerais da Constituição concernentes aos direitos e garantias individuais incidem, também, sobre o processo civil.

Embora a Carta não contenha determinações explícitas sobre garantias específicas do processo civil, aplicam-se a este as garantias gerais, inclusive o princípio da igualdade (art. 5º, I, da CF).

Por isso, o princípio do contraditório e da ampla defesa, no processo civil, necessita ser implementado para que tenha efetividade, devendo o Magistrado permitir que as partes, em igualdade de condições, possam apresentar as suas defesas, com as provas de que dispõem, em prol do direito de que se julgam titulares.

A conclusão a respeito da pertinência ou não do julgamento antecipado deve ser tomada de forma ponderada, porque não depende apenas da vontade singular do Juiz, mas da natureza

dos fatos controversos e das questões objetivamente existentes nos autos.

Na hipótese vertente, a parte autora, na exordial e durante a instrução probatória, requereu que, caso o MM. Juiz *a quo* desconsiderasse o laudo técnico pericial como prova emprestada, pela produção da prova pericial.

Em que pese o entendimento da satisfação para julgamento do feito desde que instruído com o PPP e Laudo Técnico devidamente preenchido, reconheço que a situação fática permite inferir que as informações constantes dos documentos podem se afigurarem incorretas.

Explico. O Perfil Profissiográfico Previdenciário (fls. 50/52) e o Laudo Técnico (fls. 204/207), relativos ao interregno de 19/06/97 a 09/05/14, especificam que o autor somente esteve exposto ao agente agressivo ruído.

Contudo, a prova emprestada aduzida pelo autor, Laudo Técnico Pericial, realizados no âmbito da Justiça do Trabalho, na empresa Mercedes Benz do Brasil Ltda, setor de montagem final de cabines, na função de revisor de veículos, ou seja, em situação análoga, apurou-se também a exposição a hidrocarbonetos e outros compostos de carbono, bem como a manipulação de óleos minerais, concluindo-se que os trabalhadores faziam *jus* ao adicional de insalubridade no grau máximo (fls. 246/264).

Assim, é patente a incerteza quanto à especialidade do labor e diante da impossibilidade do uso da prova emprestada, porquanto realizada para fins de percepção de adicional de insalubridade e não havendo menção nos laudos quanto à exposição habitual e permanente aos agentes químicos, entendo ser necessária a produção da prova pericial postulada.

Diante disso, há de reconhecer a nulidade da r. sentença de fls. 217/220 e 229, com o retorno dos autos ao Juízo de origem, a fim de que seja dada oportunidade do demandante comprovar a caracterização de atividade especial na integralidade dos interstícios relacionados na exordial e, assim, permitir a aferição dos requisitos legais necessários à concessão do benefício almejado.

Nesse sentido, colaciono aos autos, o posicionamento jurisprudencial sobre o tema:

1. Ação de obrigação de fazer cominada com reparação de danos em que a parte autora postula, na fase instrutória, realização de provas pericial, testemunhal e documental. Indeferimento da realização das provas pelo juiz de primeira instância. Julgamento antecipado da lide, com entendimento de ser dispensável a realização das referidas provas por haver elementos suficientes para a solução da contenda.
2. Apelação provida para anular a sentença por julgar ter havido cerceamento de defesa. Retorno dos autos à fase de instrução.
(...)
6. O indeferimento de realização de provas, possibilidade oferecida pelo art. 130 do CPC, não está ao livre arbítrio do juiz, devendo ocorrer apenas, e de forma motivada, quando forem dispensáveis e de caráter meramente protelatório.
7. Verificado, pela Corte revisional, o cerceamento de defesa pelo indeferimento da realização de prova requerida pela parte somada à insuficiência dos fundamentos de seu indeferimento, há de se reparar o erro, garantindo-se o constitucional direito à ampla defesa.
(...)
11. Recurso especial a que se nega provimento.
(STJ, Resp 637547/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, v.u., DJ 13.09.04, p. 186).

Confira-se, ainda:

Não obstante a fundamentação da r. sentença, nesse caso, faz-se necessária a produção de prova pericial para a comprovação dos agentes agressivos e, assim, possibilitar o exame do preenchimento dos requisitos para a concessão da aposentadoria especial ou aposentadoria por tempo de contribuição (...) Assim, ao julgar parcialmente procedente o feito, sem franquear ao requerente a oportunidade de comprovar o labor especial, o MM. Juiz *a quo* efetivamente cerceou o seu direito de defesa, de forma que a anulação da r. sentença é medida que se impõe. (TRF3 - AC nº 2010.61.13.003392-9/SP - Rel. Des. Fed. Tânia Marangoni - j. 22.04.2015).

Isto posto, *DOU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DA PARTE AUTORA*, para anular a r. Sentença, retornando os autos ao Juízo de origem, para realização da prova pericial e deslinde do lapso laboral controverso.

É O VOTO.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0045117-43.2015.4.03.9999
(2015.03.99.045117-4)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelado: BENEDITO PAULO DA SILVA

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE PIQUETE - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON PORFÍRIO

Classe do Processo: Ap 2122393

Disponibilização do Processo: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/02/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. NATUREZA ESPECIAL DAS ATIVIDADES LABORADAS RECONHECIDA. AGENTE FÍSICO (RUÍDO) E QUÍMICO. EXPLOSIVOS. MATERIAL BÉLICO. PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DO TEMPO ESPECIAL EM COMUM MEDIANTE APLICAÇÃO DO FATOR PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. VINTE E CINCO ANOS DE ATIVIDADES ESPECIAIS. CARÊNCIA E QUALIDADE DE SEGURADO COMPROVADOS.

1. A aposentadoria especial é devida ao segurado que tenha trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme o caso, sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física (art. 64 do Decreto nº 3.048/99). No caso, 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. Efetivo exercício de atividades especiais, comprovado por meio de formulários de insalubridade e laudos técnicos que atestam a exposição a agentes físicos agressores à saúde, em níveis superiores aos permitidos em lei.

7. No caso dos autos, os períodos incontroversos em virtude de acolhimento na via administrativa totalizam 09 (nove) anos, 06 (seis) meses e 23 (vinte e três) dias (fl. 59), mediante o reconhecimento do período de atividade especial no período de 15.07.1987 a 05.03.1997 (fls. 57/58). Portanto, a controvérsia colocada nos autos engloba o reconhecimento da natureza especial da atividade exercida nos períodos de 06.03.1997 a 27.06.2014. Ocorre que, nos períodos 06.03.1997 A 27.06.2014 (data

da emissão do P.P.P. de fls. 53/55), a parte autora, nas atividades de auxiliar de laboratório e agente de apoio operacional, atuando no setor de laboratório balístico da Indústria de Material Bélico do Brasil - IMBEL, local onde executava a manipulação de explosivos, munições, artefatos bélicos e pirotécnicos, operava máquinas, aparelhos e equipamentos industriais utilizados no processo produtivo, esteve exposta a ruídos acima dos limites legalmente admitidos (120 a 120,9 dB, por disparo de canhão de 90 e 105 mm e detonação de explosivos), produtos químicos, explosivos e inflamáveis, devendo ser reconhecida a natureza especial das atividades exercidas nesse período, conforme códigos 1.1.6, 1.2.6, 1.2.11 do Decreto nº 53.831/64, códigos 1.1.5, 1.2.6, 1.2.10 do Decreto nº 83.080/79, códigos 1.0.12, 1.0.19 e 2.0.1 do Decreto nº 2.172/1997, códigos 1.0.12, 1.0.19 e 2.0.1 do Decreto nº 3.048/1999, neste ponto observado o Decreto nº 4.882/2003.

8. Somados todos os períodos especiais, totaliza a parte autora 26 (vinte e seis) anos, 11 (onze) meses e 13 (treze) dias de tempo especial até a data do requerimento administrativo (21.07.2014), observado o conjunto probatório produzido nos autos e os fundamentos jurídicos explicitados na presente decisão.

9. O benefício é devido a partir da data do requerimento administrativo ou, na sua ausência, a partir da citação.

10. A correção monetária deverá incidir sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências e os juros de mora desde a citação, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013, do Conselho da Justiça Federal (ou aquele que estiver em vigor na fase de liquidação de sentença). Os juros de mora deverão incidir até a data da expedição do PRECATÓRIO/RPV, conforme entendimento consolidado pela colenda 3ª Seção desta Corte. Após a devida expedição, deverá ser observada a Súmula Vinculante 17.

11. Inocorrência de prescrição quinquenal das parcelas atrasadas, tendo em vista a interrupção do lapso prescricional entre a data do requerimento e a ciência da decisão final na via administrativa. No caso dos autos, a ciência deu-se em 21.08.2014 (fl. 59) e a presente ação foi ajuizada em 26.08.2014 (fl. 02).

12. Os honorários advocatícios devem ser fixados em 15% sobre o valor das parcelas vencidas até a sentença de primeiro grau, nos termos da Súmula 111 do E. STJ.

13. Reconhecido o direito da parte autora ao benefício de aposentadoria especial, a partir do requerimento administrativo (D.E.R. 21.07.2014), ante a comprovação de todos os requisitos legais.

14. Remessa necessária, tida por interposta nos termos do § 2º do artigo 475 do Código de Processo Civil de 1973, e apelação do INSS, desprovidas. Fixados, de ofício, os consectários legais.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 30 de janeiro de 2018.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO (Relator):

Trata-se de pedido de aposentadoria especial ajuizado por Benedito Paulo da Silva em face do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Contestação às fls. 66/81, na qual alega a ocorrência da prescrição quinquenal e, no mérito, sustenta a não comprovação do exercício da atividade especial, requerendo, ao final, a improcedência total do pedido.

Réplica da parte autora às fls. 88/103.

Sentença às fls. 110/117, afastando a prescrição e julgando procedente a ação, para conceder a aposentadoria especial com antecipação da tutela jurisdicional, determinando a imediata implantação do benefício e fixando a sucumbência.

Apelação do INSS às fls. 123/135, pela concessão do efeito suspensivo ao recurso, sustentando a impossibilidade a conversão do tempo especial em comum após 28.05.1998, bem como a ausência de comprovação de exposição à agentes nocivos à saúde, requerendo, ainda, a redução da verba honorária e a fixação de juros e correção monetária nos termos da Lei nº 11.960/2009.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO (Relator):

Pretende a parte autora, nascida em 22.07.1957, o reconhecimento do exercício de atividade especial no período de 06.03.1997 a 30.04.2012 e a concessão do benefício de aposentadoria especial a partir do requerimento administrativo (21.07.2014).

Inicialmente, dou por interposta a remessa necessária, nos termos do § 2º do artigo 475 do Código de Processo Civil de 1973, ainda que tenha havido dispensa pelo Juízo de origem.

Preliminarmente, afasto a alegação da prescrição quinquenal das parcelas atrasadas, tendo em vista a interrupção do lapso prescricional entre a data do requerimento e a ciência da decisão final na via administrativa. No caso dos autos, a ciência deu-se em 21.08.2014 (fl. 59) e a presente ação foi ajuizada em 26.08.2014 (fl. 02).

Igualmente, incabível a suspensão do cumprimento da tutela antecipada concedida na sentença.

É pacífico nesta Corte o cabimento da antecipação dos efeitos da tutela para adiantar total ou parcialmente os efeitos pretendidos pela parte autora ante o caráter alimentar do benefício previdenciário, afastando-se os riscos decorrentes da demora na execução definitiva do julgado (Nesse sentido: AC 0010241-11.2008.4.03.6183/SP, Rel. Des. Fed. Therezinha Cazerta, e-DJF3 Judicial 1 de 14/11/2014).

Além do mais, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido da possibilidade de concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública em hipóteses como a dos autos (Conforme AgRg no Ag 1230687/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe

19.12.2011, e AgRg no Ag 1405103/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJe 16/02/2012).

No mérito, 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 Scartezini; 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.

Com relação à exposição à eletricidade, o Decreto nº 53.831/64 relaciona, no item 1.1.8, o trabalho exercido de forma permanente “(...) em operações em locais com eletricidade em condições de perigo de vida - trabalhos permanentes em instalações ou equipamentos elétricos - eletricitas, cabistas, montadores e outros - jornada normal ou especial fixada em lei em serviços expostos a tensão superior a 250 volts”.

O agente nocivo “eletricidade”, acima de 250 volts, teve enquadramento no Decreto nº 53.831/64 (código 1.1.8) até 05.03.97, data da edição do Decreto nº 2.172/97, que não mais o relacionou entre os agentes nocivos à saúde do trabalhador.

Contudo, a simples ausência de previsão no decreto não é suficiente para retirar a periculosidade da atividade de eletricista, caso comprovadamente exercida pela parte autora.

Impende destacar que a classificação das atividades profissionais sujeitas aos agentes nocivos à saúde, constante dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79, tem sentido apenas exemplificativo, exigindo-se, contudo, prova da efetiva exposição e da insalubridade. De igual modo, com a publicação do Decreto nº 3.048, de 06.05.1999, foi revogado o Decreto nº 2.172/97, e nas sucessivas alterações posteriores evidenciou-se o caráter exemplificativo do rol dos agentes e das atividades nocivas à saúde do trabalhador, firmando-se, entretanto, a exigência de prova formal.

O E. Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento de que os trabalhadores que exerçam atividades perigosas têm direito à contagem de tempo especial, desde que comprovada a especialidade, como se verifica dos arestos abaixo colacionados:

PREVIDENCIÁRIO. EXPOSIÇÃO À ELETRICIDADE. ATIVIDADE ESPECIAL.

O segurado exposto ao agente eletricidade aproveita o respectivo período como atividade especial para os efeitos da contagem de tempo de serviço, mesmo após a vigência do Decreto nº 2.172, de 1997, cujo rol tem caráter exemplificativo. Agravo regimental não provido.

(AGARESP 201200756002, ARI PARGENDLER, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE 10/09/2013).

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. AGENTE NOCIVO ELETRICIDADE APÓS A EDIÇÃO DO DECRETO N. 2.172/97. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO ENTENDIMENTO FIXADO NO JULGAMENTO DO RESP N. 1.306.113/SC SUBMETIDO À SISTEMÁTICA DO ARTIGO 543-C DO CPC.

1. Nos termos do que assentado pela Primeira Seção no julgamento do REsp n. 1.306.113/SC “[...] o rol de atividades especiais, constantes nos regulamentos de benefícios da Previdência Social, tem caráter exemplificativo”. Assim, o fato de o Decreto n. 2.172/97 não ter previsto o agente agressivo eletricidade como causa para se reconhecer período de atividade de natureza especial, não afasta o direito do segurado à contagem de tempo especial se comprovada a sua exposição de forma habitual e permanente a esse fator de periculosidade. No mesmo sentido, confirmam-se: AgRg no REsp 1.314.703/RN, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 27/05/2013; AgRg no REsp 1.348.411/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 11/04/2013; AgRg no REsp 1.168.455/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 28/06/2012; AgRg no REsp 1.284.267/RN, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 15/2/2012.

2. No caso, ficou comprovado que o recorrido esteve exposto ao agente agressivo eletricidade, com tensão acima de 250 volts, de forma habitual e permanente entre 01.12.1979 a 28.11.2006, motivo pelo qual deve ser mantida a sentença que reconheceu o direito à aposentadoria especial.

3. Agravo regimental não provido.

(AGARESP 201200286860, BENEDITO GONÇALVES, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE 25/06/2013).

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. APOSENTADORIA. CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM. AGENTE NOCIVO À SAÚDE OU À INTEGRIDADE FÍSICA. EXPOSIÇÃO À ELETRICIDADE. POSSIBILIDADE.

1. As normas regulamentadoras, que preveem os agentes e as atividades consideradas insalubres, perigosas ou penosas, são meramente exemplificativas e, havendo a devida comprovação de exercício de outras atividades que coloquem em risco a saúde ou a integridade física do obreiro, é possível o reconhecimento do direito à conversão do tempo de serviço especial em comum.

2. Comprovada a exposição à eletricidade, ainda que tal agente não conste do rol de atividades do Decreto nº 2.172/97, é de ser reconhecida a especialidade do labor. Precedente: Resp 1.306.113/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 7/3/2013, processo submetido ao rito do art. 543-C do CPC.

3. Agravo regimental improvido.

(AGRESP 201200557336, SÉRGIO KUKINA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE 27/05/2013).

NO CASO DOS AUTOS, os períodos incontroversos em virtude de acolhimento na via administrativa totalizam 09 (nove) anos, 06 (seis) meses e 23 (vinte e três) dias (fl. 59), mediante o reconhecimento do período de atividade especial no período de 15.07.1987 a 05.03.1997 (fls. 57/58). Portanto, a controvérsia colocada nos autos engloba o reconhecimento da natureza especial da atividade exercida nos períodos de 06.03.1997 a 27.06.2014.

Ocorre que, nos períodos de 06.03.1997 a 27.06.2014 (data da emissão do P.P.P. de fls. 53/55), a parte autora, nas atividades de auxiliar de laboratório e agente de apoio operacional, atuando no setor de laboratório balístico da Indústria de Material Bélico do Brasil - IMBEL, local onde executava a manipulação de explosivos, munições, artefatos bélicos e pirotécnicos, operava máquinas, aparelhos e equipamentos industriais utilizados no processo produtivo, esteve exposta a ruídos acima dos limites legalmente admitidos (120 a 120,9 dB, por disparo

de canhão de 90 e 105 mm e detonação de explosivos), produtos químicos, explosivos e inflamáveis, devendo ser reconhecida a natureza especial das atividades exercidas nesse período, conforme códigos 1.1.6, 1.2.6, 1.2.11 do Decreto nº 53.831/64, códigos 1.1.5, 1.2.6, 1.2.10 do Decreto nº 83.080/79, códigos 1.0.12, 1.0.19 e 2.0.1 do Decreto nº 2.172/1997, códigos 1.0.12, 1.0.19 e 2.0.1 do Decreto nº 3.048/1999, neste ponto observado o Decreto nº 4.882/2003.

Sendo assim, somados todos os períodos especiais, totaliza a parte autora 26 (vinte e seis) anos, 11 (onze) meses e 13 (treze) dias de tempo especial até a data do requerimento administrativo (21.07.2014), observado o conjunto probatório produzido nos autos e os fundamentos jurídicos explicitados na presente decisão.

Restaram cumpridos 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 especial, com renda mensal inicial de 100% do salário-de-benefício, nos termos do art. 57 da Lei nº 8.213/91, sendo este último calculado pela média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, nos termos do art. 29, inc. II, da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.876/99.

A correção monetária deverá incidir sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências e os juros de mora desde a citação, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013, do Conselho da Justiça Federal (ou aquele que estiver em vigor na fase de liquidação de sentença). Os juros de mora deverão incidir até a data da expedição do PRECATÓRIO/RPV, conforme entendimento consolidado pela colenda 3ª Seção desta Corte. Após a devida expedição, deverá ser observada a Súmula Vinculante 17.

Os honorários advocatícios devem ser fixados em 15% sobre o valor das parcelas vencidas até a sentença de primeiro grau, nos termos da Súmula 111 do E. 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).

As verbas acessórias e as prestações em atraso também deverão ser calculadas na forma acima estabelecida, em fase de liquidação de sentença.

Consta dos autos a comunicação da implantação do benefício da aposentadoria especial em favor da parte autora (fl. 149), por força da determinação judicial. Portanto, à época da liquidação de sentença, deverão ser compensadas as parcelas já recebidas em sede administrativa, face à vedação da cumulação dos benefícios.

Diante do exposto, *nego provimento à remessa necessária, tida por interposta, e à apelação do INSS, e fixo, de ofício, os consectários legais.*

É como voto.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0015761-32.2017.4.03.9999
(2017.03.99.015761-0)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: LINDINALVA FERREIRA DE ARAGAO
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE PORTO FELIZ - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO
Classe do Processo: Ap 2241393
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/02/2018

EMENTA

QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. ERRO MATERIAL. CORREÇÃO. TEMPO INSUFICIENTE. APLICAÇÃO DO ARTIGO 493, DO NOVO CPC. CONTINUIDADE DO VÍNCULO COM A PREVIDÊNCIA SOCIAL. CÔMPUTO DO TEMPO POSTERIOR. POSSIBILIDADE. BENEFÍCIO DEFERIDO. REGRA 85/95. FATOR PREVIDENCIÁRIO. NÃO INCIDÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. TERMO INICIAL. IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO.

I - O erro material pode ser corrigido a qualquer tempo, inclusive após o trânsito em julgado, conforme entendimento adotado pelo E. STJ: AgRg no AgRg no REsp 839.542/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, Julgado em 04/10/2011, DJe 14/11/2011; AgRg no Ag 907.243/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, Julgado em 04/03/2008, DJe 31/03/2008).

II - Os períodos especiais reconhecidos pela sentença, quais sejam, 28.08.1991 a 22.09.1995 e 01.07.1996 a 08.10.2004, foram mantidos pelo v. Acórdão. Todavia, houve erro material no julgado, uma vez que no acórdão constou 28.08.1981 quando o correto é 28.08.1991.

III - De outra parte, a planilha anexa à decisão deste colegiado possui erro material, visto que, quanto à conversão do tempo especial em comum, utilizou o fator de conversão 1,4, quando o correto é 1,2, vez que se trata de pessoa do sexo feminino.

IV - Efetuada a correção do erro material, apurado tempo insuficiente para a concessão do benefício. No entanto, considerado que a autora permaneceu vinculada à Previdência Social no curso da ação, pelo princípio de economia processual e solução “pro misero”, tal fato deve ser levado em consideração, para fins de verificação do direito à aposentação, em consonância com o disposto no art. 493 do Novo Código de Processo Civil, que orienta o julgador a considerar fato constitutivo, modificativo ou extintivo de direito que possa influir no julgamento da lide.

V - A Medida Provisória nº 676, de 17.06.2015 (D.O.U. de 18.06.2015), convertida na Lei nº 13.183, de 04.11.2015 (D.O.U. de 05.11.2015), inseriu o artigo 29-C na Lei nº 8.213/91 e criou hipótese de opção pela não incidência do fator previdenciário, denominada “regra 85/95”, quando, preenchidos os requisitos para a aposentadoria por tempo de contribuição, a soma da idade do segurado e de seu tempo de contribuição, incluídas as frações, for: a) igual ou superior a 95 (noventa e cinco pontos), se homem, observando o tempo mínimo de contribuição de trinta e cinco anos; b) igual ou superior a 85 (oitenta e cinco pontos), se mulher, observando o tempo mínimo de

contribuição de trinta anos.

VI - Nesse contexto, a autora totalizou 30 anos e 03 dias de tempo de serviço até 14.12.2017 e, contando com 58 anos e 07 meses de idade, atingiu 88,58 pontos, suficientes para a obtenção de aposentadoria por tempo de contribuição sem a aplicação do fator previdenciário, com termo inicial na referida data.

VII - Ante a sucumbência recíproca, arcará o réu com os honorários do patrono da autora fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), consoante entendimento desta E. Turma. Sem condenação da parte autora ao pagamento de honorários em favor do procurador da autarquia por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.

VIII - Nos termos do artigo 497, *caput*, do CPC, determinada a imediata implantação do benefício.

IX - Questão de ordem acolhida, para corrigir o erro material verificado, a fim de dar parcial provimento à apelação do INSS e à remessa oficial tida por interposta.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, acolher a questão de ordem, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 30 de janeiro de 2018.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator):

Trata-se de apelação de sentença que julgou procedente o pedido formulado em ação previdenciária para reconhecer a especialidade dos intervalos de 28.08.1991 a 22.09.1995 e 01.07.1996 a 08.10.2004. Consequentemente, condenou o réu a conceder o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição à parte autora desde a data do requerimento administrativo. As parcelas em atraso serão corrigidas monetariamente e acrescida de juros de mora na forma da Lei 11.960/09. Honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor das prestações vencidas, nos termos da Súmula 111 do STJ.

O INSS, em seu recurso de apelação, alegou que a autora não logrou êxito em comprovar a efetiva exposição, de modo habitual e permanente, ao agente nocivo por meio de laudo técnico contemporâneo. Argumentou, ainda, que a utilização de EPI eficaz afasta eventual insalubridade, bem como que não havia prévia fonte de custeio total. Pugnou pela observância das disposições transitórias da EC 20/98 para a concessão do benefício e pela impossibilidade da conversão do tempo especial em comum após 28.05.1998. Subsidiariamente, requereu a redução dos honorários advocatícios para 10%.

Com a apresentação de contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

Em sessão realizada em 22.08.2017, esta Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial tida por interposta e à apelação do INSS. Restou determinada a implantação do benefício de aposentadoria integral por tempo de contribuição, independentemente do trânsito em julgado, com DIB em 05.05.2016, e renda mensal inicial - RMI a ser calculada pelo INSS, tendo em vista o *caput* do artigo 497 do CPC de 2015.

O acórdão foi publicado no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região (fl. 133), e o INSS, intimado pessoalmente em 03.10.2017, na mesma data, manifestou seu desinteresse em recorrer (fl. 134, verso).

Por meio de correio eletrônico recebido em 10.10.2017, o setor de cumprimento de tutelas antecipadas do INSS informou que deixou de implantar o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, pois ao incluir todo o período da planilha de fl. 131, o sistema de cálculo computou apenas 28 anos, 04 meses e 23 dias de tempo de contribuição e que, possivelmente, a diferença esteja no fator utilizado para a conversão do tempo especial em comum e que aguarda orientações.

À vista de tal informação, determinou-se a manifestação da parte autora (fl. 136).

À fl. 144/162, peticionou a parte autora, asseverando, em síntese, que como não houve recurso do INSS, o Acórdão transitou em julgado, de forma que a decisão não pode mais ser questionada. Argumenta, ainda, que, caso assim não se entenda, deve ser aplicado o artigo 493, do CPC, dessa forma como a requerente continuou trabalhando, faz ela jus ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição a partir de 18.08.2017, data em que completou 30 anos de contribuição, devendo, ainda, ser determinada a imediata implantação do benefício.

É o relatório.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator):

Inicialmente, cumpre assinalar que o erro material pode ser corrigido a qualquer tempo, inclusive após o trânsito em julgado, conforme entendimento adotado pelo E. STJ:

AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. SUPOSTO ERRO MATERIAL. INCIDÊNCIA DO TETO PREVIDENCIÁRIO. IMPOSSÍVEL A DISCUSSÃO JÁ EM SEDE DE EXECUÇÃO.

1. É assente tanto na doutrina quanto na jurisprudência que o erro material pode ser corrigido a qualquer tempo, de ofício ou a requerimento da parte, mesmo após o trânsito em julgado da decisão, sem que isso ofenda o instituto da coisa julgada.

2. Erro material “é aquele perceptível ‘primu ictu oculi’ e sem maior exame, a traduzir desacordo entre a vontade do juiz e a expressa na sentença” (RSTJ 102/278).

(...).

(AgRg no AgRg no REsp 839.542/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 14/11/2011)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA COM TRÂNSITO EM JULGADO. ERRO MATERIAL CONFIGURADO. POSSIBILIDADE DE CORREÇÃO A QUALQUER TEMPO. DESPROVIMENTO.

1. A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que o erro material pode ser corrigido a qualquer tempo, ainda que a decisão haja transitado em julgado, sem que se ofenda a coisa julgada.

2. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no Ag 907.243/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 31/03/2008)

Relembre-se que no caso em tela, busca a autora, nascida em 04.05.1959, o reconhecimento de atividade especial dos intervalos de 28.08.1991 a 22.09.1995 e 01.07.1996 a 08.10.2004,

com a consequentemente concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição desde 05.05.2016.

Os períodos especiais reconhecidos pela sentença, quais sejam, *28.08.1991 a 22.09.1995 e 01.07.1996 a 08.10.2004*, foram mantidos pelo v. Acórdão.

Todavia, esclareço que houve erro material no julgado, uma vez que no acórdão constou *28.08.1981* quando o correto é *28.08.1991*.

Ademais, constata-se também a existência do erro material apontado pelo Setor de Cumprimento de Tutelas do INSS.

Com efeito, ao se realizar a conversão do tempo especial em comum, equivocadamente, foi utilizado o fator de conversão de tempo 1,4, quando o correto é 1,2, vez que se trata de pessoa do sexo feminino.

Efetuada a correção do erro material acima mencionado, com a utilização do fator de conversão correto (1,2), a parte autora totaliza *11 anos, 04 meses e 15 dias de tempo de serviço até 15.12.1998 e 28 anos, 04 meses e 24 dias de tempo de serviço até 05.05.2016*, data pleiteada na petição inicial, insuficiente à concessão da aposentadoria integral por tempo de contribuição.

Tendo em vista que, conforme dados do CNIS (anexo), a autora esteve vinculada à Previdência Social no curso da ação, pelo princípio de economia processual e solução “pro misero”, tal fato deve ser levado em consideração, para fins de verificação do direito à aposentação, em consonância com o disposto no art. 493 do Novo Código de Processo Civil, que orienta o julgador a considerar fato constitutivo, modificativo ou extintivo de direito que possa influir no julgamento da lide.

Considerando tais fatos, verifica-se que a autora completou *30 anos e 03 dias de tempo de serviço até 14.12.2017*, restando cumpridos os requisitos previstos na E.C. 20/98, para fins de concessão de aposentadoria integral por tempo de contribuição, conforme planilha anexa, parte integrante da presente decisão.

Insta ressaltar que o art. 201, §7º, inciso I, da Constituição da República de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, garante o direito à aposentadoria integral, independentemente de idade mínima, àquele que completou 35 anos de tempo de serviço.

Cumpra observar que a Medida Provisória nº 676, de 17.06.2015 (D.O.U. de 18.06.2015), convertida na Lei nº 13.183, de 04.11.2015 (D.O.U. de 05.11.2015), inseriu o artigo 29-C na Lei nº 8.213/91 e criou hipótese de opção pela não incidência do fator previdenciário, denominada “regra 85/95”, quando, preenchidos os requisitos para a aposentadoria por tempo de contribuição, a soma da idade do segurado e de seu tempo de contribuição, incluídas as frações, for:

a) igual ou superior a 95 (noventa e cinco pontos), se homem, observando o tempo mínimo de contribuição de trinta e cinco anos;

b) igual ou superior a 85 (oitenta e cinco pontos), se mulher, observando o tempo mínimo de contribuição de trinta anos.

Ademais, as somas referidas no *caput* e incisos do artigo 29-C do Plano de Benefícios computarão “as frações em meses completos de tempo de contribuição e idade” (§ 1º), e serão acrescidas de um ponto ao término dos anos de 2018, 2020, 2022, 2024 e 2026, até atingir os citados 90/100 pontos.

Ressalve-se, ainda, que ao segurado que preencher o requisito necessário à concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição sem a aplicação do fator previdenciário será assegurado o direito à opção com a aplicação da pontuação exigida na data do cumpri-

mento do requisito, ainda que assim não o requeira, conforme disposto no artigo 29-C, § 4º, da Lei 8.213/1991.

Portanto, totalizando a autora *30 anos e 03 dias de tempo de serviço até 14.12.2017*, conforme planilha anexa, e contando com 58 anos e 07 meses de idade após a publicação da Medida Provisória nº 676/15 (18.06.2015), atinge 88,58 pontos, suficientes para a obtenção de aposentadoria por tempo de contribuição sem a aplicação do fator previdenciário.

Fixo o termo inicial do benefício em 14.12.2017, eis que à época do requerimento administrativo, bem como da citação a autora não havia cumprido todos os requisitos necessários à concessão do benefício.

Os juros de mora e a correção monetária deverão ser calculados de acordo com a lei de regência, computados a contar do mês seguinte à publicação do presente acórdão.

Ante a sucumbência recíproca, arcará o réu com os honorários do patrono da autora fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), consoante entendimento desta E. Turma. Deixo de condenar a parte autora ao pagamento de honorários em favor do procurador da autarquia por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.

As autarquias são isentas das custas processuais (artigo 4º, inciso I da Lei 9.289/96), porém devem reembolsar, quando vencidas, as despesas judiciais feitas pela parte vencedora (artigo 4º, parágrafo único).

Diante do exposto, *proponho a presente questão de ordem*, para corrigir o erro material apontado, a fim de dar parcial provimento à apelação do INSS e à remessa oficial tida por interposta para declarar que a parte autora totalizou 30 anos e 03 dias de tempo de serviço até 14.12.2017, fazendo jus ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição desde 14.12.2017, sem a aplicação do fator previdenciário. As prestações em atraso serão resolvidas em fase de liquidação de sentença.

Expeça-se *e-mail* ao INSS, devidamente instruído com os documentos da parte autora *LINDINALVA FERREIRA DE ARAGÃO*, a fim de que sejam adotadas as providências cabíveis para que seja *implantado* o benefício de *APOSENTADORIA INTEGRAL POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO, DIB em 14.12.2017*, sem aplicação do fator previdenciário, com Renda Mensal Inicial a ser calculada pelo INSS, tendo em vista o *caput* do artigo 497 do Novo CPC.

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0024471-41.2017.4.03.9999
(2017.03.99.024471-2)

Apelante: AMARA RIBEIRO DE ANDRADE
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE PIRASSUNUNGA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSIAIA
Classe do Processo: Ap 2258388
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/02/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. LEI EM VIGOR POR OCASIÃO DO FATO GERADOR. VITALICIEDADE INDEVIDA (ARTIGO 77, § 2º, V, “b”, DA LEI 8.213/1991, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 13.135/2015.

1. O benefício de pensão por morte é devido ao conjunto de dependentes do *de cujus* que reúnam as condições, e nos termos previstos no art. 77 da Lei 8.213/1991, observadas as alterações supervenientes dadas pelas Leis 9.032/95, 12.470/2011, 13.135/2015, 13.146/2015 e 13.183/2015, cessando para o dependente que não mais se enquadre nas disposições dos preceitos normativos.
2. Não há questionamentos em relação a qualidade de segurado e a dependência econômica da autora em relação ao segurado falecido, uma vez que a requerente já se encontra recebendo o benefício desde 26/06/2016 (fls. 17).
3. A questão controvertida dos autos está em definir se a parte autora, ora apelante, faz jus ao pagamento do benefício de pensão por morte de forma vitalícia, tendo em vista as alterações introduzidas pela Lei 13.135/2015, no art. 77, §2º, V, alínea c, item 4 da Lei 8.213/91.
4. A esse respeito, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido da aplicação da lei vigente à época dos fatos, para fins de concessão de benefício previdenciário.
5. No caso dos autos, o óbito do instituidor do benefício ocorreu em 20/04/2016, na vigência da Lei 13.135/2015 que passou a estabelecer novos regramentos quanto ao período de gozo da pensão por morte, conforme art. 77, § 2º, V, alínea b, da Lei 8.213/1991.
6. É da própria letra da lei que a vitaliciedade depende da comprovação de 3 requisitos: que o óbito tenha ocorrido depois de vertidas 18 (dezoito) contribuições mensais e pelo menos 2 (dois) anos após o início do casamento ou da união estável e que tenha 44 (quarenta e quatro) anos na data do óbito.
8. Não restou comprovada a união estável pelo período alegado, uma vez que a prova material e oral produzidas são insuficientes para corroborarem todo o período.
9. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 30 de janeiro de 2018.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora):

Proposta ação de conhecimento de natureza previdenciária, objetivando a declaração da condição de dependente vitalícia da parte autora, buscando o reconhecimento da união estável pelo período de 3 (três) anos, sobreveio sentença de improcedência do pedido, condenando-se a parte autora ao pagamento das verbas de sucumbência, ressalvada a gratuidade da justiça.

Inconformada, a parte autora interpôs recurso de apelação, pugnando pela integral reforma da sentença, para que seja julgado procedente o pedido, reconhecendo-se a união estável por período necessário à declaração da vitaliciedade do benefício de pensão por morte.

Sem as contrarrazões, os autos foram remetidos a este Tribunal.

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora):

Inicialmente, recebo o recurso de apelação da parte autora, nos termos do artigo 1.010 do novo Código de Processo Civil, haja vista que tempestivo.

O benefício de pensão por morte é devido ao conjunto de dependentes do *de cujus* que reúnam as condições, e nos termos previstos no art. 77 da Lei 8.213/1991, observadas as alterações supervenientes dadas pelas Leis 9.032/95, 12.470/2011, 13.135/2015, 13.146/2015 e 13.183/2015, cessando para o dependente que não mais se enquadre nas disposições dos preceitos normativos.

Consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o fato gerador para a concessão do benefício de pensão por morte é o óbito do segurado, devendo, pois, ser aplicada a lei vigente à época de sua ocorrência. Nesse sentido, confira: “O fato gerador para a concessão da pensão por morte é o óbito do segurado instituidor do benefício, portanto, a pensão por morte deve ser concedida com base na legislação vigente à época da ocorrência desse fato.” (REsp nº 529866/RN, Relator Ministro JORGE SCARTEZZINI, DJ 15/12/2003, p. 381).

Ressalta-se que não há questionamentos no tocante à qualidade de segurado e à dependência econômica da autora em relação ao segurado falecido, uma vez que a requerente já recebeu o benefício pleiteado pelo período de 4 (quatro) meses (fls. 09).

A questão controvertida nos autos está em definir se a parte autora, ora apelante, faz jus ao pagamento do benefício de pensão por morte de forma vitalícia, tendo em vista as alterações introduzidas pela Lei 13.135/2015, no art. 77, §2º, V, alínea b, da Lei 8.213/91.

A esse respeito, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido da aplicação da lei vigente à época dos fatos, para fins de concessão de benefício previdenciário.

Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. OMISSÃO DO TRIBUNAL A *QUO*. NÃO OCORRÊNCIA. PENSÃO POR MORTE. LEI EM VIGOR POR OCASIÃO DO FATO GERADOR. OBSERVÂNCIA. SÚMULA 340/STJ. MANUTENÇÃO A FILHO MAIOR DE 21 ANOS E NÃO INVÁLIDO. VEDAÇÃO LEGAL. RECURSO PROVIDO.

1. Não se verifica negativa de prestação jurisdicional quando o Tribunal de origem examina a questão supostamente omitida “de forma criteriosa e percuciente, não havendo falar em provimento jurisdicional faltoso, senão em provimento jurisdicional que desampara a pretensão da embargante” (REsp 1.124.595/RS, Rel. Min. ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJe de 20/11/09).

2. A concessão de benefício previdenciário rege-se pela norma vigente ao tempo em que o beneficiário preenchia as condições exigidas para tanto. Inteligência da Súmula 340/STJ, segundo a qual “A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado”.

3. Caso em que o óbito dos instituidores da pensão ocorreu, respectivamente, em 23/12/94 e 5/10/01, durante a vigência do inc. I do art. 16 da Lei 8.213/91, o qual, desde a sua redação original, admite, como dependentes, além do cônjuge ou companheiro (a), os filhos menores de 21 anos, os inválidos ou aqueles que tenham deficiência mental ou intelectual.

4. Não há falar em restabelecimento da pensão por morte ao beneficiário, maior de 21 anos e não inválido, diante da taxatividade da lei previdenciária, porquanto não é dado ao Poder Judiciário legislar positivamente, usurpando função do Poder Legislativo. Precedentes.

5. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543 -C do Código de Processo Civil.

(RECURSO REPETITIVO 1369832/SP, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, j. 12/06/2013, DJe 07/08/2013, RSTJ vol 232, p. 87).

No caso dos autos, o óbito do instituidor do benefício ocorreu em 20/04/2016, na vigência da Lei 13.135/2015 que passou a estabelecer novos regramentos quanto ao período de gozo da pensão por morte, conforme art. 77, § 2º, V, alínea b, da Lei 8.213/91, que assim dispõe:

Art. 77. A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em parte iguais. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 2º O direito à percepção de cada cota individual cessará:

I - pela morte do pensionista;

II - para o filho, a pessoa a ele equiparada ou o irmão, de ambos os sexos, ao completar vinte e um anos de idade, salvo se for inválido ou tiver deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave;

III - para filho ou irmão inválido, pela cessação da invalidez;

V - pelo decurso do prazo de recebimento de pensão pelo cônjuge, companheiro ou companheira, nos termos do § 5º.

V - para cônjuge ou companheiro:

a) se inválido ou com deficiência, pela cessação da invalidez ou pelo afastamento da deficiência, respeitados os períodos mínimos decorrentes da aplicação das alíneas “b” e “c”;

b) em 4 (quatro) meses, se o óbito ocorrer sem que o segurado tenha vertido 18 (dezoito) contribuições mensais ou se o casamento ou a união estável tiverem sido iniciados em menos de 2 (dois) anos antes do óbito do segurado; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

c) transcorridos os seguintes períodos, estabelecidos de acordo com a idade do beneficiário na data de óbito do segurado, se o óbito ocorrer depois de vertidas 18 (dezoito) contribuições mensais e pelo menos 2 (dois) anos após o início do casamento ou da união estável:

1) 3 (três) anos, com menos de 21 (vinte e um) anos de idade;

- 2) 6 (seis) anos, entre 21 (vinte e um) e 26 (vinte e seis) anos de idade;
- 3) 10 (dez) anos, entre 27 (vinte e sete) e 29 (vinte e nove) anos de idade;
- 4) 15 (quinze) anos, entre 30 (trinta) e 40 (quarenta) anos de idade;
- 5) 20 (vinte) anos, entre 41 (quarenta e um) e 43 (quarenta e três) anos de idade;
- 6) vitalícia, com 44 (quarenta e quatro) ou mais anos de idade.

Dessa forma, a partir da vigência da Lei 13.135/2015, a pensão por morte que antes era paga de forma vitalícia, independentemente da idade do beneficiário, passou a ter sua duração máxima variável, conforme a idade e o tipo do beneficiário, bem como passou a ser exigida a comprovação de dois anos de casamento ou de união estável.

No presente caso, não restou comprovada a união estável pelo período alegado, uma vez que a prova material e oral produzidas são insuficientes para corroborar todo o período. Com efeito, não há prova material nos autos que demonstre a convivência pelo tempo alegado, bem como as duas testemunhas ouvidas, sob crivo do contraditório e da ampla defesa, não souberam afirmar há quanto tempo a união havia se iniciado.

Assim, resta mantida a r. sentença recorrida, eis que não restaram comprovados os requisitos que autorizam a vitaliciedade da pensão por morte.

Diante do exposto, *NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO DA PARTE AUTORA*.

É o voto.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0031803-59.2017.4.03.9999
(2017.03.99.031803-3)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelada: TAYNA MIRELA SILVA

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE BOITUVA - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN

Classe do Processo: Ap 2270347

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/02/2018

EMENTA

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE SALÁRIO-MATERNIDADE. LEGITIMIDADE DO INSS. RESPONSABILIDADE DA EMPREGADORA. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSECTÁRIOS.

- Legitimidade passiva *ad causam* do INSS para responder pelo pagamento do salário-maternidade, uma vez que o fato de a empresa pagar o valor do benefício, nos termos do § 1º do artigo 72 da Lei nº 8.213/91, não desnatura a relação jurídico-previdenciária, pois o ônus é da autarquia federal.

- A empresa que promove o pagamento do benefício tem o direito a efetuar a compensação com as contribuições incidentes sobre a folha de salários do empregador, nos termos do §1º, do art. 72 da Lei nº 8.213/91.

- O salário-maternidade está previsto no art. 7º, XVIII, da Constituição Federal de 1988, nos arts. 71 a 73 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 e nos arts. 93 a 103 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, consistindo no valor pago pelo INSS à segurada gestante durante seu afastamento, mediante comprovação médica, 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 condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade, nos termos do art. 71, *caput*, da Lei nº 8.213/91.

- Presentes os requisitos legais necessários à concessão do benefício, o pedido deve ser julgado procedente.

- A condição de desempregada, desde que no período de graça, não impede a concessão do benefício de salário-maternidade, cuja legitimidade para responder pelo pagamento é do INSS.

- Conforme disposição inserta no art. 219 do Código de Processo Civil 1973 (atual art. 240 Código de Processo Civil - Lei nº 13.105/2015), os juros de mora são devidos a partir da citação na ordem de 6% (seis por cento) ao ano, até a entrada em vigor da Lei nº 10.406/02, após, à razão de 1% ao mês, consonante com o art. 406 do Código Civil e, a partir da vigência da Lei nº 11.960/2009 (art. 1º-F da Lei 9.494/1997), calculados nos termos deste diploma legal.

- A correção monetária deve ser aplicada em conformidade com a Lei nº 6.899/81 e legislação superveniente (conforme o Manual de Cálculos da Justiça Federal), observados os termos da decisão final no julgamento do RE nº 870.947, Rel. Min. Luiz Fux.

- Os honorários advocatícios deverão ser fixados na liquidação do julgado, nos termos do inciso II, do § 4º, c.c. § 11, do artigo 85, do CPC/2015.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 24 de janeiro de 2018.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal GILBERTO JORDAN (Relator):

Trata-se de apelação em ação contra o INSS, objetivando a autora o benefício de salário-maternidade.

A sentença de fls. 75/78 julgou procedente o pedido para condenar o réu ao pagamento do benefício de salário-maternidade desde o requerimento administrativo em 29.08.15, corrigindo-se as parcelas vencidas pelos índices previdenciários e fixados juros de mora legais. Honorários de advogado fixados em 10% sobre a condenação. Sem reexame necessário.

Em suas razões de apelação, às fls. 87/101, requer o INSS o recebimento do apelo no duplo efeito, alega sua ilegitimidade passiva indicando ser o empregador o responsável pelo pagamento do salário maternidade. Subsidiariamente, requer a fixação do termo inicial na data do parto, da correção monetária e dos juros de mora nos termos da Lei nº 11960/09 e a redução da verba honorária.

Com contrarrazões.

É o relatório.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal GILBERTO JORDAN (Relator):

ADMISSIBILIDADE

Não se conhece da parte do apelo do INSS que requer a fixação do termo inicial do benefício na data do parto em 23.06.15 e não do requerimento administrativo fixado na sentença em 29.08.15, por ausência de interesse recursal, pois configuraria *reformatio in pejus*.

No mais, tempestivo o recurso e presentes os demais pressupostos de admissibilidade, passo ao exame da matéria objeto de devolução.

DUPLO EFEITO

Com o presente julgamento, resta prejudicado o pedido de recebimento do apelo no duplo efeito.

LEGITIMIDADE DO INSS

O INSS é parte legítima para responder pelo pagamento do salário-maternidade, uma vez que o fato de a empresa pagar o valor do benefício, nos termos do § 1º do artigo 72 da Lei nº 8.213/91, não desnatura a relação jurídico-previdenciária, pois o ônus é da autarquia federal.

Quando a empresa empregadora promove o pagamento do benefício tem o direito a efetuar a compensação com as contribuições incidentes sobre a folha de salários empregador, nos termos do §1º, do art. 72 da Lei nº 8.213/91.

Sobre o tema, confira-se a jurisprudência:

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE SALÁRIO-MATERNIDADE À SEGURADA EMPREGADA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO INSS. OBRIGAÇÃO JURÍDICO-PREVIDENCIÁRIA. EMPRESA PAGA O BENEFÍCIO EM NOME DA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA FEDERAL.

1. Recurso especial interposto pelo INSS no qual questiona a ofensa aos artigos 267, VI, do CPC e 72, § 1º, da Lei nº 8.213/91 ao argumento de que compete ao empregador pagar, em juízo, o salário-maternidade à empregada gestante.

2. A observância da literalidade do dispositivo da Lei de Benefícios, a fim de imputar à empresa a legitimidade passiva *ad causam*, indica inicialmente tratamento desigual a iguais, máxime porque em eventual lide as demais seguradas poderão acionar diretamente a autarquia previdenciária federal. De outro lado, impor à segurada empregada o ajuizamento de ação contra o empregador, para, só então, lhe garantir a via judicial contra o INSS denotaria estabelecer responsabilidade subsidiária deste não prevista em lei, nulificando por completo a efetividade do benefício.

3. A interpretação sistemática e teleológica do comando legal inserto no § 1º do artigo 72 da Lei nº 8.213/91 impõe reconhecer a legitimidade passiva *ad causam* do INSS, notadamente porque o fato de a empresa pagar o valor do salário-maternidade não desnatura a relação jurídico-previdenciária. O ônus é da autarquia federal e a empresa age em nome desta, em nítida posição de longa manus do Estado a fim de facilitar o recebimento do benefício por quem de direito, nada mais. Tanto é assim que o dispositivo prevê a compensação dos valores pagos à segurada na via tributária. Precedente: REsp 1309251/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/05/2013.

4. Pode a segurada ajuizar ação diretamente contra o INSS para perceber o salário-maternidade quando a empresa não lhe repassar o valor do benefício na vigência do contrato de trabalho.

5. Recurso especial não provido.

(STJ - REsp: 1346901 PR 2012/0205717-0, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 01/10/2013, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/10/2013)

No mesmo sentido: Resp 1511048, Rel. Min. Humberto Martins, j. 7.4.15.

SALÁRIO-MATERNIDADE

O salário-maternidade está previsto no art. 7º, XVIII, da Constituição Federal de 1988, nos arts. 71 a 73 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 e nos arts. 93 a 103 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, consistindo, segundo Sérgio Pinto Martins, “na remuneração paga pelo INSS à segurada gestante durante seu afastamento, de acordo com o período estabelecido por lei e mediante comprovação médica” (Direito da Seguridade Social. 19ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 387).

O benefício é devido à segurada da Previdência Social durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade, nos termos do art. 71, *caput*, da Lei nº 8.213/91.

Depreende-se que para a concessão do referido benefício é necessário que a beneficiária possua a qualidade de segurada e comprove a maternidade.

O artigo 71 da Lei Previdenciária, em sua redação original, apenas contemplava a empregada, urbana ou rural, a trabalhadora avulsa e a empregada doméstica como beneficiárias

do salário-maternidade. Este rol foi acrescido da segurada especial pela Lei nº 8.861, de 25 de março de 1994 e posteriormente, com a edição da Lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999, foram contempladas as demais seguradas da Previdência Social.

A qualidade de segurado, segundo Wladimir Novaes Martinez, é:

denominação legal indicativa da condição jurídica de filiado, inscrito ou genericamente atendido pela previdência social. Quer dizer o estado do assegurado, cujos riscos estão previdenciariamente cobertos.

(Curso de Direito Previdenciário - Tomo II. 2ª ed., São Paulo: LTr, 1998, p. 626).

Apenas as seguradas contribuintes individuais (autônomas, eventuais, empresárias etc.) devem comprovar o recolhimento de pelo menos 10 (dez) contribuições para a concessão do salário-maternidade. No caso de empregada rural ou urbana, trabalhadora avulsa e empregada doméstica tal benefício independe de carência.

A trabalhadora em regime de economia familiar, considerada segurada especial, também não necessita comprovar o recolhimento de contribuições previdenciárias, bastando apenas demonstrar o exercício da referida atividade nos 12 (doze) meses anteriores ao início do benefício, ainda que de forma descontínua, nos termos do art. 39, parágrafo único, da Lei nº 8.213/91.

Neste sentido o entendimento de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari:

Para a segurada especial fica garantida a concessão do salário-maternidade no valor de um salário-mínimo, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, nos doze meses imediatamente anteriores ao do início do benefício (artigo 39, parágrafo único, da Lei nº 8.213/91). É que nem sempre há contribuição em todos os meses, continuamente, em função da atividade tipicamente sazonal do agricultor, do pecuarista, do pescador, e de outras categorias abrangidas pela hipótese legal.

(Manual de Direito Previdenciário. 3ª ed., São Paulo; LTr, 2002, p. 390).

Ao caso dos autos.

A autora apresentou Certidão de nascimento do filho, João Baptistella Ferreira, ocorrido em 23.06.15, comprovando a maternidade (fl. 22). Assim, a ocorrência do parto na data acima mencionada é fato incontroverso.

A fim de comprovar o vínculo empregatício, juntou cópias da CTPS em que consta registro nos períodos de 10.07.14 a 19.09.14 e 01.10.14 a 23.10.14.

Conforme documento médico de fls. 21, em 19.09.14, a autora já estava grávida.

A condição de desempregada, desde que no período de graça, não impede a concessão do benefício de salário-maternidade, cuja legitimidade para responder pelo pagamento é do INSS.

Assim, faz jus a demandante ao benefício pleiteado com relação ao nascimento de seu filho, ocorrido em 23.06.15, pois restaram amplamente comprovados os requisitos legais para a concessão do benefício.

CONSECTÁRIOS

JUROS DE MORA

Conforme disposição inserta no art. 219 do Código de Processo Civil 1973 (atual art. 240 Código de Processo Civil - Lei nº 13.105/2015), os juros de mora são devidos a partir da citação na ordem de 6% (seis por cento) ao ano, até a entrada em vigor da Lei nº 10.406/02,

após, à razão de 1% ao mês, consonante com o art. 406 do Código Civil e, a partir da vigência da Lei nº 11.960/2009 (art. 1º-F da Lei 9.494/1997), calculados nos termos deste diploma legal.

CORREÇÃO MONETÁRIA

A correção monetária deve ser aplicada em conformidade com a Lei nº 6.899/81 e legislação superveniente (conforme o Manual de Cálculos da Justiça Federal), observados os termos da decisão final no julgamento do RE nº 870.947, Rel. Min. Luiz Fux.

HONORÁRIOS DE ADVOGADO

Com o advento do novo Código de Processo Civil, foram introduzidas profundas mudanças no princípio da sucumbência, e em razão destas mudanças e sendo o caso de sentença ilíquida, a fixação do percentual da verba honorária deverá ser definida somente na liquidação do julgado, com observância ao disposto no inciso II, do § 4º c.c. § 11, ambos do artigo 85, do CPC/2015, bem como o artigo 86, do mesmo diploma legal.

Os honorários advocatícios a teor da Súmula 111 do E. STJ incidem sobre as parcelas vencidas até a sentença de procedência.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, *não conheço de parte da apelação do INSS e, na parte conhecida, dou-lhe parcial provimento* para fixar os critérios de juros de mora e de correção monetária, fixados os honorários de advogado nos termos da fundamentação.

É o voto.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0032733-77.2017.4.03.9999
(2017.03.99.032733-2)

Apelante: HIAGO GABRIEL CORREA SALUSTIANO (incapaz)
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE OSVALDO CRUZ - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO RODRIGO ZACHARIAS
Classe do Processo: Ap 2271964
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/02/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. PESSOA COM DEFICIÊNCIA: CRIANÇA NASCIDA EM 2007. ARTIGOS 5º XXXIII, 6º E 193 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEIS 12.470/2011 13.146/2015. DEFICIÊNCIA NÃO VERIFICADA. RESPONSABILIDADE DOS PAIS. ARTIGO 229 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE IMPACTO NA VIDA FAMILIAR. SUBSIDIARIEDADE DA ASSISTÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO INDEVIDO. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

- Discute-se o preenchimento dos requisitos necessários à concessão do benefício de prestação continuada previsto no artigo 20 da Lei nº 8.742/93, regulamentado, atualmente, pelos Decretos nº 6.214/2007 e 7.617/2011.

- A LOAS deu eficácia ao inciso V do artigo 203 da Constituição Federal, ao estabelecer, em seu artigo 20, as condições para a concessão do benefício da assistência social, a saber: ser o postulante portador de deficiência ou idoso e, em ambas as hipóteses, comprovar não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

- O Supremo Tribunal Federal recentemente reviu seu posicionamento ao reconhecer que o requisito do artigo 20, §3º, da Lei nº 8.742/93 não pode ser considerado taxativo (STF, RE nº 580963, Tribunal Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe nº 225, 14/11/2013).

- Até o advento da Lei nº 12.470/2011, que deu nova redação ao artigo 2º, § 2º, da LOAS, só se concebia a concessão do benefício assistencial à pessoa com deficiência que não pudesse trabalhar. Somente com a alteração legislativa infraconstitucional que se dispensou a referência à impossibilidade de trabalhar.

- Segundo o artigo 7º, XXXIII, da Constituição Federal, os menores de 16 (dezesseis) anos não poderão trabalhar, de modo que não faz sentido conceder-se um benefício a quem, nem que quisesse, poderia trabalhar à luz do ordenamento jurídico. Interpretação lógico-sistemática.

- O legislador, pelas Leis nº 12.470/2011 e 13.146/2015, dispensou a exigência da incapacidade para o trabalho e para a vida independente. O foco, doravante, para fins de identificação da pessoa com deficiência, passa a ser a existência de impedimentos de longo prazo, apenas e tão somente.

- A responsabilidade dos pais pelos filhos é dever primário, e que a responsabilidade do Estado é subsidiária. Não cabe ao Estado substituir as pessoas em suas respectivas obrigações legais, mesmo porque os direitos sociais devem ser interpretados do ponto de vista da sociedade, não do indivíduo.

- A técnica de proteção social prioritária no caso é a família, em cumprimento ao disposto no artigo 229 da Constituição Federal, *in verbis*: “Art. 229 - Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”
- Necessário consignar, ainda, que, no caso de crianças e adolescentes até 16 (dezesseis) anos, proibidos de trabalhar segundo a Constituição Federal (vide supra), deverá ser levado em linha de conta o impacto na economia familiar do menor, por exigir a dedicação de um dos membros do grupo para seus cuidados, prejudicando a capacidade daquele grupo familiar de gerar renda.
- Não satisfação do requisito subjetivo da deficiência, à luz do laudo médico.
- Mantida a condenação da parte autora a pagar custas processuais e honorários de advogado, arbitrados em 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da causa, já majorados em razão da fase recursal, conforme critérios do artigo 85, §§ 1º e 11, do Novo CPC. Porém, fica suspensa a exigibilidade, na forma do artigo 98, § 3º, do referido código, por ser beneficiária da justiça gratuita.
- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 24 de janeiro de 2018.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator):

Trata-se de apelação interposta em face de sentença que julgou improcedente o pedido de concessão do benefício assistencial de prestação continuada à parte autora.

A parte autora alega o cumprimento dos requisitos para a concessão do benefício, no tocante à hipossuficiência e à condição de criança portadora de deficiência, pugnando pela reforma do julgado. Alega, precipuamente, que a ausência de incapacidade de trabalho não impede a concessão do benefício, à luz da atual redação do artigo 20, § 2º, da LOAS.

Contrarrazões apresentadas.

Subiram os autos a esta egrégia Corte.

O DD. Órgão do Ministério Público Federal sugere, fundamentadamente, o desprovi-mento do recurso.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator):

Conheço do apelo, em razão da satisfação de seus requisitos.

Quanto ao mérito, discute-se o preenchimento dos requisitos necessários à concessão do *benefício assistencial de prestação continuada* previsto no artigo 20 da Lei nº 8.742/93, regulamentado, atualmente, pelos Decretos nº 6.214/2007 e 7.617/2011.

Essa lei deu eficácia ao inciso V do artigo 203 da Constituição Federal, ao estabelecer, em seu artigo 20, as condições para a concessão do benefício da assistência social, a saber: ser o postulante *portador de deficiência ou idoso* e, em ambas as hipóteses, comprovar a *miserabilidade ou a hipossuficiência*, ou seja, não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

DA HIPOSSUFICIÊNCIA OU MISERABILIDADE

O critério da miserabilidade do § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93 não impede o julgador de levar em conta outros dados, a fim de identificar a situação de vida do idoso ou do deficiente, principalmente quando estiverem presentes peculiaridades, a exemplo de necessidades especiais com medicamentos ou com educação. Deve-se verificar, na questão in concreto, a ocorrência de situação de pobreza - entendida como a de falta de recursos e de acesso ao mínimo existencial -, a fim de se concluir por devida a prestação pecuniária da assistência social constitucionalmente prevista.

Logo, a presunção objetiva absoluta de miserabilidade, da qual fala a Lei, não afasta a possibilidade de comprovação da condição de miserabilidade por outros meios de prova, conforme precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 435.871, 5ª Turma Rel. Min. Felix Fischer, j. 19/9/2002, DJ 21/10/2002, p. 61, REsp nº 222.764, STJ, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, j. 13/2/2001, DJ 12/3/2001, p. 512; REsp nº 223.603/SP, STJ, 5ª T., Rel. Min. Edson Vidigal, DJU 21/2/2000, p. 163).

O próprio Supremo Tribunal Federal recentemente reviu, em julgamento com repercussão geral, seu posicionamento ao reconhecer que o requisito do artigo 20, §3º, da Lei nº 8.742/93 não pode ser considerado taxativo (STF, RE nº 580963, Tribunal Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe nº 225, 14/11/2013).

A decisão concluiu que a mera interpretação gramatical do preceito, por si só, pode resultar no indeferimento da prestação assistencial em casos que, embora o limite legal de renda per capita seja ultrapassado, evidenciam um quadro de notória hipossuficiência econômica.

Essa insuficiência da regra decorre não só das modificações fáticas (políticas, econômicas e sociais), mas principalmente das alterações legislativas que ocorreram no País desde a edição da Lei Orgânica da Assistência Social, em 1993.

A legislação federal recente, por exemplo, reiterada pela adoção de vários programas assistenciais voltados a famílias carentes, considera pobres aqueles com renda mensal *per capita* de até meio salário-mínimo (nesse sentido, a Lei nº 9.533, de 10/12/97 - regulamentada pelos Decretos nº 2.609/98 e 2.728/99; as Portarias nº 458 e 879, de 3/12/2001, da Secretaria da Assistência Social; o Decreto nº 4.102/2002; a Lei nº 10.689/2003, criadora do Programa Nacional de Acesso à Alimentação).

Ressalte-se que o critério do meio salário mínimo foi estabelecido para outros benefícios diversos do amparo social. Assim, não há como considerar o critério previsto no artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 como absoluto e único para a aferição da situação de miserabilidade,

até porque o próprio Estado Brasileiro elegeu outros parâmetros, como os defluente da legislação acima citada.

Vale dizer, não se pode tomar como “taxativo” o critério do artigo 20, § 3º, da LOAS, mesmo porque toda regra jurídica deve pautar-se na realidade fática. Entendo pessoalmente que, em todos os casos, outras circunstâncias devem ser levadas em conta, mormente se o patrimônio do requerente também se subsume à noção de hipossuficiência, devendo ser apurado se vive em casa própria, com ou sem ar condicionado, se possui veículo, telefones celulares, auxílio permanente de parentes ou terceiros etc.

Sendo assim, podem-se estabelecer alguns parâmetros norteadores da análise individual de cada caso, como por exemplo:

- a) todos os que recebem renda familiar per capita inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo são miseráveis;
- b) nem todos que percebem renda familiar per capita superior a $\frac{1}{4}$ e inferior a $\frac{1}{2}$ salário mínimo são miseráveis;
- c) nem todos que percebem renda familiar per capita superior a $\frac{1}{2}$ salário mínimo deixam de ser miseráveis;
- d) todos que perceberem renda mensal familiar superior a um salário mínimo (artigo 7º, IV, da Constituição Federal) não são miseráveis.

Vamos adiante.

Para se apurar se a renda *per capita* do requerente atinge, ou não, o âmbito da hipossuficiência, faz-se mister abordar o conceito de *família*.

O artigo 20 da Lei nº 8.742/93 estabelecia, ainda, para efeitos da concessão do benefício, os conceitos de família (conjunto de pessoas do art. 16 da Lei nº 8.213/91, desde que vivendo sob o mesmo teto - § 1º), de pessoa portadora de deficiência (aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho - § 2º) e de família incapacitada de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa (aquela com renda mensal per capita inferior a um quarto do salário mínimo - § 3º).

A Lei nº 12.435, vigente desde 7/7/2011, alterou os §§ 1º e 2º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93, estabelecendo que a família, para fins de concessão do benefício assistencial, deve ser aquela composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

IDOSOS E PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Na hipótese de postulante *idoso*, a idade mínima de 70 (setenta) anos foi reduzida para 67 (sessenta e sete) anos pela Lei nº 9.720/98, a partir de 1º de janeiro de 1998, e, mais recentemente, para 65 (sessenta e cinco) anos, com a entrada em vigor do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03).

No que se refere ao conceito de *pessoa portadora de deficiência* - previsto no § 2º da Lei nº 8.742/93, com a redação dada pela Lei nº 13.146/2015 -, passou a ser considerada aquela com impedimentos de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, possam obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Assim, ratificou-se o entendimento consolidado nesta Corte de que o rol previsto no artigo 4º do Decreto nº 3.298/99 (regulamentar da Lei nº 7.853/89, que dispõe sobre a Polí-

tica Nacional da Pessoa Portadora de Deficiência) não era exaustivo; portanto, constatado que os males sofridos pelo postulante impedem sua inserção social, restará preenchido um dos requisitos exigidos para a percepção do benefício.

Menciona-se também o conceito apresentado pela ONU, elaborado por meio da Resolução nº XXX/3.447, que conforma a Declaração, em 09/12/1975, *in verbis*:

1. O termo “pessoa deficiente” refere-se a qualquer pessoa incapaz de assegurar a si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais.

Esse conceito dá maior ênfase à necessidade, inclusive da vida individual, ao passo que o conceito proposto por Luiz Alberto David Araujo prioriza a questão da integração social, como se verá.

Nair Lemos Gonçalves apresentou os principais requisitos para sua definição:

desvio acentuado dos mencionados padrões médios e sua relação com o desenvolvimento físico, mental, sensorial ou emocional, considerados esses aspectos do desenvolvimento separada, combinada ou globalmente. (Verbete Excepcionais. In: Enciclopédia Saraiva de Direito, n. XXXIV. São Paulo: Saraiva, 1999).

Luiz Alberto David Araujo, por sua vez, compilou muitos significados da palavra deficiente, extraídos dos dicionários de Língua Portuguesa. Observa ele que, geralmente, os dicionários trazem a idéia de que a pessoa deficiente sofre de falta, de carência ou de falha.

Esse autor critica essas noções porque a idéia de deficiência não se apresenta tão simples, à medida que as noções de falta, de carência ou de falha não abrangem todas as situações de deficiência, como, por exemplo, o caso dos superdotados, ou de um portador do vírus HIV que consiga levar a vida normal, sem manifestação da doença, ou ainda de um trabalhador intelectual que tenha um dedo amputado.

Por ser a noção de falta, carência ou falha insuficiente à caracterização da deficiência, Luiz Alberto David Araujo propõe um norte mais seguro para se identificar a pessoa protegida, cujo fator determinante do enquadramento, ou não, no conceito de pessoa portadora de deficiência, seja o meio social:

O indivíduo portador de deficiência, quer por falta, quer por excesso sensorial ou motor, deve apresentar dificuldades para seu relacionamento social. O que define a pessoa portadora de deficiência não é falta de um membro nem a visão ou audição reduzidas. O que caracteriza a pessoa portadora de deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade para a sua integração social é o que definirá quem é ou não portador de deficiência. (A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 18-22).

E quanto mais complexo o meio social, maior rigor se exigirá da pessoa portadora de deficiência para sua adaptação social. De outra parte, na vida em comunidades mais simples, como nos meios agrícolas, a pessoa portadora de deficiência poderá integrar-se com mais facilidade.

Desse modo, o conceito de Luiz Alberto David Araujo é adequado e de acordo com a

norma constitucional, motivo pelo qual é possível seu acolhimento para a caracterização desse grupo de pessoas protegidas nas várias situações reguladas na Constituição Federal, nos arts. 70, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 203, V e 208, III.

Mas é preciso delimitar a proteção constitucional apenas àquelas pessoas que realmente dela necessitam, porquanto existem graus de deficiência que apresentam menores dificuldades de adaptação à pessoa. E tal verificação somente poderá ser feita diante de um caso concreto.

Luiz Alberto David Araujo salienta que os casos-limite podem, desde logo, ser excluídos, como o exemplo do bibliotecário que perde um dedo ou do operário que perde um artelho; em ambos os casos, ambos continuam integrados socialmente. Ou ainda pequenas manifestações de retardo mental (deficiência mental leve) podem passar despercebidas em comunidades simples, pois tal pessoa poderá “não encontrar problemas de adaptação a sua realidade social (escola, trabalho, família)”, de maneira que não se pode afirmar que tal pessoa deverá receber proteção, “tal como aquele que sofre restrições sérias em seu meio social” (obra citada, páginas 42/43).

A questão, assim, não se resolve sob o ângulo da deficiência, mas, sim sob o prisma da integração social. Há pessoas portadoras de deficiência que não encontram qualquer problema de adaptação no meio social. Dentro de uma comunidade de doentes, isolados por qualquer motivo, a pessoa portadora de deficiência não encontra qualquer outro problema de integração, pois todos têm o mesmo tipo de dificuldade (obra citada, p. 43).

Enfim, a constatação da existência de *graus de deficiência* é de fundamental importância para identificar aqueles que receberão a proteção social prevista no art. 203, V, da Constituição Federal.

Feitas essas considerações, torna-se possível inferir que *não será qualquer pessoa portadora de deficiência* que se subsumirá no molde jurídico protetor da Assistência Social.

SUBSIDIARIEDADE DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

Resta consignar que a Assistência Social, tal como regulada na Constituição Federal e na Lei nº 8.742/93, tem caráter *subsidiário* em relação às demais técnicas de proteção social (previdência social, previdência privada, caridade, família, poupança etc), dada a gratuidade de suas prestações.

Com efeito, levando-se em conta o alto custo do pretendido “Estado de bem-estar social”, forjado no Brasil pela Constituição Federal de 1988 quando a grande maioria dos países europeus já haviam reconhecido sua inviabilidade financeira, lícito é inferir que só deve ser prestada em casos de real necessidade, dentro das estritas regras do direito material, sob pena de comprometer a mesma proteção social não apenas das futuras gerações, mas também da atual.

De fato, o benefício previsto no artigo 203, V, da Constituição Federal tem o valor de 1 (um) salário mínimo, ou seja, a mesma quantia paga a milhões de brasileiros que se aposentaram no Regime Geral de Previdência Social mediante o pagamento de contribuições, durante vários anos.

De modo que a assistência social deve ser fornecida com critério, pois do contrário se gerarão privilégios e desigualdades, em oposição à própria natureza dos direitos sociais que é a de propiciar igualdade, isonomia de condições a todos.

Diga-se de passagem que a concessão indiscriminada do benefício assistencial geraria não apenas injustiça aos contribuintes da previdência social, mas incentivo para que estes parem de contribuir, ou mesmo não se filiem ou não contribuam, o que constitui situação anômala e gravíssima do ponto de vista atuarial.

No mais, não deve o Estado substituir a sociedade em situações onde esta consegue, ela própria, mediante esforço, resolver suas pendências, sob pena de se construir uma sociedade de *freeloaders*, cada vez mais dependente das prestações do Estado e incapaz de construir um futuro social e economicamente viável para si própria.

Nesse diapasão, a proteção social baseada na *solidariedade legal* não tem como finalidade cobrir contingências encontradas somente na letra da lei (*dever-ser*) e não no mundo dos fatos (*ser*). Cabe, em casos que tais, à sociedade (*solidariedade social*) prestar na medida do possível assistência aos próximos.

Cumprе salientar que o benefício de prestação continuada foi previsto para, na impossibilidade de atender a um público maior, para socorrer os *desamparados* (artigo 6º, *caput*, da CF), ou seja, àquelas pessoas que sequer teriam possibilidade de equacionar um orçamento doméstico, pelo fato de não terem renda ou de ser essa insignificante.

Por fim, quanto a esse tópico, lícito é inferir que quem está coberto pela previdência social está, *em regra*, fora da abrangência da assistência social. Nesse sentido, prelecionou Celso Bastos, *in verbis*:

A assistência Social tem como propósito satisfazer as necessidades de pessoas que não podem gozar dos benefícios previdenciários, mas o faz de uma maneira comedida, para não incentivar seus assistidos à ociosidade. Concluímos, portanto, que os beneficiários da previdência social estão automaticamente excluídos da assistência social. O benefício da assistência social, frise-se, não pode ser cumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo o de assistência médica (Celso Bastos e Ives Gandra Martins, *in Comentários à Constituição do Brasil*, 8o Vol., Saraiva, 2000, p. 429).

CRIANÇAS E ADOLESCENTES ATÉ 16 ANOS

Um caso peculiar de pessoa com deficiência, à luz da Constituição e legislação infraconstitucional, é a criança e o adolescente até dezesseis anos, demandando análise pormenorizada do intérprete a fim de aferir a possibilidade jurídica de concessão do benefício a tais espécies de requerentes, pelas razões passo a expor.

O conceito de pessoa portadora de deficiência, para fins do benefício de amparo social, foi tipificada no artigo 20, § 2º, da Lei nº 8.742/93, que em sua redação original assim dispunha:

§ 2º - Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.

Como se vê, pressupunha-se que o deficiente era aquele que: a) tinha necessidade de trabalhar, mas não podia, por conta da deficiência; b) estava também incapacitado para a vida independente. Ou seja, o benefício era devido a quem deveria trabalhar, mas não poderia e, além disso, não tinha capacidade para uma vida independente sem a ajuda de terceiros.

Lícito é concluir que, tal qual os benefícios previdenciários, o benefício de amparo social, enquanto em vigor a redação original do artigo 20, § 2º, da Lei nº 8.742/93, era substitutivo do salário. Isto é, era reservado aos que tinham a possibilidade jurídica de trabalhar, mas não tinham a possibilidade física ou mental para tanto.

Dito isso, o próximo ponto a ser levado em linha de conta é se as crianças e adolescentes - impedidas de trabalhar por força de norma constitucional - enquadravam-se, ou não, dentre os possíveis percipientes do benefício de amparo social.

Eis a redação do artigo 7º, XXXIII, da Constituição Federal, dada pela Emenda Constitucional nº 20/1998:

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

Impende inferir, segundo o Texto Magno, que os menores de 16 (dezesseis) anos não poderão trabalhar, ainda que o pudessem e quisessem.

Pergunta-se então: à luz da redação original do artigo 2º, § 2º, da LOAS, qual sentido em conceder-se um benefício a quem (crianças e adolescentes até dezesseis anos) não poderia juridicamente trabalhar, nem que o quisesse?

Realmente, forçoso identificar nesse contexto um contrassenso, porquanto se deduz, da norma constitucional, que qualquer criança ou adolescente até dezesseis anos deverá ter provido o sustento por sua família, não por ela própria, já que impedida de trabalhar.

A propósito, o Código Civil e a própria Constituição Federal, esta no artigo 229, determina aos pais que cuidem de seus filhos, enquanto menores.

À vista de tais considerações, pela interpretação lógico-sistemática da Constituição, conclui-se que as crianças e adolescentes até 16 (dezesseis) anos não tinham direito ao benefício assistencial.

De fato, a Seguridade Social é instrumento de proteção social a ser concedida àqueles que não podem trabalhar, por alguma contingência ou algum risco social, e exatamente por isso não conseguem sustento algum.

Deve ser evocado, outrossim, aqui, o princípio do primado do trabalho, esculpido no *artigo 193 da Constituição Federal*. Vale dizer, o Estado só pode prover a subsistência da pessoa em casos excepcionais, quando ela não tem possibilidades físicas ou mentais de trabalhar.

Nunca é demais lembrar que o trabalho não é apenas um *direito*, previsto no artigo 6º da Carta Magna, mas um *dever*, pois sem o trabalho não há sociedade, não há nação e não se concebe a própria noção de Ordem Social ou mesmo de Estado.

Consequentemente, partindo-se da premissa que o benefício de amparo social é devido somente a quem, por ser deficiente ou idoso, não pode trabalhar, aquele que está constitucionalmente impedido de trabalhar (crianças e adolescentes até dezesseis anos) não terá direito a esse tipo de benefício, exatamente porque se presume que terão o sustento provido por suas respectivas famílias ou responsáveis, de quem são dependentes.

Cuida-se uma questão de *interpretação lógico-sistemática*, notadamente porque a Seguridade Social, bem de todos, deve ser concedida somente quando a sociedade não puder lidar, ela própria, com suas contingências sociais. O sistema de proteção social não tem o escopo de substituir a sociedade naquilo que concerne às suas próprias obrigações.

Jamais se pode olvidar que cabe à família, em primeiro lugar, buscar seu próprio sustento por meio do trabalho, só podendo o Estado assumir a subsistência da pessoa em casos excepcionalíssimos: exatamente aqueles previstos no art. 203, inciso V, da CF.

Mas vamos adiante.

A redação original do artigo 20, § 2º, da LOAS foi alterada pelo Congresso Nacional, exatamente porque sua dicção gerava um sem número de controvérsias interpretativas na jurisprudência.

A *Lei n.º 12.435/2011* deu nova redação ao § 2º do artigo 20 da LOAS, que esculpe o perfil da pessoa com deficiência para fins assistenciais, da seguinte forma:

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se: (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

I - pessoa com deficiência: aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas;

II - impedimentos de longo prazo: aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.

Uma vez mais, há referência do legislador à impossibilidade de *trabalhar*, de modo que o benefício continuou sendo destinado àqueles deficientes que: a) tinha necessidade de trabalhar, mas não podia, por conta de limitações físicas ou mentais; b) estava também incapacitado para a vida independente.

Consequentemente, aos fatos ocorridos na vigência da Lei nº 12.435/2011, reputo continuar impossível juridicamente a concessão de benefício de amparo social aos menores de 16 (dezesseis) anos de idade.

Todavia, o legislador, não satisfeito, novamente alterou a redação do artigo 20, § 2º, da Lei nº 8.742/93, e o conceito de pessoa com deficiência foi uma vez mais alterado, pela *Lei nº 11.470/2011*, passando a ter a seguinte dicção:

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Nota-se que, com o advento desta novel lei, dispensou-se a menção à incapacidade para o trabalho ou à incapacidade para a vida independente, como requisito à concessão do benefício assistencial.

Destarte, tal circunstância (a entrada em vigor de nova lei) deve ser levada em conta neste julgamento, *ex vi* o artigo 462 do CPC/73 e 493 do NCPC.

Finalmente, a Lei nº 13.146/2015, que “institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência”, com início de vigência em 02/01/2016, novamente alterou a redação do artigo 20, § 2º, da LOAS, *in verbis*:

§ 2º Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Reafirma-se, assim, que o foco, doravante, para fins de identificação da pessoa com deficiência, passa a ser a existência de impedimentos de longo prazo, apenas e tão somente, tornando-se despicienda a referência à necessidade de trabalho.

À vista de tais considerações, alterando entendimento anterior após melhor análise da questão, concluo que *apenas e tão somente em 31/8/2011, quando entrou em vigor a Lei nº 12.470, passaram as crianças e adolescentes a adquirir direito ao recebimento do benefício*

de amparo social, desde que satisfeitos os requisitos da nova legislação.

Necessário consignar, ainda, que, no caso de crianças e adolescentes até 16 (dezesseis) anos, proibidos de trabalhar segundo a Constituição Federal (vide *supra*), deverá ser levado em linha de conta o impacto na economia familiar do menor, por exigir a dedicação de um dos membros do grupo para seus cuidados, prejudicando a capacidade daquele grupo familiar de gerar renda.

Nesse sentido, o precedente da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, *in verbis* (g.n.):

PREVIDENCIÁRIO. LOAS. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO. PARADIGMA QUE SE REPORTA A JULGADO DE TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. DESCABIMENTO. ART. 14, § 2º, DA LEI Nº 10.259/2001. SIMILITUDE FÁTICA ENTRE O ARESTO FUSTIGADO E OS PARADIGMAS JUNTADOS. TESES DISCREPANTES QUANTO À POSSIBILIDADE DE SE CONCEDER BENEFÍCIO (LOAS) A REQUERENTE MENOR DE 16 (DEZESSEIS) ANOS, TENDO EM VISTA A MENORIDADE. INCIDENTE CONHECIDO. TESE ATUALMENTE UNIFORMIZADA NESTA TNUJEF's NO SENTIDO DE QUE, PARA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIO ASSISTENCIAL A MENOR, OBSERVAM-SE OS CONDICIONANTES ESTABELECIDOS NO ARESTO PROFERIDO NO PROCESSO Nº 2007.83.03.50.1412-5. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO PROVIDO EM PARTE.

I. A divergência, passível de ser conhecida pela TNUJEF's, decorre de “pedido fundado em divergência entre decisões de turmas de diferentes regiões ou da proferida em contrariedade a súmula ou jurisprudência dominante do STJ será julgado por Turma de Uniformização, integrada por juízes de Turmas Recursais, sob a presidência do Coordenador da Justiça Federal”, na forma do §2º do art. 14 da Lei nº 10.259/2001.

II. Decisões oriundas de tribunais regionais federais ou de turmas recursais vinculadas à mesma Região da Justiça Federal da Turma de origem não podem ser conhecidas para efeito de constar como paradigmas, nos termos legais.

III. Quanto aos paradigmas oriundos de Turmas Recursais vinculadas à Região diferente (3ª Região) daquela da Turma de origem, evidencia-se do exame do aresto recorrido que há discrepância entre a tese trazida neste e a apontada no excerto desses julgados trazidos pela parte recorrente. É que a decisão fustigada firmou a tese de que, no caso de menor de 16 (dezesseis) anos, a incapacidade pode ser presumida. Os paradigmas, de sua parte, ressaltam que essa incapacitação deve decorrer de questão médica.

IV. Esta TNU, a partir do julgamento proferido no Processo nº 2007.83.03.50.1412-5, julgamento este proferido após o voto anterior deste Relator neste feito, ora retificado acolhendo as razões do voto-vista do juiz federal José Antônio Savaris, firmou a tese de que, em se tratando de benefício decorrente da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), a incapacitação, para efeito de concessão do benefício a menor de 16 (dezesseis) anos, deve observar, além da deficiência, que implique limitação ao desempenho de atividades ou restrição na participação social, compatíveis com a idade do menor, bem como o impacto na economia do grupo familiar do menor, seja por exigir a dedicação de um dos membros do grupo para seus cuidados, prejudicando a capacidade daquele grupo familiar de gerar renda.

V. Aplicação ao caso em análise de todos os condicionantes estabelecidos no voto-vista, proferido neste feito, bem como no aresto proferido no julgamento do Processo nº 2007.83.03.50.1412-5, razão pela qual os autos devem retornar à Origem, a fim de que perfaça o cotejo fático diante da tese firmada nesta TNU e aplicada à situação retratada no incidente.

VI. Pedido de uniformização conhecido e provido em parte.

(PEDILEF 200580135061286, PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DE LEI FEDERAL, Relator(a) JUIZ FEDERAL RONIVON DE ARAGÃO, TNU, Data da Decisão 11/10/2010, Fonte/Data da Publicação DOU 08/07/2011).

CASO CONCRETO

A r. sentença deve ser mantida.

A parte autora, criança de tenra idade, requereu o benefício na condição de pessoa com deficiência.

Segundo a perícia médica, ela, nascida em 20/7/2013, não atende ao critério legal de pessoa portadora de deficiência, conquanto portadora de ictiose, que causa hiperqueratose na pele.

As limitações maiores do autor, por ora, são devidas à pouca idade, cabendo aos pais os cuidados necessários ao desenvolvimento da pessoa humana. Ele inclusive possui desenvolvimento intelectual normal, segundo a perícia.

O autor vive com o pai, a madrasta e dois irmãos menores, em casa financiada pela CEF, a renda familiar vinda do trabalho formal do pai.

E a responsabilidade dos pais pelos filhos é dever primário, e que a responsabilidade do Estado é subsidiária. Não cabe ao Estado substituir as pessoas em suas respectivas obrigações legais, mesmo porque os direitos sociais devem ser interpretados do ponto de vista da sociedade, não do indivíduo.

E a técnica de proteção social prioritária no caso é a família, em cumprimento ao disposto no artigo 229 da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 229 - Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

De modo que cabe aos pais - que a colocaram neste mundo - exercer o dever constitucional de cuidar de sua filha, segundo o *artigo 229 da Constituição Federal*, até que ela tenha idade para assumir responsabilidades.

Numa sociedade sedenta de prestações sociais do Estado, mas sem mínima vontade de contribuir para o custeio do sistema de seguridade social, é preciso realmente discriminar quais são os casos que configuram “necessidades sociais”. Pois a assunção desmedida, pelo Estado, de atribuições cabíveis à própria sociedade fará com que o país se consolide na via infamante do subdesenvolvimento.

Pertinente, *in casu*, o ensinamento do professor de direito previdenciário Wagner Balera, quando pondera a respeito da dimensão do *princípio da subsidiariedade*:

O Estado é, sobretudo, o guardião dos direitos e garantias dos indivíduos. Cumpre-lhe, assinala Leão XIII, agir em favor dos fracos e dos indigentes exigindo que sejam, por todos respeitados os direitos dos pequenos. Mas, segundo o princípio da subsidiariedade - que é noção fundamental para a compreensão do conteúdo da doutrina social cristã - o Estado não deve sobrepor-se aos indivíduos e aos grupos sociais na condução do interesse coletivo. Há de se configurar uma permanente simbiose entre o Estado e a sociedade, de tal sorte que ao primeiro não cabe destruir, nem muito menos exaurir a dinâmica da vida social I (é o magistério de Pio XI, na Encíclica comemorativa dos quarenta anos da “Rerum Novarum”, a “Quadragésimo Anno”, pontos 79-80). (Centenárias Situações e Novidade da “Rerum Novarum”, p. 545).

Não satisfeito o requisito subjetivo, abstração da possível satisfação do requisito objetivo (relatório social às f. 150/151), indevido é a concessão do benefício.

Fica mantida a condenação da parte autora a pagar custas processuais e honorários de advogado, arbitrados em 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da causa, já majorados

em razão da fase recursal, conforme critérios do artigo 85, §§ 1º e 11, do Novo CPC. Porém, fica suspensa a exigibilidade, na forma do artigo 98, § 3º, do referido código, por ser beneficiária da justiça gratuita.

Ante o exposto, *conheço da apelação e lhe nego provimento.*

É o voto.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

Direito Processual Civil



APELAÇÃO CÍVEL
0001172-30.2011.4.03.6124
(2011.61.24.001172-6)

Apelante: ESTER LOPES DE SANTANA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JALES - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA
Classe do Processo: Ap 1808882
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/01/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA CONCEDIDA NA AÇÃO DE CONHECIMENTO. EXTENSÃO AOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO DE BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. POSSIBILIDADE.

I - Não merece prosperar a alegação de que os valores a receber decorrentes da execução do título executivo judicial teria o condão de revogar os benefícios da assistência judiciária gratuita concedidos à parte autora. A quantia a ser recebida pelo exequente refere-se a parcelas atrasadas de verba alimentar que deveriam ter sido pagas mensalmente pela autarquia. O simples fato de receber acumuladamente o valor não pago ao longo dos anos não consubstancia, por si só, alteração da situação econômica do segurado a justificar a revogação da gratuidade. Trata-se de mera recomposição do prejuízo suportado pelo segurado em decorrência da inadimplência do INSS.

II - O beneficiário da assistência judiciária gratuita deve ser condenado ao pagamento dos honorários advocatícios, cuja exigibilidade ficará suspensa, nos termos do art. 98, §3º, do CPC.

III - Com relação ao pedido de compensação dos honorários advocatícios fixados nos embargos à execução com aqueles devidos pela autarquia no processo de conhecimento, não há como possa o pleito ser acolhido. Consoante jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, o instituto da compensação pressupõe o acerto de contas entre os mesmos credores e devedores, sendo que, no tocante aos honorários, o valor pertence ao advogado, o qual possui relação creditícia autônoma.

IV - Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 11 de dezembro de 2017.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de embargos à execução opostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, alegando excesso de execução.

O Juízo *a quo* julgou procedentes os embargos, acolhendo os cálculos do embargante.

Condeno a embargada a arcar com honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da causa (...), que poderão ser compensados do valor devido na execução (fls. 35v.).

Inconformada, apelou a embargada, alegando em síntese:

a procedência do presente Recurso de Apelação, reformando a sentença de primeira instância dos Embargos à Execução, excluindo a condenação da Embargada, ora Apelante, ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da causa, fazendo consignar que ela é beneficiária da assistência judiciária gratuita no processo de conhecimento (...) e, portanto, também nos Embargos à Execução (fls. 50).

Com contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

É o breve relatório.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

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

Não merece prosperar a alegação de que os valores a receber decorrentes da execução do título executivo judicial teria o condão de revogar os benefícios da assistência judiciária gratuita concedidos à parte autora. A quantia a ser recebida pelo exequente refere-se a parcelas atrasadas de verba alimentar que deveriam ter sido pagas mensalmente pela autarquia. O simples fato de receber acumuladamente o valor não pago ao longo dos anos não consubstancia, por si só, alteração da situação econômica do segurado a justificar a revogação da gratuidade. Trata-se de mera recomposição do prejuízo suportado pelo segurado em decorrência da inadimplência do INSS.

Neste sentido, transcrevo o precedente, *in verbis*:

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. APELAÇÃO. INTIMAÇÃO PESSOAL. SÚMULA 410 DO STJ. MORA NA IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO MULTA. ASTREINTE. LEGALIDADE. JUSTIÇA GRATUITA. REVOGAÇÃO. DESCABIMENTO.
(...)

VI. O fato de a parte embargada ter créditos a receber não afasta a sua condição de miserabilidade a ponto de perder o benefício da justiça gratuita que lhe fora deferido na ação principal.

VII. Apelação não provida.

(TRF-3ª Região, 7ª Turma, AC 0020212-13.2011.4.03.9999, Relator Desembargador Federal Paulo Domingues, j. 26/06/17, v.u., e-DJF3 04/07/2017, grifos meus)

No entanto, o beneficiário da assistência judiciária gratuita deve ser condenado ao pagamento dos honorários advocatícios, cuja exigibilidade ficará suspensa, nos termos do art. 98, §3º, do CPC, conforme entendimento do C. STJ:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. OBRIGAÇÃO DE PAGAR NÃO FIXADA NO TÍTULO EXECUTIVO. INVIABILIDADE.

(...)

3. O deferimento da justiça gratuita não faz com que não deva haver condenação em honorários advocatícios, mas apenas indica que esses terão sua exigibilidade suspensa até que se altere a situação econômica do beneficiário. É essa a hipótese dos autos, tendo em vista a gratuidade da justiça deferida à fl.64 do MS 15.432/DF.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg. nos Embargos à Execução em Mandado de Segurança nº 15.432/DF, Primeira Seção, Relator Ministro Herman Benjamin, v.u., j. 28/06/17, DJe 01/08/2017)

Com relação ao pedido de compensação dos honorários advocatícios fixados nos embargos à execução com aqueles devidos pela autarquia no processo de conhecimento, não há como possa o pleito ser acolhido. Consoante jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, o instituto da compensação pressupõe o acerto de contas entre os mesmos credores e devedores, sendo que, no tocante aos honorários, o valor pertence ao advogado, o qual possui relação creditícia autônoma, consoante os precedentes do C. STJ, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. DEFERIMENTO ANTERIOR DA BENESSE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS NA AÇÃO DE EXECUÇÃO COM AQUELES ESTABELECIDOS NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. PRECEDENTES DO STJ.

1. Trata-se de recurso do INSS, para fins de compensação de honorários advocatícios, em pleito em que houve sucumbência recíproca, mas a parte adversa era beneficiária da justiça gratuita.

2. No feito ora em julgamento, está sendo apreciada a impossibilidade de compensação de verba honorária fixada na Execução com aquela decorrente da procedência dos Embargos do Devedor, assim como já reconhecida pelos EDcl no AgRg no AREsp 612.494/RS. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 18/5/2016.

3. No julgamento do REsp 1.402.616/RS, em 10/12/2014, DJ 2/3/2015 a Primeira Seção do STJ realinhou o entendimento para não mais permitir a compensação. Nesse julgamento, ao inaugurar a divergência, o Ministro Ari Pargendler lançou importantes considerações a respeito do conceito de compensação, segundo o qual credor e devedor devem ser as mesmas pessoas e, ainda, a verba honorária pertence ao advogado, que tem sobre ela direito autônomo.

4. O STJ firmou entendimento no sentido da impossibilidade da compensação dos honorários advocatícios, em caso de sucumbência recíproca, mesmo quando uma das partes seja beneficiária da assistência judiciária gratuita. (EDcl no AgRg no AREsp 629.132/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 6/5/2015). 5. Recurso Especial não provido.

(REsp. nº 1.645.820, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, v.u. j. 07/03/2017, DJe 27/04/2017, grifos meus)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DA VERBA FIXADA NA AÇÃO DE CONHECIMENTO COM AQUELA ESTABELECIDO NA EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE ENTRE CREDOR E DEVEDOR. INEXISTÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. NATUREZA ALIMENTÍCIA DA VERBA DEVIDA AO CAUSÍDICO DISTINTA DA NATUREZA DE CRÉDITO PÚBLICO

DA VERBA DEVIDA AO INSS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES.

1. Nos termos do art. 368 do Código Civil/2002, a compensação é possível quando duas pessoas forem ao mesmo tempo credora e devedora uma da outra.
2. A partir da exigência de que exista sucumbência recíproca, deve-se identificar credor e devedor, para que, havendo identidade subjetiva entre eles, possa ser realizada a compensação, o que não se verifica na hipótese em exame.
3. No caso, os honorários advocatícios devidos pelo ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL na ação de conhecimento pertencem ao Advogado. Já os honorários devidos ao Estado pelo êxito na execução são devidos pela parte sucumbente, e não pelo causídico, não havendo claramente identidade entre credor e devedor, não sendo possível, outrossim, que a parte disponha da referida verba, que, repita-se, não lhe pertence, em seu favor.
4. Em segundo lugar, a natureza jurídica das verbas devidas são distintas: os honorários devidos ao Advogado têm natureza alimentícia, já a verba honorária devida ao Estado tem natureza de crédito público, não havendo como ser admitida a compensação nessas circunstâncias.
5. Assim, não há possibilidade de se fazer o encontro de contas entre credores que não são recíprocos com créditos de natureza claramente distinta e também sem que ocorra sucumbência recíproca.
6. Embargos acolhidos, com efeitos infringentes, para negar provimento ao Recurso Especial do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.
(EDcl. no AgRg. no REsp. nº 1.321.459/RS, Primeira Turma, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, v.u., j. 04/10/16, DJe 19/10/16).

Dessa forma, a verba honorária fixada na sentença ficará com a exigibilidade suspensa, nos termos do art. 98, §3º, do CPC, por ser a parte autora beneficiária da justiça gratuita.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação, na forma acima indicada.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO RESCISÓRIA

0008858-73.2015.4.03.0000

(2015.03.00.008858-5)

Embargantes: OSVALDO BAU E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS.

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

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS

Classe do Processo: AR 10398

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/01/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO INSS. DESAPOSENTAÇÃO. JULGAMENTO PELO STF DO RE 661.256, EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES AO RECURSO. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI CONFIGURADA. DESCONSTITUIÇÃO DO JULGADO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO FORMULADO NA AÇÃO SUBJACENTE. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO RÉU PREJUDICADOS.

. O acórdão embargado rejeitou a preliminar de carência de ação, deixou assentado não ser aplicável, neste caso, o óbice da Súmula 343/STF, posto que em discussão a violação de normas constitucionais, afastou a decadência, entendendo que o prazo decadencial previsto no art. 103 da Lei 8.213/91 não se aplica aos casos de desaposentação, e julgou improcedente o pedido da autarquia de rescisão de julgado que acolheu pedido de desaposentação formulado na ação subjacente, sem a necessidade de devolução dos valores recebidos pelo réu.

. De acordo com o julgamento proferido pelo Plenário do STF no recurso submetido à sistemática da repercussão geral - RE nº 661.256/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, Rel. para Acórdão Min. Dias Toffoli -, restou pacificada a questão aqui discutida, no sentido da impossibilidade de desaposentação, em face da inexistência de previsão legal desse direito, sendo constitucional o art. 18, §2º, da Lei 8.213/91, que não prevê a possibilidade de renúncia de benefício previdenciário para a obtenção de outro, mais vantajoso, mediante o cômputo de tempo de contribuição posterior à primeira aposentadoria.

. Julgada a repercussão geral, não cabe mais discussão a respeito da possibilidade ou não da desaposentação, devendo o entendimento firmado na decisão do STF ser observado pelos demais tribunais, perdendo objeto as alegações e teses a ele contrárias. Aplicação do art. 927, III, do CPC/2015

. Em conformidade com o art. 1.022, parágrafo único, inciso I, do CPC/2015, de rigor o esclarecimento da apontada obscuridade, acolhendo-se os presentes embargos de declaração, com efeitos infringentes, para desconstituir a decisão rescindenda, com fulcro no art. 485, V, do CPC/1973 (art. 966, V, do CPC/2015).

. Em sede de juízo rescisório, improcedente o pedido formulado na lide subjacente de renúncia do benefício que vinha recebendo, para a implantação de outro mais vantajoso.

. Quanto à devolução de eventuais valores pagos em decorrência da decisão rescindenda, não tendo o STF nada disposto a respeito, a 3ª Seção deste Tribunal tem adotado o entendimento predominante sobre o tema na Suprema Corte, no sentido de que o benefício previdenciário recebido de boa-fé pelo segurado, em decorrência de decisão judicial, não está sujeito à repetição de indébito, em razão de seu caráter alimentar (ARE 734.242-AgR, Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, DJe de 08/09/2015; ARE 734.199-AgR, Min. Rosa Weber, 1ª Turma, DJe de 23/09/2014).

. Parcial acolhimento dos embargos de declaração opostos pelo INSS, nos termos do art. 927, III, do CPC/2015, para, conferindo-lhes efeitos infringentes, rejeitar a matéria preliminar e julgar procedente o pedido de desconstituição do acórdão rescindendo, com fundamento no artigo 485, V, do CPC/1973 (art. 966, V, do CPC/2015), e, no juízo rescisório, julgar improcedente o pedido de desaposentação formulado na ação subjacente, determinando o restabelecimento do benefício anteriormente concedido.

. Improcedente o pedido de devolução dos valores eventualmente recebidos pelo réu a título de nova aposentadoria.

. Prejudicados os embargos de declaração opostos pelo réu, tendo em vista a inversão do resultado do julgado recorrido, nos termos dos fundamentos adotados para o acolhimento do recurso da autarquia.

. Condenação do réu ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$1.000,00 (um mil reais), observando-se o disposto no art. 98, §3º, do CPC/2015, por ser beneficiário da gratuidade da justiça.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, acolher parcialmente os embargos de declaração opostos pelo INSS para, atribuindo-lhes efeitos infringentes, rejeitar a matéria preliminar, julgar procedente o pedido de desconstituição do acórdão rescindendo, com fundamento no art. 485, V, do CPC/1973 (art. 966, V, do CPC/2015) e, no juízo rescisório, julgar improcedente o pedido de desaposentação formulado na ação subjacente, bem como o de devolução dos valores recebidos pelo réu, e julgar prejudicados os embargos de declaração opostos pelo réu, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de dezembro de 2017.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

Embargos de declaração opostos por OSVALDO BAU, com base nos arts. 219, 994, 1022 e seguintes, e pelo INSS, com fundamento no art. 1.022, incisos I e II, do CPC/2015, em face de acórdão desta 3ª Seção, que rejeitou a preliminar e julgou improcedente o pedido da autarquia de rescisão de julgado que acolheu pedido de desaposentação formulado na ação subjacente, sem a necessidade de devolução dos valores recebidos pelo réu, e ainda a condenou ao pagamento de honorários advocatícios.

O embargante Osvaldo Bau (fls. 185/186) alega omissão no julgado, pois não houve determinação de revogação da liminar que suspendeu a execução no processo originário, bem como deixou de se pronunciar quanto à condenação da autarquia em honorários advocatícios. Requer seja sanada a omissão apontada, atribuindo ao recurso efeito modificativo, se o caso.

Por sua vez, o INSS (fls. 188/207) sustenta as mesmas razões anteriormente exprimidas pelas quais entende inviável a desaposentação, alegando, em síntese, omissão e obscuridade no acórdão, tendo em vista o decurso do prazo decadencial para a revisão do ato que concedeu o benefício e a impossibilidade de renúncia da aposentadoria que percebe para a obtenção de outra mais vantajosa, considerando que para tanto há expressa vedação legal, bem como ausência de amparo na Constituição Federal, que estabelece o princípio da solidariedade a nortear a Previdência Social, além da necessidade de serem restituídas as quantias recebidas pelo réu em razão do benefício renunciado. Requer o provimento do recurso, sanando-se as falhas apontadas, inclusive para fins de prequestionamento da matéria para abertura de instância recursal superior.

Contrarrazões do INSS às fls. 211/214.

O réu não se manifestou acerca do recurso do INSS.

É o relatório.

Peço dia para o julgamento.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

São tempestivos os embargos de declaração opostos pelo réu (fls. 185/186) e pelo INSS (fls. 188/207).

Os embargos de declaração tem finalidade integrativa e a primordial função de sanar vícios emanados do ato decisório, porquanto objetiva esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão e corrigir erro material.

Assim dispõe o art. 1.022, do CPC, *verbis*:

Art. 1022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;

III - corrigir erro material.

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;

II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.

O acórdão embargado deixou assentado não ser aplicável, neste caso, o óbice da Súmula 343/STF (“Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais”), posto que em discussão a violação de normas constitucionais.

Também afastou a decadência, entendendo que o prazo decadencial previsto no art. 103

da Lei 8.213/91 não se aplica aos casos de desaposentação, incidindo somente para os pedidos de revisão do ato de concessão do benefício, que não é o caso dos autos, tendo a 3ª Seção desta Corte, por unanimidade, com ressalva do entendimento desta Relatora, julgado improcedente o pedido de rescisão do julgado, bem como o de devolução dos valores recebidos por força da decisão rescindenda, condenando o INSS ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$1.000,00 (um mil reais).

Contudo, de acordo com o julgamento proferido pelo Plenário do STF no recurso submetido à sistemática da repercussão geral - RE nº 661.256/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, Rel. para Acórdão Min. Dias Toffoli, restou pacificada a questão aqui discutida, no sentido da impossibilidade de desaposentação, em face da inexistência de previsão legal desse direito, sendo constitucional o art. 18, §2º, da Lei 8.213/91, que não prevê a possibilidade de renúncia de benefício previdenciário para a obtenção de outro, mais vantajoso, mediante o cômputo de tempo de contribuição posterior à primeira aposentadoria.

Nos termos da respectiva Ata de Julgamento, publicada em 08/11/2016, o Tribunal Superior fixou a seguinte tese: “No âmbito do Regime Geral da Previdência Social - RGPS, somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91”.

Assim, faz-se necessária a observância da regra estabelecida no art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91, *verbis*:

Art. 18 - ...

§ 2º. O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social-RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus à prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

E, julgada a repercussão geral, não cabe mais discussão a respeito da possibilidade ou não da desaposentação, devendo o entendimento firmado na decisão do STF ser observado pelos demais tribunais, perdendo objeto as alegações e teses a ele contrárias. Nesse sentido dispõe o art. 927, III, do CPC/2015, *verbis*:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

(...)

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinários e especial repetitivos;

E o §11 do art. 1.035 do mesmo Estatuto Processual estabelece:

Art. 1.035.

§11 - A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no diário oficial e valerá como acórdão.

Desse modo, em conformidade com o art. 1.022, parágrafo único, inciso I, do CPC/2015, de rigor o esclarecimento da apontada obscuridade, acolhendo-se os presentes embargos de declaração, com efeitos infringentes, para desconstituir a decisão rescindenda, com fulcro no art. 485, V, do CPC/1973 (art. 966, V, do CPC/2015), e, em sede de juízo rescisório, julgar improcedente o pedido formulado na lide subjacente de renúncia do benefício que vinha recebendo,

para a implantação de outro mais vantajoso.

Nesse sentido são os julgados desta 3ª Seção:

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO RESCISÓRIA. RENÚNCIA À APOSENTADORIA PARA SUBSTITUIÇÃO POR OUTRA MAIS VANTAJOSA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA NO RE 661256. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ACOLHIDO COM EFEITOS INFRINGENTES. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI CONFIGURADA. RESCISÓRIA PROCEDENTE. IMPROCEDENTE O PEDIDO ORIGINÁRIO.

I - O acórdão proferido pela E. Terceira Seção rejeitou a preliminar de ocorrência da preclusão, entendeu que o prazo decadencial previsto no artigo 103 da Lei nº 8.213/91 não se aplica aos casos de desaposentação e julgou improcedente a ação rescisória, diante da inexistência da alegada violação de lei, em razão do entendimento esposado pela Primeira Seção do E. Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1334488/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 14/05/2013, consolidando, sob o regime dos recursos repetitivos, nos termos do artigo 543-C do anterior CPC/1973, hoje previsto no artigo 1.036 do novo CPC/2015, e na Resolução STJ 8/2008, a compreensão de que “os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubramento”.

II - O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Repercussão Geral reconhecida no Recurso Extraordinário nº 661.256, em 26/10/2016, reconheceu a impossibilidade de renúncia de benefício previdenciário, visando à concessão de outro mais vantajoso, com o cômputo de tempo de contribuição posterior ao afastamento, nos seguintes termos: “No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91”.

III - Julgada a repercussão geral, as decisões contrárias ao que foi decidido pela Suprema Corte não podem mais subsistir, a teor do art. 927, III, do CPC/2015.

IV - Acolhidos os embargos de declaração, com efeitos infringentes, nos termos do artigo 1.022, parágrafo único, inciso I, do CPC/2015, para desconstituir a decisão rescindenda, com fulcro no inciso V do artigo 485 do anterior Código de Processo Civil/1973 (hoje previsto no artigo 966, inciso V, do novo CPC/2015).

V - No juízo rescisório, o pedido originário de renúncia da aposentadoria por tempo de serviço que vinha recebendo, com a implantação do novo benefício mais vantajoso, não procede.

VI - Embargos de declaração providos. Rescisória julgada procedente. Improcedente o pedido originário de desaposentação. Custas e honorários advocatícios fixados em R\$1.000,00 (hum mil reais) pelo réu, observando-se o disposto no artigo 98, § 3º do CPC/2015, por ser beneficiário da gratuidade da justiça.

(Embargos de Declaração em Ação Rescisória 2014.03.00.029387-5, Rel. Des. Fed. Tânia Marangoni, j 08/06/2017)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DECADÊNCIA. REVISÃO DO ATO NÃO CONFIGURADA. NÃO RECONHECIMENTO DO DIREITO À DESAPOSENTAÇÃO. REPERCUSSÃO GERAL. OBSCURIDADE. OCORRÊNCIA. OMISSÃO NÃO CARACTERIZADA. EVENTUAIS VALORES RECEBIDOS POR FORÇA DA R. DECISÃO RESCINDENDA. DEVOLUÇÃO INEXIGÍVEL. NATUREZA ALIMENTAR E BOA-FÉ.

I - Conforme já destacado pelo v. acórdão embargado, o prazo decadencial previsto no artigo 103 da Lei nº 8.213/91 aplica-se nas situações em que o segurado visa à revisão do ato de concessão do benefício. A desaposentação não consiste na revisão desse ato, mas no seu desfazimento. Dessa forma, a extensão do disposto no art. 103 da LBPS aos casos de desapo-

sentação é indevida, uma vez que a parte autora pretende o desfazimento do ato de concessão e não a sua revisão.

II - Não se cogitou em declaração de inconstitucionalidade do art. 103 da Lei n. 8.213/91, ainda que de forma implícita, posto que a interpretação adotada pela r. decisão embargada estava respaldada em legislação infraconstitucional, não havendo que se falar em ofensa ao art. 97 da Constituição da República.

III - O v. acórdão embargado houve por bem julgar improcedente o pedido formulado na presente rescisória, tendo por base precedente do e. STJ que, em sede de recurso repetitivo, nos termos do que dispunha o art. 543-C do CPC/1973, acabou por reconhecer o direito do segurado à desaposentação (STJ; RESP n. 1.334.488 - SC; 1ª Seção; Rel. Ministro Herman Benjamin; DJe 14.05.2013).

IV - Insta salientar que no voto condutor do v. acórdão embargado restou consignado que a interpretação adotada pelo e. STJ deveria ser observada, enquanto não houvesse pronunciamento definitivo acerca da matéria em debate pela Excelsa Corte.

V - O E. STF, em 26.10.2016, no julgamento do Recurso Extraordinário 661256, com repercussão geral reconhecida, na forma prevista no art. 1.036 do CPC/2015 (artigo 543-B, do CPC de 1973), assentou o entendimento de que: “No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’, sendo constitucional a regra do artigo 18, parágrafo 2º, da Lei 8.213/1991”.

VI - Considerando a adoção de fundamento constitucional para a resolução definitiva do tema “desaposentação”, e não tendo se verificado, anteriormente, posição contrária do e. STF, impõe-se o afastamento da incidência da Súmula n. 343 do e. STF, implicando, assim, o acolhimento do pedido de rescisão e, em novo julgamento, a rejeição do pedido formulado na ação subjacente.

VII - É de rigor o esclarecimento da obscuridade apontada, inclusive com alteração da conclusão do aludido acórdão, por ser esta alteração consequência do reconhecimento da referida obscuridade, conforme já decidiu o E. STJ (2ª Turma, Resp. 15.569-DF-Edcl., Rel. Min. Ari Pargendler, j. 8.8.96, não conheceram, v.u., DJU 2.9.96, pág. 31.051).

VIII - Não há falar-se em omissão no julgado ora hostilizado, na forma prevista no art. 1.022, parágrafo único, inciso I, do CPC/2015, posto que no momento em que foi proferido o acórdão embargado (22.09.2016), o e. STF ainda não havia firmado tese acerca da “desaposentação”, o que veio a ocorrer somente em 26.10.2016, conforme explanado anteriormente.

IX - Eventuais valores recebidos por força da r. decisão rescindenda não se sujeitam à devolução, tendo em vista a natureza alimentar destes e a boa-fé do ora demandante.

X - Embargos de declaração do INSS parcialmente acolhidos, com efeitos infringentes, para julgar procedente o pedido formulado na presente rescisória e, em novo julgamento, julgar improcedente o pedido formulado na ação subjacente.

(Embargos de Declaração em Ação Rescisória 2015.03.00.007707-1, Rel. Des. Fed. Sérgio Nascimento, j 23/03/2017)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CÍVEL. DESAPOSENTAÇÃO. ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES DO JULGADO.

1 - Nos termos do artigo 1.022, incisos I e II, do Novo Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração quando houver no acórdão obscuridade ou contradição, ou for omitido ponto sobre o qual deveria se pronunciar o Tribunal, de ofício ou a requerimento.

2 - o Plenário do C. Supremo Tribunal Federal, na sessão do dia 26.10.2016, concluiu o julgamento do RE nº 661.256/SC, submetido à sistemática da repercussão geral estabelecida no artigo 543-B do Código de Processo Civil/73, no sentido de considerar inviável o recálculo do valor da aposentadoria por meio da denominada “desaposentação”.

3 - Considerando o efeito vinculante dos julgamentos proferidos pelo Pretório Excelso sob a sistemática da repercussão geral, impõe-se, em sede juízo de retratação, a reforma do julgamento proferido nos embargos infringentes, de molde a ajustá-lo à orientação firmada no julgamento do RE nº 661.256/SC.

4 - Ante o exposto, ACOLHO os embargos de declaração para atribuir-lhes caráter infringente do julgado embargado, invertendo o resultado do julgamento para REJEITAR A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO AOS EMBARGOS INFRINGENTES opostos pelo INSS e julgar improcedente o pedido versando o direito da parte autora à desaposentação, nos termos do entendimento proferido no voto minoritário.

5 - Inversão do ônus da sucumbência, com a condenação da parte autora ao pagamento dos honorários advocatícios, fixados em 10% do valor atribuído à causa, nos termos do §2º do artigo 85 do Código de Processo Civil/2015, devendo ser observada, se for o caso, a suspensão da exigibilidade à hipótese prevista no § 3º do artigo 98 daquele Codex.

(Embargos de Declaração em Embargos Infringentes 2011.61.09.011868-5 - Relator Des. Fed. Paulo Domingues - j. 09/03/2017)

E quanto à devolução de eventuais valores pagos em decorrência da decisão rescindenda, não tendo o STF nada disposto a respeito, a 3ª Seção deste Tribunal tem adotado o entendimento predominante sobre o tema na Suprema Corte, no sentido de que o benefício previdenciário recebido de boa-fé pelo segurado, em decorrência de decisão judicial, não está sujeito à repetição de indébito, em razão de seu caráter alimentar (ARE 734.242-AgR, Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, DJe de 08/09/2015; ARE 734.199-AgR, Min. Rosa Weber, 1ª Turma, DJe de 23/09/2014).

Seguem as ementas dos citados julgados, respectivamente:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. NATUREZA ALIMENTAR. RECEBIMENTO DE BOA-FÉ EM DECORRÊNCIA DE DECISÃO JUDICIAL. TUTELA ANTECIPADA REVOGADA. DEVOLUÇÃO.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já assentou que o benefício previdenciário recebido de boa-fé pelo segurado, em decorrência de decisão judicial, não está sujeito à repetição de indébito, em razão de seu caráter alimentar. Precedentes.

2. Decisão judicial que reconhece a impossibilidade de descontos dos valores indevidamente recebidos pelo segurado não implica declaração de inconstitucionalidade do art. 115 da Lei nº 8.213/1991. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO RECEBIDO POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. DEVOLUÇÃO. ART. 115 DA LEI 8.213/91. IMPOSSIBILIDADE. BOA-FÉ E CARÁTER ALIMENTAR. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 97 DA CF. RESERVA DE PLENÁRIO: INOCORRÊNCIA. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 22.9.2008.

A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o benefício previdenciário recebido de boa-fé pelo segurado em virtude de decisão judicial não está sujeito à repetição de indébito, dado o seu caráter alimentar. Na hipótese, não importa declaração de inconstitucionalidade do art. 115 da Lei 8.213/91, o reconhecimento, pelo Tribunal de origem, da impossibilidade de desconto dos valores indevidamente percebidos.

Agravo regimental conhecido e não provido.

No mesmo sentido os julgados deste Colegiado:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA. ARTIGO 1.021 DO NOVO CPC. DESAPOSENTAÇÃO. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES PENDENTE DE JULGAMENTO NO STF. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ DECIDIDA EM DECISÃO MONOCRÁTICA. RECURSO DESPROVIDO.

- O fato de não constar na tese fixada a questão da devolução de valores não impede seu julgamento.

- Nos termos do artigo 1.040, III, do CPC, publicada a tese, “os processos suspensos em primeiro e segundo graus de jurisdição *retomarão o curso* para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior.”

- Como o e. STF nada dispôs sobre a devolução de eventuais valores pagos em decorrência da decisão rescindenda, adotou-se o entendimento predominante nesta Corte sobre o tema, para rejeitar-se esse pedido.

- E, quanto à questão principal, observou-se o quanto decidido pelo e. STF, em homenagem ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.

- A propósito, a decisão embargada foi proferida em estrita observância aos ditames estabelecidos pelo Código de Processo Civil para as situações em que há repercussão geral e/ou acórdão paradigma decorrente de recurso repetitivo.

- Para além, não me afigura razoável compelir a parte ré a devolver valores que recebeu de boa-fé, por força de decisão transitada em julgado, consubstanciada em forte paradigma do e. STJ (REsp 1334488/SC, julgado sob o regime de recursos repetitivos).

- Ao proferir uma decisão, que ao final transita em julgado, o Poder Judiciário cumpre seu papel de pacificador de conflitos, atribuindo definitividade, imperatividade e estabilidade a relação de direito material.

-A segurança jurídica, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito são institutos protegidos pela Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXVI).

- Imperiosa a proteção da boa-fé objetiva das partes da relação jurídico-processual, que buscam através do Poder Judiciário, com comportamento leal e ético, alcançar a paz social de suas relações. Precedente.

- A decisão agravada abordou todas as questões suscitadas e orientou-se pelo entendimento jurisprudencial dominante. Pretende o agravante, em sede de agravo, rediscutir argumentos já enfrentados pela decisão recorrida.

- Agravo interno desprovido.

(3ª Seção, Agravo Interno em Ação Rescisória 2015.03.00.006860-4, Rel. Juiz Fed. Conv. Rodrigo Zacharias, j 14/09/2017)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO OBJETIVANDO A CONCESSÃO DE OUTRO MAIS VANTAJOSO. DESAPOSENTAÇÃO. JULGADO DO E. STF. REPERCUSSÃO GERAL. NÃO RECONHECIMENTO DO DIREITO À DESAPOSENTAÇÃO. EVENTUAIS VALORES RECEBIDOS POR FORÇA DA DECISÃO RESCINDENDA. DEVOLUÇÃO INEXIGÍVEL. NATUREZA ALIMENTAR E BOA-FÉ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

I - O v. acórdão rescindendo houve por bem julgar parcialmente procedente o pedido formulado na ação subjacente, tendo por base precedente do e. STJ que, em sede de recurso repetitivo, nos termos do que dispunha o art. 543-C do CPC/1973, acabou por reconhecer o direito do segurado à desaposentação (STJ; RESP n. 1.334.488 - SC; 1ª Seção; Rel. Ministro Herman Benjamin; DJe 14.05.2013).

II - O E. STF, em 26.10.2016, no julgamento do Recurso Extraordinário 661256, com repercussão geral reconhecida, na forma prevista no art. 1.036 do CPC/2015 (artigo 543-B, do CPC de 1973), assentou o entendimento de que: “No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo,

por ora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’, sendo constitucional a regra do artigo 18, parágrafo 2º, da Lei 8.213/1991”.

III - Considerando a adoção de fundamento constitucional para a resolução definitiva do tema “desaposentação”, e não tendo se verificado, anteriormente, posição contrária do E. STF, impõe-se o afastamento da incidência da Súmula n. 343 do e. STF, implicando, assim, a procedência do pedido no âmbito do *iudicium rescindens* e, em novo julgamento, a improcedência do pedido formulado na ação subjacente.

IV - Eventuais valores recebidos por força da r. decisão rescindenda não se sujeitam à devolução, tendo em vista a natureza alimentar destes e a boa-fé do então autor.

V - Ante a revelia do réu e a ausência da prática de qualquer outro ato processual a seu cargo, não há que se falar em condenação de honorários advocatícios em seu favor.

VI - Pedido formulado na presente ação rescisória julgado procedente e, em novo julgamento, julgado improcedente o pedido formulado na ação subjacente.

(3ª Seção, AR 2016.03.00.019421-3, Rel. Des. Fed. Sérgio Nascimento, j 24/08/2017)

**PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. AGRAVO DO INSS. DESAPOSENTAÇÃO. DEVO-
LUÇÃO DE VALORES: INVIABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.**

- Para o ente público, a quaestio relativa à imperatividade de devolução de quantias percebidas reduz-se a um negócio jurídico entabulado entre o segurado e a própria autarquia federal.

- A hipótese que ora se apresenta, entretanto, é diversa. À parte ré subentende-se imbricada imanente condição de hipossuficiência.

- O objeto da controvérsia também não consubstancia prestação recebida indevidamente; antes, corporifica benesse de natureza alimentar.

- O Julgador deve observar os arts. 5º da LICC e 3º, inc. I, CF, não se afigurando razoável compelir a parte requerida a devolver o que, por força de pronunciamento judicial, considerou-se ser-lhe devido (art. 520, inc. II, Código de Processo Civil/2015 (art. 475-O, inc. II, Código de Processo Civil/1973); 876 e 884 a 885, Código Civil). Opõem-se à iniciativa do ente previdenciário os princípios da irrepetibilidade e da boa fé de quem percebeu valores.

- O art. 115 da Lei 8.213/91 deve ser examinado segundo seu campo de abrangência, i. e., situações nas quais o pagamento de um dado beneplácito se tenha operado em atenção à eventual decisão administrativa.

- Sobre o art. 37 da Constituição Federal, o Instituto quer a prevalência generalizada do que preconiza, olvidando de princípios relacionados à pessoa humana (arts. 1º, inc. III; 3º, incs. I e III; 5º, *caput*; 6º e 201, inc. I, Carta Magna).

- Agravo desprovido.

(3ª Seção, Agravo Interno em Ação Rescisória 2015.03.00.007437-9, Rel. Des. Fed. David Dantas, j 27/07/2017)

Não se desconhece a decisão proferida pelo STJ, por sua 1ª Seção, em regime de recurso repetitivo, no julgamento do REsp 1.401.560/MT, em que firmada a seguinte tese: “A reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos.” Porém, cuida-se aqui de situação diversa, pois que as importâncias cuja devolução se pede foram pagas em razão de decisão transitada em julgado.

Assim, não há que se compelir o réu a devolver os valores que recebeu por força de decisão judicial transitada em julgado, decisão esta fundamentada em paradigma do STJ, julgado sob o regime de recursos repetitivos (REsp 1.334.488/SC).

Quanto aos embargos de declaração opostos pelo réu, dou-os por prejudicados, tendo em vista a inversão do resultado do julgado recorrido, nos termos dos fundamentos adotados para o acolhimento do recurso da autarquia, com atribuição de efeitos infringentes, conforme acima expostos.

Ante o exposto, nos termos do art. 927, III, do CPC/2015, acolho parcialmente os embargos de declaração opostos pelo INSS, para, conferindo-lhes efeitos infringentes, rejeitar a matéria preliminar e julgar procedente o pedido de desconstituição do acórdão rescindendo, com fundamento no artigo 485, V, do CPC/1973 (art. 966, V, do CPC/2015), e, no juízo rescisório, julgar improcedente o pedido de desaposentação formulado na ação subjacente, determinando o restabelecimento do benefício anteriormente concedido. Improcedente também o pedido de devolução dos valores eventualmente recebidos pelo réu a título de nova aposentadoria. Embargos de declaração opostos pelo réu prejudicados.

Condeno o réu ao pagamento de honorários advocatícios que fixo em R\$1.000,00 (um mil reais), observando-se o disposto no art. 98, §3º, do CPC/2015, por ser beneficiário da gratuidade da justiça.

É o voto

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL

0011972-83.2016.4.03.0000

(2016.03.00.011972-0)

Impetrante: FRANCISCO ALDO FERREIRA PEREIRA
Impetrado: JUÍZO DE DIREITO DA 4ª VARA DE DIADEMA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL ANA PEZARINI
Classe do Processo: MS 363436
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/01/2018

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. PREVIDENCIÁRIO. PERÍCIA MÉDICA. LOCALIDADE DIVERSA DO DOMÍLIO DO SEGURADO. IMPOSSIBILIDADE. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

- Aceitabilidade do *mandamus* frente ao descompasso contido no provimento jurisdicional combatido - de resto irrecorrível na sistemática do NCPC - a ordenar seja deprecada à Justiça Federal de São Bernardo do Campo a efetivação de exame pericial.
- Consubstancia afronta ao art. 109, § 3º, da Constituição a realização de perícia em município outro que não a de processamento da demanda previdenciária, sendo de lembrar o cenário de precisão econômica que normalmente envolve as respectivas autorias.
- Ausente, *in casu*, situação de excepcionalidade a amparar a decisão hostilizada, de se assegurar, ao impetrante, a realização do necessário exame médico junto à Comarca de Diadema/SP, cabendo ao juiz proceder à nomeação de perito local.
- Segurança concedida, ratificada a liminar anteriormente proferida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 11 de dezembro de 2017.

Desembargadora Federal ANA PEZARINI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ANA PEZARINI (Relatora):

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por *Francisco Aldo Ferreira Pereira* contra ato do MM. Juiz de Direito da 4ª Vara de Diadema/SP que, nos autos de ação de concessão de aposentadoria por invalidez, houve por deprecar à Justiça Federal de São Bernardo do Campo/SP a realização de exame médico pericial na parte autora.

Em sua exordial, argumenta, o impetrante, que: a) cabível o presente *writ*, tendo em conta a inadmissibilidade de agravo de instrumento na espécie, à luz das disposições do NCPC; b) o magistrado processante descumpriu acórdão deste Tribunal, determinante da competência

daquela Comarca para processar e julgar o referido feito; c) o ato judicial atacado destoa da jurisprudência consolidada nesta Corte.

Pela decisão de fls. 103/105, foi admitida a impetração, ante a irrecorribilidade do *decisum* impugnado, bem como deferida a liminar para assegurar a realização do necessário exame médico junto à Comarca de Diadema/SP, cabendo ao juiz proceder à nomeação de perito local.

Citado o INSS (fl. 108), decorreu, *in albis*, o prazo para manifestação (fl. 117).

A autoridade impetrada prestou informações a fl. 113/115, evidenciando a ausência de prejuízo ao impetrante, ao argumento de que as Comarcas de Diadema e São Bernardo do Campo são contíguas, com fácil meio de locomoção entre as duas cidades, servidas por linha de transporte público, de forma que a autoria se veria na contingência de se deslocar por, aproximadamente, dez quilômetros. Ressalta, além disso, a inexistência, perante aquele Juízo, de *expert* habilitado à realização de perícia atinente à matéria previdenciária, aliada à impossibilidade de requerimento da elaboração do laudo pelo IMESC, por se tratar de competência delegada.

O Ministério Público Federal ofertou parecer opinando pela extinção do *mandamus*, sem julgamento do mérito, por falta de interesse de agir do impetrante, ou, reconhecendo-se a ausência de ilegalidade ou abuso de poder, pela denegação da segurança (fls. 118/122).

É o relatório.

Desembargadora Federal ANA PEZARINI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ANA PEZARINI (Relatora):

A admissão de mandados de segurança contra atos judiciais sempre se constituiu em matéria polêmica e, até a superveniência do Novo Código de Processo Civil, encontrava-se, praticamente, apaziguada, no sentido da limitação ao emprego do remédio heroico, em decorrência, sobretudo, da possibilidade de se postular providência preambular do bojo dos próprios recursos interpostos, de maneira a se bem acautelar o direito da parte.

Nessa vereda, assentou-se na jurisprudência a compreensão de que ações mandamentais contra provimentos jurisdicionais teriam lugar, apenas e tão-somente, quando propensas ao ataque de decisões adversas e infensas à ordem jurídica, a que se convencionou denominar *teratológicas*. Esse, por sinal, passou a ser o posicionamento prevalecente *nesta Egrégia Corte* (cf., a exemplo: MS nº 318847, Órgão Especial, Rel. Des. Fed. Diva Malerbi, j. 09/6/2010, DJ 01/07/2010; MS nº 316663, Órgão Especial, Rel. Des. Fed. Therezinha Cazerta, j. 26/8/2009, DJ 10/09/2009; MS nº 232577, Órgão Especial, Rel. Des. Fed. Anna Maria Pimentel, j. 08/07/2009, DJ 19/8/2009; MS nº 291609, Órgão Especial, Rel. Des. Fed. Cecília Marcondes, j. 27/9/2007, DJ 11/10/2007) e no *E. STJ* (v.g., AGRMS 201000997268, Corte Especial, Relatora Min. Nancy Andrighi, j. 06/10/2010, DJE 08/11/2010; AGRMS 201000312300, Relator Min. Hamilton Carvalhido, corte especial, j. 29/06/2010, DJE 10/08/2010).

De tal sorte, na óptica da jurisprudência que adrede se assentou, ressaí indevida a utilização do mandado de segurança em se tratando de decisório devidamente fundamentado, na trilha da previsão constitucional, a retratar o peculiar convencimento do magistrado frente ao caso que lhe foi posto à apreciação.

Destarte, para fins de aceitabilidade do *mandamus*, pouco importa a valoração da juridi-

cidade da decisão proferida, vale dizer, se restou aplicado o melhor direito à espécie. Relevaria, sim, detectar a presença de solução absurda ou flagrante ilegalidade, quando, então, teria vez o emprego da via mandamental.

Nessas circunstâncias, incabível o mandado de segurança até mesmo diante de decisões que convolavam em retido o agravo de instrumento, sabidamente irrecorríveis.

Sem embargo dessa digressão, certo é que o advento do Novo Código de Processo Civil trouxe ingrediente a mais nessa discussão, uma vez que a previsão constante de seu art. 1.015 limitou o cabimento do recurso de agravo de instrumento às situações ali explanadas.

Ilustrativamente, o *decisum* objeto desta ação mandamental, prolatado em 17/06/2016 (fl. 98), a ordenar seja deprecada à Justiça Federal de São Bernardo do Campo a efetivação de exame pericial, não mais desafia a aludida modalidade de irresignação, como outrora sucedia.

Certo que a temática envolverá grandes reflexões por parte do exegeta e dos operadores do Direito, quicá com algum temperamento na orientação pacificada que até então se tinha.

De minha parte, sem prejuízo de novas meditações sobre o tema, tenho por bem em aceitar a presente impetração.

O ato, como já dito, é sabidamente irrecorrível - *não mais valendo, pois, o raciocínio de que o acautelamento poderia se dar no bojo da irresignação própria* - e tampouco aproveitaria à autoria deduzir a temática em sede de preliminar de apelação, uma vez que o evento que se pretendia obstaculizar - *a ida do segurado a comarca distinta para sujeição a exame médico, com os ônus econômicos daí decorrentes* - já se terá implementado no plano fático.

Some-se que o posicionamento esposado pela magistrada vai de encontro a posições repisadas neste Tribunal, podendo-se divisar determinação processual que destoa do razoável.

Quanto a esse argumento, vale tecer considerações a um só passo relevantes à aceitação do mandado de segurança - *frente ao descompasso contido no provimento jurisdicional combatido* - e ao seu próprio desfecho.

Deveras, vem-se decidindo nesta Corte consistir a nomeação de perito em atribuição dos magistrados, a depender da confiança depositada no profissional, bem assim que a realização de perícia em município outro que não a de processamento da demanda previdenciária substanciaria, de certa feita, afronta ao art. 109, § 3º, da Constituição Federal.

Entende-se, na realidade, que, consagrada constitucionalmente a ampla acessibilidade ao Judiciário, sobretudo aos hipossuficientes, careceria de sentido compelir o segurado da Previdência Social a dirigir-se a outra cidade no afã de sujeitar-se a exame médico pericial essencial à controvérsia judicializada, e, em consequente, carrear-lhe dispêndios financeiros de todo desnecessários, cabendo recordar, aqui, da precariedade econômica, via de regra, denotada pelos autores de ações previdenciárias/assistenciais, que, muita vez, litigam sob o pálio da gratuidade judiciária (o que, de resto, sucede no caso vertente).

Tais as circunstâncias, apenas em contextos verdadeiramente excepcionais, vem-se tolerando a produção dessa espécie probatória em urbe distinta à de domicílio do segurado. Tal ocorre, sobretudo, quando a comarca, pela sua dimensão, notoriamente não ostentar peritos qualificados e/ou especialista médico no campo em que se aloja a enfermidade portada pela autoria.

A propósito, tragam-se precedentes deste E. Tribunal:

AI 00033649620164030000, Relatora DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA, DÉCIMA TURMA, e-DJF3 27/04/2016:

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. DIREITO INTERTEMPORAL. CARTA PRECATÓRIA. PERÍCIA. LOCALIDADE DIVERSA DO DOMÍLIO DO SEGURADO. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO REFORMADA. AGRAVO PROVIDO.

(...)

2. Atribuir à parte o ônus de arcar com as custas do deslocamento a outro Município que não o de seu domicílio, para que possa se submeter à perícia determinada pelo Juízo, no mínimo negaria vigência às garantias constitucionais da inafastabilidade do Poder Judiciário e da assistência jurídica integral e gratuita.

3. A fim de se evitar gravame irreparável, ou mesmo tornar preclusa a prova, implicando, com isso, cerceamento de defesa, de rigor a nomeação de perito local para a realização da perícia no Município onde domiciliada a agravante.

4. Agravo de instrumento provido.

AI 00133386520134030000, Relatora JUÍZA CONVOCADA MÁRCIA HOFFMANN, OITAVA TURMA, e-DJF3 14/11/2013:

PREVIDENCIÁRIO. DIREITO ASSISTENCIAL. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO ASSISTENCIAL (ART. 203, V, CONSTITUIÇÃO FEDERAL). AUSENTES REQUISITOS PARA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA MÉDICA NA SEDE DA COMARCA EM QUE DOMICILIADA A AGRAVANTE.

(...)

Em princípio, não deve prevalecer determinação de que perícia seja realizada em cidade distinta do domicílio da parte autora, porquanto acarreta-lhe ônus financeiro de deslocamento, o que é inadmissível em se tratando de beneficiária da assistência judiciária gratuita.

- Recomendável a realização da perícia médica na própria sede judiciária em que se encontra domiciliada a agravante, designando-se, dentre profissionais idôneos existentes na cidade, perito médico judicial, salvo se não houver, da confiança do juízo.

- Agravo de instrumento a que se dá parcial provimento.

AI 00005514820064030000, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON BERNARDES, NONA TURMA, DJU 12/04/2007:

PROCESSO CIVIL - PREVIDENCIÁRIO - BENEFICIÁRIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - PROVA PERICIAL - NOMEAÇÃO DE PERITO PERTENCENTE AO DOMÍLIO DA PARTE AUTORA.

1 - Mercê das garantias constitucionais do acesso à ordem jurídica justa e da assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, XXXV e LXXIV, da CF), não é razoável atribuir à parte autora o ônus de arcar com as custas do deslocamento a outro município que não o de seu domicílio, para que possa se submeter à perícia determinada pelo Juízo.

2 - A fim de se evitar gravame irreparável, ou mesmo tornar preclusa a prova, implicando, com isso, cerceamento de defesa, de rigor a nomeação de expert local para a realização da perícia no município onde domiciliada a parte agravante.

3 - A respeito de eventual indisponibilidade de profissionais cadastrados na localidade, pode o juiz, ao dirigir o processo, determinar soluções alternativas para a efetivação da tutela jurisdicional junto à própria comunidade, valendo-se de instituições de ensino superior, serviços públicos municipais, agremiações e outros tantos (art. 145, § 3º do CPC).

4 - Agravo provido.

In casu, emerge a ausência de situação de excepcionalidade a amparar a decisão hostilizada.

Compulsando os autos, verifica-se que o promovente padece, ao que aduz, de transtorno de discos lombares e de outros intervertebrais com mielopatia (M51) e Dorsalgia (M54). Por

outro turno, o atestado médico acostado a fl. 42 dá conta de que o vindicante está acometido de lombalgia.

Não é crível que Diadema, com população estimada, segundo o IBGE, de 417.869 habitantes em 2017 (disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sp/diadema/panorama>), não disponha de ortopedista que possa haver-se como de confiança do Juízo.

Nesse contexto exsurge desarrazoada a decisão - *o que conduz à aceitação do remédio constitucional* - antevendo-se a pertinência da concessão da ordem postulada, em conta, sobretudo, dos múltiplos precedentes deste Tribunal tirados em casos parelhos, cabendo citar-se, à guisa de exemplo, o aresto proferido pela Sétima Turma deste E. Tribunal, sob relatoria do e. Desembargador Federal Toru Yamamoto, no âmbito do Agravo de Instrumento 0007584-40.2016.4.03.0000/SP, publicado no D.E. de 22/9/2016:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 109, § 3º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REALIZAÇÃO DA PERÍCIA MÉDICA. COMARCA DE DOMICÍLIO DO SEGURADO. AGRAVO DA PARTE AUTORA PROVIDO.

1. A determinação para que o segurado se submeta à perícia médica em outra Comarca dificulta-lhe a obtenção da prestação jurisdicional almejada, especialmente considerando suas condições econômicas e de saúde.
2. Razoável que a perícia médica seja realizada, preferencialmente, na Comarca de domicílio do agravante.
3. Agravo de instrumento provido.

Ante o exposto, em ratificação à liminar dantes deferida, *admito o writ e concedo a segurança*, com vistas à salvaguarda da realização do exame médico junto à Comarca de Diadema/SP.

É como voto.

Desembargadora Federal ANA PEZARINI - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL

0033454-29.2017.4.03.9999

(2017.03.99.033454-3)

Apelante: CLEUSA FATIMA DA SILVA DE MORAIS
 Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE OUROESTE - SP
 Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL TÂNIA MARANGONI
 Classe do Processo: Ap 2273308
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/02/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUXÍLIO-DOENÇA. LAUDO PERICIAL INCOMPLETO. NECESSIDADE DE NOVA PERÍCIA.

- Pedido de concessão de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez.
- O laudo atesta que a periciada não apresentou documentos comprobatórios e subsídios suficientes que justificassem incapacidade laboral.
- A perita esclarece que a examinada não mostra documentos consistentes que caracterizem incapacidade, assim considera-se apta para as atividades laborais.
- A perícia judicial realizada limitou-se a referir as informações prestadas pela autora e a responder aos quesitos formulados, sem averiguar as enfermidades que acometem a requerente e o grau de incapacidade.
- Não houve análise quanto às doenças alegadas pela autora e lastreada em documentação acostada aos autos.
- A perita judicial não verificou as moléstias descritas pela autora na exordial, limitando-se apenas a transmitir as informações prestadas pela própria paciente e a responder aos quesitos formulados, sem considerar as condições de saúde apresentadas pela requerente no momento da perícia, concluindo que a mesma está apta para as atividades laborais.
- O laudo médico apresentado se mostrou insuficiente para atender aos propósitos da realização da perícia médica judicial, que tem por objetivo auxiliar o juiz na formação de seu convencimento acerca dos fatos alegados.
- Faz-se necessária a execução de um novo laudo pericial, para esclarecimento do possível diagnóstico das enfermidades relatadas na inicial, com análise de documentos complementares, se o caso, dirimindo-se quaisquer dúvidas quanto à incapacidade ou não da autora para o labor, para que, em conformidade com as provas materiais carreadas aos autos, possa ser analisada a concessão ou não do benefício de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença.
- A anulação da r. sentença é medida que se impõe.
- Desnecessária a realização de laudo elaborado por médico especialista.
- O perito deve considerar as doenças alegadas na inicial e esclarecer sobre a presença de eventuais enfermidades, bem como se as patologias causam incapacidade laborativa.
- Apelação parcialmente provida. Sentença anulada.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 29 de janeiro de 2018.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora):

Cuida-se de pedido de concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença.

A sentença julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que a parte autora não comprovou a alegada incapacidade para o trabalho.

Inconformada, apela a parte autora, questionando o laudo judicial. Requer a anulação da sentença, com o retorno dos autos à origem, para realização de nova perícia com laudo a ser elaborado por médico especialista.

Subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

A fls. 226 e seguintes a autora juntou novos documentos médicos, a fim de comprovar que o agravamento de seu estado de saúde.

É o relatório.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora):

A parte autora, empregada doméstica, contando atualmente com 51 anos de idade, submeteu-se à perícia médica judicial. Refere ser portadora de tendinite em ombro direito e lombalgia, considera-se incapaz para o trabalho.

O laudo atesta que a periciada não apresentou documentos comprobatórios e subsídios suficientes que justificassem incapacidade laboral.

Em laudo complementar, a perita esclarece que a examinada não mostra documentos consistentes que caracterizem incapacidade, assim considera-se apta para as atividades laborais.

Da análise dos autos, observa-se que a requerente alegou, na petição inicial, sofrer de patologias ortopédicas e baixa acuidade visual.

A perícia judicial realizada limitou-se a referir as informações prestadas pela autora e a responder aos quesitos formulados, sem averiguar as enfermidades que acometem a requerente e o grau de incapacidade.

Não houve, portanto, análise quanto às doenças alegadas pela autora e lastreada em documentação acostada aos autos. Observo que, a perita judicial não verificou as moléstias descritas pela autora na exordial, limitando-se apenas a transmitir as informações prestadas pela própria paciente e a responder aos quesitos formulados, sem considerar as condições de

saúde apresentadas pela requerente no momento da perícia, concluindo que a mesma está apta para as atividades laborais.

Desta forma, resta claro que o laudo médico apresentado se mostrou insuficiente para atender aos propósitos da realização da perícia médica judicial, que tem por objetivo auxiliar o juiz na formação de seu convencimento acerca dos fatos alegados.

Assim, faz-se necessária a execução de um novo laudo pericial, para esclarecimento do possível diagnóstico das enfermidades relatadas na inicial, com análise de documentos complementares, se o caso, dirimindo-se quaisquer dúvidas quanto à incapacidade ou não da autora para o labor, para que, em conformidade com as provas materiais carreadas aos autos, possa ser analisada a concessão ou não do benefício de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença.

Assim, a anulação da r. sentença é medida que se impõe. Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ OU AUXÍLIO DOENÇA. PERÍCIA NÃO ANALISOU TODAS AS PATOLOGIAS DA PARTE AUTORA DESCRITAS NOS AUTOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE DO DECISUM PARA REALIZAÇÃO DE NOVA PERÍCIA MÉDICA.

I- Dispõe o art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

II- Em casos como este, no qual se pretende a concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio doença, mister se faz a realização de perícia médica, a fim de que seja demonstrada, de forma plena, ser a parte autora portadora ou não da incapacidade alegada no presente feito. *In casu*, observo que na petição inicial a requerente alegou ser portadora de problemas na coluna e nos ombros. Conforme atestados médicos juntados pela parte autora, os médicos afirmaram que a mesma de patologias, na coluna e nos ombros, bem como possui problemas psiquiátricos (fls. 15/18 e 47/48). No entanto, o esculápio encarregado do exame pericial, no parecer de fls. 39/43, concluiu que a autora, com 46 anos e com ocupações alegadas como manicure, faxineira e diarista, “não apresenta manifestação clínica de doença osteo-articular que a incapacite ao trabalho. Considerando a alteração do humor e a referência a tratamento para depressão, sugiro avaliação pericial por médico psiquiatra para definição da capacidade laborativa” (fls. 42, grifos meus). A demandante foi intimada para se manifestar sobre o laudo pericial, tendo apresentado a petição a fls. 46. Na referida petição, sustentou: “(...) a autora concorda com o laudo pericial apresentado às fls. 39/43. Diante da conclusão e sugestão do Dr. Perito, reitero o pedido de avaliação de médico psiquiatra” (fls. 46). Dessa forma, ficou demonstrado que a perícia médica não analisou todas as patologias descritas pela parte autora nos atestados médicos.

III- Afigura-se inequívoco que a precariedade da prova pericial apresentada implicou, inafastavelmente, violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, bem como do devido processo legal, sendo que se faz necessária a realização de nova perícia médica, a fim de que seja demonstrada, de forma plena, ser a parte autora portadora ou não da incapacidade para o trabalho em razão dos males que a mesma alega possuir na petição inicial, bem como se a alegada invalidez remonta ao período em que a parte autora possuía a condição de segurada, tendo em vista que, conforme pacífica jurisprudência de nossos tribunais, não perde essa qualidade aquele que está impossibilitado de trabalhar por motivo de doença incapacitante.

IV- Preliminar de cerceamento de defesa acolhida para anular a R. sentença. No mérito, apelação prejudicada.

(AC 00038502320174039999, Des. Fed. Newton De Lucca, TRF3 - Oitava Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/04/2017).

Cumpre salientar que diante da dificuldade de médicos apontadas pelo Juízo nas áreas de oftalmologia, ortopedia e psiquiatria, desnecessária a realização de laudo elaborado por médico especialista. Todavia, o perito deve considerar as doenças alegadas na inicial e esclarecer sobre a presença de eventuais enfermidades, bem como se as patologias causam incapacidade laborativa.

Ademais, deve levar em consideração os novos documentos médicos juntados a fls. 226 e seguintes.

Pelas razões expostas, dou parcial provimento ao apelo da parte autora, para anular a sentença e determinar o retorno dos autos à origem, para a regular instrução do feito, com a realização de nova perícia médica, conforme fundamentado.

É o voto.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

Direito Processual Penal



REVISÃO CRIMINAL
0020354-70.2013.4.03.0000
(2013.03.00.020354-7)

Requerente: DIOGO ROCHA DE SENA (réu preso)
Requerida: JUSTIÇA PÚBLICA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA
Classe do Processo: RvC 1006
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/01/2018

EMENTA

PROCESSO PENAL. REVISÃO CRIMINAL. ARTIGO 621, INC. I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ARTIGO 273, §1º-B, I, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. APLICAÇÃO DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/2006. ATENUANTE DA MENORIDADE. INAPLICABILIDADE DO §4º DO ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/2006. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DE CAUSA DE DIMINUIÇÃO PARA O DELITO DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL. PEDIDO REVISIONAL JULGADO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

1. Revisão criminal pretendendo a desconstituição da sentença que condenou o réu, nos termos da denúncia, pela prática do crime previsto no artigo 273, §1º-B, inciso I, do Código Penal à pena de dez anos e seis meses de reclusão.
2. Determinação de nova dosimetria da pena, consoante aplicação do preceito secundário do artigo 33 da Lei 11.343/06 em razão da condenação pelo crime do artigo 273, §1º-B, do CP.
3. Ocorrência de contrariedade ao artigo 65, inciso I, do Código Penal. Pena atenuada. Inviável a minoração da pena aquém do patamar mínimo, porque válido o entendimento sumulado nº 231 do Superior Tribunal de Justiça.
4. Causa de diminuição do §4º do artigo 33 do Código Penal inaplicável. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido da impossibilidade de aplicação da causa de diminuição prevista no §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, ainda que utilizado o respectivo preceito secundário, pela ausência de previsão legal de causa de diminuição para o delito do artigo 273 do Código Penal.
5. Revisão criminal parcialmente procedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, *julgar parcialmente procedente* a revisão criminal, para redimensionar a pena-base nos termos do preceito secundário do artigo 33 da Lei 11.343/06 e reconhecer a atenuante do artigo 65, I, do Código Penal, resultando na pena definitiva de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, nos termos do relatório e voto do relator, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado, acompanhado pelos Desembargadores Federais Valdeci dos Santos, Peixoto Júnior e pelo Des. Fed. Presidente da Seção, Mairan Maia, que proferiu voto de desempate (art. 158, III, parágrafo 1º, RITRF 3ª Região), vencidos os Des.

Fed. Wilson Zauhy e Cotrim Guimarães e o Juiz. Fed. Conv. Silva Neto.

São Paulo, 07 de dezembro de 2017.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de revisão criminal proposta por DIOGO ROCHA DE SENA, pretendendo a desconstituição do acórdão proferido no processo nº 0001346-34.2009.4.03.6116/SP (2009.61.16.001346-3-), pela Segunda Turma deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que, por maioria, decidiu negar provimento à apelação do réu, para manter a condenação pela prática do crime previsto no artigo 273, §1º-B, I, do Código Penal, em 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa, do Código Penal à pena de 8 (oito) anos de reclusão e 19 (dezenove) dias multa, cada qual fixado no valor unitário mínimo (fls. 336/338, do 2º volume do Apenso).

Sustenta o requerente, representado pela DPU - Defensoria Pública da União, o cabimento da revisão criminal com base no artigo 621, I, do Código de Processo Penal, uma vez que o *decisum* contrariou o disposto na lei penal, bem como julgou de forma contrária a evidência do conjunto probatório dos autos.

Pleiteia, em síntese:

a) a absolvição do réu, nos termos do artigo 386, inciso VI, do CP, diante do reconhecimento da ocorrência de erro de proibição (artigo 21, do CP), ao argumento de que o réu não tinha consciência da ilicitude da conduta de transportar medicamento, tampouco da severidade da pena legalmente imposta, a culminar com a exclusão da culpabilidade; ou, caso não seja esse entendimento do Relator, considerando a sua condição subjetiva (pessoa humilde, de poucos recursos econômicos e de baixa escolaridade), pugna pelo reconhecimento do erro de proibição inescusável (ou evitável), com a diminuição da pena no patamar máximo previsto em lei;

b) a declaração da inconstitucionalidade da pena prevista no artigo 273 do Código Penal, em razão da violação aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, com a aplicação da sanção mínima cominada para o crime de tráfico de entorpecentes;

c) a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, com a fixação de regime inicial de cumprimento de pena, mais brando;

d) caso, não seja esse o entendimento a ser adotado, requer a fixação da pena-base fixada no mínimo legal e o reconhecimento da circunstância atenuante da menoridade, diminuindo a pena do requerente, no patamar máximo, ainda que importe na redução da pena abaixo do mínimo legal.

Argumenta com o cabimento da revisão criminal; com a ocorrência de erro de proibição; que a pena-base foi majorada de forma contrária ao texto do artigo 59 do Código Penal; que a decisão contrariou o artigo 65, I do CP e a evidência dos autos.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Procuradora Regional da República Maria Iraneide Olinda S. Facchini, opinou, preliminarmente, pelo não conhecimento da revisão criminal, diante da ausência das hipóteses elencadas no artigo 621, do Código de Processo Penal. Caso seja superada a questão, opina pelo provimento parcial do pedido, no sentido da aplicação da atenuante da menoridade (artigo 65, inciso I, do CP), asseverando, entretanto,

que a pena não poderá ser reduzida a um patamar inferior ao mínimo legal, nos termos do disposto na Súmula 231 do STJ.

Em sessão de julgamento de 05/10/2015, esta Colenda Primeira Seção, à unanimidade, julgou parcialmente procedente a revisão criminal, para reconhecer a atenuante da menoridade, resultando na pena definitiva de 10 (dez) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, pelo crime do artigo 273, §1º-B, I, do CP (fl. 124).

A defesa do revisionando interpôs recurso especial às fls. 140/148, o qual foi admitido à fl. 161/162.

Por decisão de 23/08/2016, o Ministro Relator Sebastião Reis Junior deu provimento ao recurso especial nº 1.531.982 para - mantida a condenação do recorrente - determinar o envio dos autos ao Tribunal de origem para, ao analisar o caso concreto, fixe a sanção definitiva do recorrente e demais consectários legais, consoante a aplicação do preceito secundário do art. 33 da Lei 11.343/2006 em razão da condenação pelo crime previsto no art. 273, § 1º-B, do Código Penal (fls. 179/182).

Inconformado, o Ministério Público Federal interpôs agravo interno, com pedido de reconsideração, em face da decisão do ministro relator (fls. 186v/190), tendo a Sexta Turma do ST, na sessão de julgamento de 11/10/2016, à unanimidade, negado provimento ao agravo regimental (fls. 193/196), tendo o acórdão transitado em julgado em 15/12/2016 (fl. 201).

Os autos retornados a este Corte em 11/09/2017 (fl. 204v).

É o relatório.

Ao MM. Revisor.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

VOTO

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

DIOGO ROCHA DE SENA foi denunciado e condenado como incurso nas sanções do artigo 273, §1º-B, I, do Código Penal, por ter importado do Paraguai medicamentos sem registro na ANVISA (200 cartelas de Pramil) e medicamentos falsificados (50 cartelas de Viagra e 100 cartelas de Cialis).

Anoto de início que constou equivocadamente na parte final do primeiro parágrafo do relatório menção a “pena de 8 (oito) anos de reclusão e 19 (dezenove) dias multa, cada qual fixado no valor unitário mínimo (fls. 336/338, do 2º volume do Apenso)”.

A Segunda Turma deste Tribunal negou provimento ao apelo da defesa, mantendo a condenação do réu pela prática do delito previsto no art. 273, §1º-B, I, do CP em 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa, cada um fixado no valor unitário mínimo.

A Primeira Seção desta Corte julgou parcialmente procedente a revisão criminal proposta pela defesa para reconhecer a incidência da atenuante da menoridade (art. 65, I, do Código Penal), reformando parcialmente a sanção imposta para a pena definitiva de 10 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito tipificado no art. 273, § 1º-B, I, do Código Penal.

O STJ manteve a condenação do recorrente e deu provimento ao recurso especial para determinar o envio dos autos ao Tribunal de origem para, ao analisar o caso concreto, fixando

a sanção definitiva e demais consectários legais, consoante a aplicação do preceito secundário do art. 33 da Lei 11.343/2006 em razão da condenação pelo crime previsto no art. 273, § 1º-B, do Código Penal.

Em decorrência da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (RESP 1.531.982/SP) a matéria devolvida cinge-se à dosimetria do artigo 273, § e §1º-B, inciso I, do Código Penal, e, assim, será decidida.

Conforme mencionado na decisão de fls. 179/182, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça entendeu pela inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273 do, §1º-B, I, do CP, quando do julgamento do AI no HC 239.363/PR, que restou assim ementado:

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273, § 1º-B, V, DO CP. CRIME DE TER EM DEPÓSITO, PARA VENDA, PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS DE PROCEDÊNCIA IGNORADA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

1. A intervenção estatal por meio do Direito Penal deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade, incumbindo também ao legislador o dever de observar esse princípio como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.
2. É viável a fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa, examinando, como diz o Ministro Gilmar Mendes, se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais.
3. Em atenção ao princípio constitucional da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos (CF, art. 5º, LIV), é imprescindível a atuação do Judiciário para corrigir o exagero e ajustar a pena cominada à conduta inscrita no art. 273, § 1º-B, do Código Penal.
4. O crime de ter em depósito, para venda, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada é de perigo abstrato e independe da prova da ocorrência de efetivo risco para quem quer que seja. E a indispensabilidade do dano concreto à saúde do pretense usuário do produto evidencia ainda mais a falta de harmonia entre o delito e a pena abstratamente cominada (de 10 a 15 anos de reclusão) se comparado, por exemplo, com o crime de tráfico ilícito de drogas - notoriamente mais grave e cujo bem jurídico também é a saúde pública.
5. A ausência de relevância penal da conduta, a desproporção da pena em ponderação com o dano ou perigo de dano à saúde pública decorrente da ação e a inexistência de consequência calamitosa do agir convergem para que se conclua pela falta de razoabilidade da pena prevista na lei. A restrição da liberdade individual não pode ser excessiva, mas compatível e proporcional à ofensa causada pelo comportamento humano criminoso.
6. Arguição acolhida para declarar inconstitucional o preceito secundário da norma. (AI no HC 239.363/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, CORTE ESPECIAL, julgado em 26/02/2015, DJe 10/04/2015)

Em decorrência dessa decisão, a Quinta e a Sexta Turmas do STJ passaram a adotar o preceito secundário do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 nas condenações pelo crime do artigo 273, §1º-B, do CP:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME PREVISTO NO ART. 273, § 1º-B, INCISO V, DO CÓDIGO PENAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO. APLICAÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. POSSIBILIDADE. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. A Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, ao julgar a arguição de inconstitucionalidade formulada no HC nº 239.363/PR, declarou, por maioria, a inconstitucionalidade do

preceito secundário da norma do artigo 273, § 1º-B, inciso V, do Código Penal.

2. Diante dessa decisão, a Quinta e a Sexta Turmas deste Sodalício passaram a determinar a aplicação do preceito secundário contido no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 aos casos em que o acusado é condenado pelo crime previsto no artigo 273, § 1º-B, do Estatuto Repressivo.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1637761/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/04/2017, DJe 05/05/2017)

No caso em tela, conforme ressaltei no primeiro julgamento da revisão criminal, “observei que a pena-base foi fixada, com acerto, pouco acima do mínimo legal, nos termos do artigo 59 do Código Penal, considerada a quantidade de cartelas de medicamentos apreendidas (200 cartelas do medicamento Pramyl, 50 cartelas do medicamento Viagra e 100 cartelas do medicamento Cialis), o que atinge de forma mais intensa o bem jurídico tutelado, trazendo, sem dúvida, consequências mais funestas à saúde pública”.

Dessa forma, entendo por bem fixar a pena-base acima do mínimo legal, em 05 anos e 06 meses de reclusão, além do pagamento de 550 dias-multa.

Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes. Presente a atenuante da menoridade, uma vez que o réu era menor de 21 anos na data dos fatos (07/08/2009), eis que nascido em 17/03/1989 (fls. 16 do apenso), de modo que reduzo a pena ao mínimo legal, em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na *terceira* fase, cumpre discorrer sobre a aplicação da causa de diminuição prevista no §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido da impossibilidade de aplicação da causa de diminuição prevista no §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, ainda que utilizado o respectivo preceito secundário, pela ausência de previsão legal de causa de diminuição para o delito do artigo 273 do Código Penal. Confira-se:

REVISÃO CRIMINAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 273, § 1º-B, I, DO CP. PRECEITO SECUNDÁRIO. INCONSTITUCIONALIDADE. APLICAÇÃO DA PENA PREVISTA PARA O TRÁFICO DE DROGAS. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. REVISÃO CRIMINAL JULGADA IMPROCEDENTE.

1. Declarada a inconstitucionalidade do preceito secundário previsto no art. 273, § 1º-B, do Código Penal pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no Habeas Corpus nº 239.363/PR, as Turmas que compõem a 3ª Seção deste Sodalício passaram a determinar a aplicação da pena prevista no crime de contrabando ou no crime de tráfico de drogas, do art. 33 da Lei de Drogas.

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, não é cabível, por ausência de previsão legal, a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 nos crimes previstos no art. 273, § 1º-B, do CP, mesmo nas hipóteses em que se tenha utilizado o preceito secundário do crime de tráfico de drogas.

3. Revisão criminal improcedente.

(RvCr 3.064/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/02/2017, DJe 02/03/2017)

Deste modo, entendo como incabível a incidência da pretendida causa de diminuição à espécie delitiva em questão, sob pena de transformar o julgador em legislador positivo. No mesmo sentido, inaplicável a causa de aumento estampada no art. 40, I da Lei Antidrogas.

Desta feita, a pena resulta em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (cinquenta) dias-multa.

Considerada a proibição da reformatio *in pejus*, a pena de multa é de ser mantida em 10 (dez) dias-multa, tal como lançado no julgamento da primeira revisão criminal.

Assim, a pena total definitiva, observadas a coisa julgada e a vedação da reformatio *in pejus* indireta, resulta em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Mantido o valor unitário mínimo legal do dia-multa.

Considerando as circunstâncias judiciais desfavoráveis, ponderadas na primeira fase da dosimetria da pena, entendo correta a manutenção do regime inicial de cumprimento de pena fechado, tendo por fundamento o disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal.

Incabível a substituição do artigo 44 do Código Penal, tendo em vista o não cumprimento dos requisitos subjetivos e objetivos.

Pelo exposto, *julgo parcialmente procedente* a revisão criminal, para redimensionar a pena-base nos termos do preceito secundário do artigo 33 da Lei 11.343/06 e reconhecer a atenuante do artigo 65, I, do Código Penal, resultando na pena definitiva de 05 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial fechado, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, comunicando-se, com urgência, ao Juízo das Execuções Penais.

É o voto.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WILSON ZAUHY:

O E. Relator julgou parcialmente procedente a Revisão Criminal, redimensionando a pena-base nos termos do preceito secundário do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, resultando na pena definitiva de 05 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 10 dias-multa.

Peço vênia para divergir do E. Relator quanto a não aplicação do §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, bem como quanto ao regime inicial de cumprimento de pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Da leitura do dispositivo contido na decisão monocrática, posteriormente ratificada pela Turma Julgadora, tem-se que o C. STJ determinou a aplicação do preceito secundário do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, em razão da condenação pelo crime previsto no art. 273, §1º-B do Código Penal, sem qualquer ressalva quanto aos seus incisos e parágrafos, dessa forma, entendo que o dispositivo deva ser integralmente aplicado, inclusive a causa de diminuição prevista no §4º.

Tem-se que a benesse disposta no §4º do artigo 33 depende do preenchimento de requisitos, isto é, o acusado deve ser primário, ostentar bons antecedentes, não pertencer à organização criminosa, nem tampouco dedicar-se ao crime como forma de subsistência. Na hipótese dos autos, o réu atende a todas as exigências legais, logo, faz jus à causa de diminuição em seu patamar máximo de redução de 2/3.

Fixada a pena-base em 05 anos e 06 meses de reclusão, em razão da quantidade de medicamentos apreendidos, posteriormente reduzida ao mínimo legal pela aplicação da atenuante da minoridade, incide a causa de diminuição do §4º do artigo 33, para reduzir a pena para 01 ano e 08 meses de reclusão e pagamento de 166 dias-multa.

Fixado o regime inicial aberto para cumprimento de pena, em consonância com o disposto no artigo 33, §2º, “c”, do Código Penal, pois a quantidade de medicamentos é insuficiente para fixação de regime inicial mais gravoso, além do que os princípios ativos dos medicamentos apreendidos não têm a comercialização vedada em território nacional (os medicamentos apreendidos foram respectivamente Pramil, Viagra e Cialis).

No tocante à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a despeito de a quantidade de medicamentos constar como motivação para exasperação da pena-base, tal fato insere-se nas consequências do crime, elementos que não são considerados pelo artigo 44, III do Código Penal como desfavorável a substituição da pena.

De fato, o referido dispositivo traz como parâmetros a serem avaliados “a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente”, logo, as consequências negativas do delito não devem ser consideradas quando da determinação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Dessa forma, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços comunitários pelo tempo de duração da pena corporal, e prestação pecuniária no montante de 02 salários mínimos.

Ante o exposto, divirjo do E. Relator para julgar parcialmente procedente a revisão criminal, em maior extensão, para redimensionar a pena-base nos termos do preceito secundário do artigo 33 da Lei 11.343/06, reconhecer a atenuante do artigo 65, I, do Código Penal e aplicar a causa de diminuição disposta no §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, resultando a pena definitiva em 01 ano e 08 meses de reclusão em regime inicial aberto e pagamento de 166 dias-multa. Substituída pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos nos termos acima explanados.

É o voto.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY

“HABEAS CORPUS”

0004002-95.2017.4.03.0000

(2017.03.00.004002-0)

Impetrante: MARIO DEL CISTIA FILHO

Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SOROCABA - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW

Classe do Processo: HC 73609

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/01/2018

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ORDEM DENEGADA.

1. Não se verifica constrangimento ilegal na decisão que determinou a regressão do regime de pena do paciente para o semiaberto, com a respectiva expedição de mandado de prisão.
2. O impetrante não menciona nenhum motivo da recusa do paciente em cumprir a prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária que lhe foram impostas.
3. Conforme se observa, o paciente frustrou a execução de sua pena substitutiva à privativa de liberdade, sendo que não apresenta nenhuma justificativa idônea nem apta a afastar as consequências legais pelo seu descumprimento.
4. O argumento do impetrante de que o paciente se encontra com problemas de saúde que o impossibilitam de manter-se em estabelecimento prisional, não foi devidamente comprovado.
5. Anoto que o impetrante não juntou nenhuma documentação médica (laudo ou atestado) que comprove a debilidade do estado de saúde do paciente e sua impossibilidade de cumprir pena em estabelecimento prisional, juntando apenas receituários médicos (fls. 8/14).
6. Ademais, em que pese o estado de saúde do paciente, a exigir cuidados contínuos como alega o impetrante, tal fato não tem o condão de, por si só, afastar a execução da pena em regime semiaberto, pois esse regime não impede o tratamento médico ambulatorial durante o dia, uma vez que a exigência é o recolhimento ao cárcere somente à noite.
7. Ordem de *habeas corpus* denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de janeiro de 2018.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Arlindo Garcia contra decisão do Juízo da 1ª Vara Federal de Sorocaba (SP) que determinou a regressão de regime de pena do paciente para o semiaberto, em razão do descumprimento das penas alternativas à prisão, pretendendo o restabelecimento de sua pena em regime inicial aberto, conforme estabelecido na sentença, com a expedição do competente alvará de soltura (fl. 4).

Alega-se, em síntese, o quanto segue:

a) o paciente foi processado e condenado a pena de 3 (três) anos e 2 (dois) meses de reclusão, regime inicial aberto, e a 44 (quarenta e quatro) dias-multa, pela prática do crime do art. 333 do Código Penal, com substituição da pena privativa de liberdade por 2 (duas) restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de 8 (oito) salários mínimos, vigentes à data do fato (11.08.06);

b) porém, em 22.09.17, foi expedido mandado de prisão em desfavor do paciente, com a regressão de regime do aberto para o semiaberto, em razão do não cumprimento das penas substitutivas à privativa de liberdade;

c) salienta-se que, conforme comprovam os documentos anexados aos autos, o paciente encontra-se com problemas de saúde, ou seja, sofre de Diabete Mellitus e Hipertensão Arterial Sistêmica (HAS), doenças que o impossibilitam de manter-se em estabelecimento prisional;

d) o paciente, inclusive, faz acompanhamento médico regularmente na Unidade Básica de Saúde do Éden, pois as doenças que possui necessitam de cuidados, ainda mais pela idade avançada do paciente, a qual requer seja feitos exames e acompanhamentos diuturnamente. Ademais os medicamentos necessitam ser tomados no horário correto, sem nenhuma alteração;

e) é cediço que se o paciente for encaminhado a um estabelecimento prisional, ele sofrerá com a precariedade do local, podendo agravar seu estado de saúde pela falta de acompanhamento médico regular e adequado e/ou possível alteração dos horários em que tem que tomar os medicamentos;

f) requer o recolhimento do mandado de prisão expedido para que possa cumprir sua pena no regime inicial aberto, conforme já estabelecido na sentença condenatória (fls. 2/4).

Foram juntados os documentos (fls. 05/14).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 22/23).

A autoridade impetrada prestou informações (fls. 28/31).

A Ilustre Procuradora Regional da República, Dra. Maria Luísa de Lima Carvalho, opinou pela denegação da ordem (fls. 33/35v.).

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator):

Não se verifica constrangimento ilegal na decisão que determinou a regressão do regime de pena do paciente para o semiaberto, com a respectiva expedição de mandado de prisão.

O impetrante não menciona nenhum motivo da recusa do paciente em cumprir a prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária que lhe foram impostas.

Conforme se observa, o paciente frustrou a execução de sua pena substitutiva à privativa de liberdade, sendo que não apresenta nenhuma justificativa idônea nem apta a afastar as consequências legais pelo seu descumprimento.

O argumento do impetrante de que o paciente se encontra com problemas de saúde que o impossibilitam de manter-se em estabelecimento prisional, não foi devidamente comprovado.

Anoto que o impetrante não juntou nenhuma documentação médica (laudo ou atestado) que comprove a debilidade do estado de saúde do paciente e sua impossibilidade de cumprir pena em estabelecimento prisional, juntando apenas receituários médicos (fls. 8/14).

Ademais, em que pese o estado de saúde do paciente, a exigir cuidados contínuos como alega o impetrante, tal fato não tem o condão de, por si só, afastar a execução da pena em regime semiaberto, pois esse regime não impede o tratamento médico ambulatorial durante o dia, uma vez que a exigência é o recolhimento ao cárcere somente à noite.

Ante o exposto, *DENEGO* a ordem de *habeas corpus*.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

Direito Tributário



APELAÇÃO CÍVEL
0012505-65.2004.4.03.6110
(2004.61.10.012505-6)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelada: EPM TUNES PINTURAS S/C LTDA.
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SOROCABA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS
Classe do Processo: Ap 1210645
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/01/2018

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. RESP 1.124.507/MG. ART. 543-B, § 7º, II, CPC. EXCLUSÃO DO SIMPLES. LEI 9.317/96. LEI COMPLEMENTAR 123/2006. EFEITOS RETROATIVOS. PERÍODO EM QUE ESTEVE NO SIMPLES. COBRANÇA DOS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Retornam os autos da Vice-Presidência para juízo de retratação, nos termos e para os fins estabelecidos pelo artigo 543-B, § 3º, II, do Código de Processo Civil, quanto à contrariedade do julgado com o Recurso Especial 1.124.507/MG.
2. O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 1.124.507/MG sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, reconheceu que o ato de exclusão do SIMPLES é meramente declaratório, e que a legislação permite a retroação de seus efeitos à data de um mês após a ocorrência da circunstância ensejadora da exclusão.
3. É de se concluir que é plenamente possível ao Fisco exigir o pagamento retroativo dos impostos referentes ao período em que a autora esteve inserida no SIMPLES. Precedentes do STJ e deste Tribunal.
4. Em juízo de retratação, apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *ser cabível o juízo positivo de retratação, para adequar o acórdão ao REsp 1.124.507/MG e dar provimento à apelação da União*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de dezembro de 2017.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelação em ação de rito ordinário ajuizada por *E.P.M. Tunes Pinturas S/C Ltda. em face da União*, requerendo, em síntese, a declaração de inexigibilidade do pagamento

retroativo dos impostos referentes ao período em que a autora esteve inserida no SIMPLES.

O juízo *a quo* julgou o feito procedente (f. 49-53).

A União apelou, aduzindo, em suma, que:

a) se a atividade exercida pela autora constitui óbice à sua inclusão no SIMPLES, nos termos previstos na legislação pertinente, não resta dúvidas de que ela deve ser excluída do SIMPLES;

b) uma vez excluída do SIMPLES, cumpre à autora pagar os diferenças que teriam sido recolhidas no período em que esteve inserida no referido programa, nos termos do previsto no artigo 15 da Lei 9.317/96.

Com contrarrazões, vieram os autos ao Tribunal.

Por meio de decisão monocrática, foi negado seguimento à apelação.

Esta Terceira Turma, por maioria, negou provimento ao agravo, em aresto assim ementado (f. 75-78):

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, DO CPC. FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA INAFASTADOS. MANUTENÇÃO DA DECISÃO.

1. Para o manejo do agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, é preciso o enfrentamento da fundamentação da decisão agravada, ou seja, deve-se demonstrar, no caso, que a apelação não estava em confronto com jurisprudência dominante desta Corte e/ou dos Tribunais Superiores. Precedentes do STF, STJ e desta Corte. Precedentes do STF, STJ e desta Corte.

2. Decisão proferida em conformidade com a legislação cabível à espécie, aplicando o entendimento dominante nos Tribunais Superiores.

3. A agravante limitou-se a manifestar seu inconformismo com a decisão recorrida, não trazendo, porém, elementos aptos a sua reforma.

4. Agravo legal desprovido.

Foram rejeitados os embargos de declaração opostos pela União (f.86-88).

A União interpôs, então, recurso especial (f. 91-94).

A Vice-Presidência desta Corte, após o exame dos pressupostos de admissibilidade do recurso extraordinário, considerando o decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.124.507/MG, devolveu os autos à Turma para julgamento na forma do artigo 543-B, §3º, do Código de Processo Civil (f. 99-100).

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

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

Retornam os autos da Vice-Presidência para juízo de retratação, nos termos e para os fins estabelecidos pelo artigo 543-B, § 3º, II, do Código de Processo Civil, quanto à contrariedade do julgado com o Recurso Especial 1.124.507/MG.

A questão dos autos não carece de maiores debates, haja vista que o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 1.124.507/MG sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, reconheceu que o ato de exclusão do SIMPLES é meramente declaratório, e

que a legislação permite a retroação de seus efeitos à data de um mês após a ocorrência da circunstância ensejadora da exclusão. Veja-se:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 535 e 468 DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF. LEI 9.317/96. SIMPLES. EXCLUSÃO. ATO DECLARATÓRIO. EFEITOS RETROATIVOS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 15, INCISO II, DA LEI 9.317/96. RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC.

1. Controvérsia envolvendo a averiguação acerca da data em que começam a ser produzidos os efeitos do ato de exclusão do contribuinte do regime tributário denominado SIMPLES. Discute-se se o ato de exclusão tem caráter meramente declaratório, de modo que seus efeitos retroagiriam à data da efetiva ocorrência da situação excludente; ou desconstitutivo, com efeitos gerados apenas após a notificação ao contribuinte a respeito da exclusão.

2. Não merece conhecimento o apelo especial quanto às alegações de contrariedade aos artigos 458 e 535 do CPC, porquanto a recorrente apresentou argumentação de cunho genérico, sem apontar quais seriam os vícios do acórdão recorrido, que justificariam sua anulação. Incidência da Súmula 284/STF.

3. No caso concreto, foi vedada a permanência da recorrida no SIMPLES ao fundamento de que um de seus sócios é titular de outra empresa, com mais de 10% de participação, cuja receita bruta global ultrapassou o limite legal no ano-calendário de 2002 (hipótese prevista no artigo 9º, inciso IX, da Lei 9.317/96), tendo o Ato Declaratório Executivo n. 505.126, de 2/4/2004, da Secretaria da Receita Federal, produzido efeitos a partir de 1º/1/2003.

4. Em se tratando de ato que impede a permanência da pessoa jurídica no SIMPLES em decorrência da superveniência de situação impeditiva prevista no artigo 9º, incisos III a XIV e XVII a XIX, da Lei 9.317/96, seus efeitos são produzidos a partir do mês subsequente à data da ocorrência da circunstância excludente, nos exatos termos do artigo 15, inciso II, da mesma lei. Precedentes.

5. O ato de exclusão de ofício, nas hipóteses previstas pela lei como impeditivas de ingresso ou permanência no sistema SIMPLES, em verdade, substitui obrigação do próprio contribuinte de comunicar ao fisco a superveniência de uma das situações excludentes.

6. *Por se tratar de situação excludente, que já era ou deveria ser de conhecimento do contribuinte, é que a lei tratou o ato de exclusão como meramente declaratório, permitindo a retroação de seus efeitos à data de um mês após a ocorrência da circunstância ensejadora da exclusão.*

7. No momento em que opta pela adesão ao sistema de recolhimento de tributos diferenciado pressupõe-se que o contribuinte tenha conhecimento das situações que impedem sua adesão ou permanência nesse regime. Assim, admitir-se que o ato de exclusão em razão da ocorrência de uma das hipóteses que poderia ter sido comunicada ao fisco pelo próprio contribuinte apenas produza efeitos após a notificação da pessoa jurídica seria permitir que ela se beneficie da própria torpeza, mormente porque em nosso ordenamento jurídico não se admite descumprir o comando legal com base em alegação de seu desconhecimento.

8. *Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.*

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.

(REsp 1124507/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 06/05/2010) (grifei)

Declarada a natureza jurídica declaratória do ato de exclusão do SIMPLES, bem como a possibilidade de retroação de seus efeitos, é de se concluir que é plenamente possível ao Fisco exigir o pagamento retroativo dos impostos referentes ao período em que a autora esteve inserida no SIMPLES.

Nesse mesmo sentido, a jurisprudência deste Tribunal:

PROCESSUAL CIVIL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 543-C §7º INC. II DO CPC DE 1973. TRIBUTÁRIO. SIMPLES. ART. 15 INC. II DA LEI Nº 9.317/96. RETROATIVIDADE DO ATO.

- *O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº1.124.507/MG, representativo da controvérsia, consolidou o entendimento no sentido de que o ato de exclusão do SIMPLES é meramente declaratório, de modo que seus efeitos retroagem ao mês posterior à ocorrência da situação que ensejou a retirada do contribuinte do regime tributário diferenciado, a teor do disposto no artigo 15, inciso II, da Lei 9.317/96.*

- Decisum contrário à jurisprudência colacionada. Juízo de retratação para adequação à jurisprudência da corte superior.

- Acórdão retratado.

(AMS 00038080720044036126, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/06/2017 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) (grifei)

AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. CPC, ART. 557. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EXCLUSÃO DO SISTEMA SIMPLES. RETROATIVIDADE DOS EFEITOS. LEGITIMIDADE DO INSS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- Para o julgamento monocrático nos termos do art. 557, § 1º, do CPC, não há necessidade de a jurisprudência dos Tribunais ser unânime ou de existir súmula dos Tribunais Superiores a respeito.

- A questão resume-se à possibilidade ou não da adesão da empresa embargante ao SIMPLES e se os pagamentos por ela efetuados no período de inclusão são considerados válidos. Isto porque o art. 9, XIII da Lei 9.317/96 proibia a adesão à aquela sistemática de empresas que exerçam atividades ligadas à de professor.

- De acordo com o relatório fiscal a empresa embargante optou erroneamente ao regime tributário do SIMPLES, por força da vedação determinada pelo art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96, eis que presta serviços profissionais de professor. A exclusão da executada desse benefício fiscal se deu pela própria Receita Federal.

- *Tratando-se de empresa excluída do SIMPLES em razão de uma indevida inclusão no regime, o INSS tem competência para fiscalização/autuação e legitimidade para cobrança das contribuições a seu cargo a partir da data em que o ato de exclusão gera seus efeitos, isto é, durante todo o período da indevida inclusão, pois, o ato de exclusão tem natureza declaratória, de forma que seus efeitos operam-se ex tunc.*

- Reconsiderada a condenação no pagamento dos honorários sucumbenciais, fixando-os em 10% sobre o valor dado à causa, nos termos do artigo 20, §3º do CPC (Lei nº 5.869/73).

- Agravo legal de Liceu Glorian Dei S/C Ltda. a que se nega provimento e Agravo legal da União Federal a que se dá provimento.

(AC 00312543020094039999, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 - DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/03/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) (grifei)

CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. SIMPLES. LEI 9317/96. EXCLUSÃO DE OFÍCIO. RETROATIVIDADE DA INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA DIFERENCIADA. HIGIDEZ. PRECEDENTE DO C. STJ EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO (RESP 1124507, 1ª Seção, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJE DATA: 06/05/2010). Apelação improvida.

(AMS 00280969720044036100, DESEMBARGADORA FEDERAL SALETTE NASCIMENTO, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/04/2011 PÁGINA: 1113 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Sendo assim, cumpre fazer o juízo positivo de retratação, a fim de adequar o julgado anteriormente prolatado à jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, nos termos do artigo, 932, V, “b”, c/c artigo 1040, II, ambos do Código de Processo Civil, *cabível o juízo positivo de retratação, para adequar o acórdão ao REsp 1.124.507/MG e dar provimento à apelação da União.*

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0023287-59.2007.4.03.6100
(2007.61.00.023287-3)

Apelante: WELCON INDÚSTRIA METALÚRGICA LTDA.
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA
Relatora para o Acórdão: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA DENISE AVELAR
Classe do Processo: Ap 1290126
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/01/2018

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RE 574.706. COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS. COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS. PARÂMETROS. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS.

1. Presentemente, o processamento da ADC 18 não mais motiva a suspensão de feitos versando sobre a matéria tratada nestes autos. Verifica-se que o acórdão com última prorrogação da medida, por mais 180 dias, foi publicado no DJE de 18/06/2010, tanto assim que, em decisão de 25/02/2013 e, depois, em 25/09/2013, foram proferidas decisões pelo relator, no sentido de oficiar a quem de direito, “noticiando já haver cessado, a partir de 21/09/2010, a eficácia do provimento cautelar do Supremo Tribunal Federal que suspendera a tramitação de processos cujo objeto coincidissem com aquele versado nesta causa”.
2. Conforme jurisprudência deste Tribunal, a promulgação da Lei 12.973/2014 não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS.
3. Inocorrente violação ao artigo 1.040, do CPC/2015. A publicação do aresto de referência já ocorreu e, de todo o modo, assentou o Superior Tribunal de Justiça que “O fato de a ementa do julgado promovido pelo STF encontrar-se pendente de publicação não inviabiliza sua imediata aplicação, mormente diante do efeito vinculante dos pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral, emprestando celeridade e eficiência na prestação jurisdicional, bem como reverência ao pronunciamento superior” (AIRES 1.402.242, Rel. Min. Humberto Martins, DJE 28/06/2016). Nesta linha, publicada a ata de julgamento e o próprio o acórdão proferido no RE 574.706, deliberando pela exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, não se pode negar observância à interpretação da Corte Constitucional, independentemente da possibilidade de embargos de declaração e de eventual discussão sobre modulação dos efeitos respectivos, evento futuro e incerto que não impede a constatação da solução de mérito, firmada em sede de repercussão geral, com reconhecimento, pois, da amplitude intersubjetiva da controvérsia suscitada.
4. Estando o acórdão recorrido em divergência com a atual orientação desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, cabe, nos termos do artigo 543-B, § 3º, do CPC/1973, e 1.040, II, do CPC/2015, o reexame da causa para adequação à jurisprudência con-

solidada.

5. Na espécie, cabe a reforma da sentença, para reconhecer o direito à inexigibilidade da tributação e à compensação do indébito, que deve observar o regime da lei vigente ao tempo da propositura da ação, aplicando-se a prescrição quinquenal, tendo em vista que a ação foi ajuizada em 13/08/2007, e, quanto aos tributos compensáveis, o disposto nos artigos 74 da Lei 9.430/1996, 170-A do CTN, e 26, parágrafo único, da Lei 11.457/2007, com correção monetária do indébito pela UFIR e, a partir de janeiro de 1996, pela taxa SELIC, exclusivamente.

6. Inversão dos ônus sucumbenciais. Fixação da verba honorária em 10% sobre o valor atualizado da causa, em conformidade com o artigo 20, §4º, do CPC/1973.

7. Juízo de retratação positivo. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 14 de dezembro de 2017.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora para o Acórdão

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR (Relatora para o Acórdão):

Trata-se de feito devolvido pela Vice-Presidência desta Corte, para verificação da pertinência de juízo de retratação, considerado o paradigma referente ao acórdão proferido no RE 574.706.

A presente ação foi ajuizada objetivando, em síntese, declarar o direito à exclusão do valor apurado de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS devidos pelo contribuinte e o direito à compensação do indébito fiscal.

A Turma, na sessão de 05/06/2008, proferiu o seguinte acórdão:

DIREITO CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO. PIS E COFINS. VALIDADE. (ARTIGO 195, I, CF). SUCUMBÊNCIA.

1. É válida, sob o prisma constitucional e legal, a inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS, em consonância com precedentes firmados pelo Superior Tribunal de Justiça, Supremo Tribunal Federal e por esta Corte e Turma.

2. Em consequência da integral sucumbência da parte autora, cumpre condená-la ao pagamento da verba honorária, fixada na forma do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, e da jurisprudência da Turma.

Rejeitados os embargos declaratórios, sobreveio a interposição de recurso extraordinário, sobrestado, nos termos do artigo 543-B do Código de Processo Civil de 1973, até o julgamento do RE 574.706, sob repercussão geral. Prolatado acórdão de mérito pelo Supremo Tribunal Federal no recurso paradigma, a Vice-Presidência, nos termos da Ordem de Serviço 2/2017 - PRESI/GABV, remeteu o feito à Turma para eventual juízo de retratação.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora para o Acórdão

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR (Relatora para o Acórdão):

Senhores Desembargadores, o acórdão recorrido refletiu a interpretação vigente ao tempo do respectivo julgamento que, porém, na atualidade, encontra-se superada, nos termos do paradigma indicado, decidido sob a sistemática própria dos recursos repetitivos.

É pertinente, desde logo, destacar que, presentemente, o processamento da ADC 18 não mais motiva a suspensão de feitos versando sobre a matéria tratada nestes autos. De fato, verifica-se que o acórdão com última prorrogação da medida, por mais 180 dias, foi publicado no DJE de 18/06/2010, tanto assim que, em decisão de 25/02/2013 e, depois, em 25/09/2013, foram proferidas decisões pelo relator, no sentido de oficiar a quem de direito, “noticiando já haver cessado, a partir de 21/09/2010, a eficácia do provimento cautelar do Supremo Tribunal Federal que suspendera a tramitação de processos cujo objeto coincidissem com aquele versado nesta causa”.

Registre-se, da mesma forma, que, conforme a jurisprudência deste Tribunal, a promulgação da Lei 12.973/2014 não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS. Revela este entendimento, entre outros, o seguinte precedente:

AMS 0020648-24.2014.4.03.6100, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, e-DJF3 15/07/2016: PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - UNIÃO FEDERAL - PIS - COFINS - LEI Nº 12.973/14- BASE DE CÁLCULO

I - Com efeito, é relevante anotar que o conceito de receita bruta foi alterado pela Lei nº 12.973, de 13/05/2014 (vigência em 1º/01/2015). A nova legislação (art. 2º), ao alterar o artigo 12, 5º, do Decreto-lei nº 1.598, de 26/12/77, expressamente consignou: “Art. 12. A receita bruta compreende: I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria; II - o preço da prestação de serviços em geral; III - o resultado auferido nas operações de conta alheia; e IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III. § 1º. A receita líquida será a receita bruta diminuída de: I - devoluções e vendas canceladas; II - descontos concedidos incondicionalmente; III - tributos sobre ela incidentes; e IV - valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do *caput* do art. 183 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações vinculadas à receita bruta. § 4º. Na receita bruta não se incluem os tributos não cumulativos cobrados, destacadamente, do comprador ou contratante pelo vendedor dos bens ou pelo prestador dos serviços na condição de mero depositário. § 5º. Na receita bruta incluem-se os tributos sobre ela incidentes e os valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do *caput* do art. 183 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações previstas no *caput*, observado o disposto no 4º.”

II - O artigo 52 da mesma Lei nº 12.973/2014 também introduziu alterações no artigo 3º da Lei nº 9.718/98, que disciplina a base de cálculo do PIS e da Cofins não cumulativos, passando a dispor da seguinte forma: “Art. 3º. O faturamento a que se refere o art. 2º compreende a receita bruta de que trata o artigo 12 do Decreto-lei nº 1598, de 26 de dezembro de 1977”. Nessa medida, a nova configuração legislativa prevê que, a partir de 2015, a base de cálculo (receita bruta) incluirá, também, os tributos sobre ela incidentes e os valores decorrentes do ajuste a valor presente.

III - A Lei nº 12.973/14 não modifica a base de cálculo sobre a qual incidirá a contribuição para o PIS e a COFINS. Não houve nenhuma alteração prática quanto à base de cálculo do imposto combatido. O valor a ser pago a título de exações fiscais pelo contribuinte (comerciante, industrial ou produtor) constitui receita tributável e a eventual exclusão dos tributos da base de cálculo deveria ser feita por determinação legal, o que não ocorreu. Assim, a tributação no que se refere ao PIS e COFINS não incidirá sobre o tributo, mas sim sobre o produto da venda de bens e serviços, que é receita da empresa, independentemente da destinação de parte desse produto ao pagamento de impostos.

IV - Apelação não provida.

Por outro lado, não cabe suscitação de malferimento ao artigo 1.040 do Código de Processo Civil de 2015. Com efeito, a publicação do aresto de referência, como exige o dispositivo referido, já ocorreu:

RE 574.706, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe 02/10/2017:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, *in fine*, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

Publicada a ata do julgamento do RE 574.706 com a diretiva de que “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do Pis e da Cofins”, não se pode negar cumprimento e observância à interpretação da Corte Constitucional, independentemente da possibilidade de embargos de declaração e de eventual discussão sobre modulação dos efeitos respectivos, evento futuro e incerto que não impede a constatação da solução de mérito, firmada em sede de repercussão geral, com reconhecimento, pois, da amplitude intersubjetiva da controvérsia suscitada.

Ainda que não tivesse sido publicada a ementa, o Superior Tribunal de Justiça assentou que “O fato de a ementa do julgado promovido pelo STF encontrar-se pendente de publicação não inviabiliza sua imediata aplicação, mormente diante do efeito vinculante dos pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral, emprestando celeridade e eficiência na prestação jurisdicional, bem como reverência ao pronunciamento superior” (AIRES 1.402.242, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJE 28/06/2016).

Superadas tais questões preambulares, destaca-se que esta Corte já observa a orientação fixada pelo acórdão paradigma:

EI 0001887-42.2014.4.03.6100, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, e-DJF3 12/05/2017: EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO ORDINÁRIA. EXCLUSÃO DO ISS DA BASE DE CÁLCULO DE PIS/ AMS 0015171-49.2016.4.03.6100, Rel. Des. Fed. DIVA MALERBI, e-DJF3 10/10/2017: PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.
2. Indevida a suspensão do andamento processual em vista do reconhecimento de repercussão geral pelo Excelso Pretório, na medida em que o sobrestamento previsto na lei processual (CPC, arts. 1.036 e 1.039) refere-se tão somente a recursos especiais e extraordinários.
3. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, realizado em 15.03.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”.
4. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisor, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.
5. Agravo interno improvido.

EI 0001887-42.2014.4.03.6100, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, e-DJF3 12/05/2017: EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO ORDINÁRIA. EXCLUSÃO DO ISS DA BASE DE CÁLCULO DE PIS/COFINS. POSSIBILIDADE. DECISÃO STF. PRECEDENTES DESTA CORTE. EMBARGOS INFRINGENTES PROVIDOS.

- I - A questão posta nos autos diz respeito à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS da COFINS. É certo que as discussões sobre o tema são complexas e vêm de longa data, suscitando várias divergências jurisprudenciais até que finalmente restasse pacificada no recente julgamento do RE 574.706.
- II - As alegações do contribuinte e coadunam com o posicionamento atual da Suprema Corte, conforme o RE 574.706/PR, julgado na forma de recurso repetitivo.
- III - E não se olvide que o mesmo raciocínio no tocante a não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS se aplica ao ISS.
- IV - Embargos infringentes providos.

Em suma, estando o acórdão recorrido em divergência com a atual orientação desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, cabe, nos termos do artigo 543-B, § 3º, do CPC/1973, e 1.040, II, do CPC/2015, o reexame da causa para adequação à jurisprudência consolidada. Desta maneira, deriva-se que a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS devida comporta provimento, nos termos dos precedentes acima.

Por consequência, há que se reconhecer o direito do contribuinte de reaver o indébito fiscal recolhido, conforme o acervo probatório carreado aos autos. Neste cenário, a jurisprudência pátria é pacífica quanto à regência jurídica do aproveitamento de tais valores.

Assim, quanto à prescrição de indébito referente a tributos sujeitos a lançamento por homologação, tal como no caso, reiterada a orientação da Corte Superior, sucessivamente ao julgamento do RE 566.621 pela Corte Suprema (Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe 11/10/2011), no sentido de que o cálculo do prazo respectivo deve ter por referência o momento do ajuizamento da ação. Se ocorrido após 09/06/2005, conta-se o termo *a quo* do lustro prescricional a partir da data do pagamento indevido, nos termos da Lei Complementar 118/2005; caso ajuizada a demanda antes da data em referência, o lapso prescricional de cinco anos inicia-se a partir da

homologação, expressa ou tácita, do lançamento do tributo:

REsp 1.269.570, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 04/06/2012: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, DO CPC). LEI INTERPRETATIVA. PRAZO DE PRESCRIÇÃO PARA A REPETIÇÃO DE INDÉBITO NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. ART. 3º, DA LC 118/2005. POSICIONAMENTO DO STF. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SUPERADO ENTENDIMENTO FIRMADO ANTERIORMENTE TAMBÉM EM SEDE DE RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA.

1. O acórdão proveniente da Corte Especial na AI nos Eresp nº 644.736/PE, Relator o Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 27.08.2007, e o recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.002.932/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.11.2009, firmaram o entendimento no sentido de que o art. 3º da LC 118/2005 somente pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência. Sendo assim, a jurisprudência deste STJ passou a considerar que, relativamente aos pagamentos efetuados a partir de 09.06.05, o prazo para a repetição do indébito é de cinco anos a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior.

2. No entanto, o mesmo tema recebeu julgamento pelo STF no RE n. 566.621/RS, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 04.08.2011, onde foi fixado marco para a aplicação do regime novo de prazo prescricional levando-se em consideração a data do ajuizamento da ação (e não mais a data do pagamento) em confronto com a data da vigência da lei nova (9.6.2005).

3. Tendo a jurisprudência deste STJ sido construída em interpretação de princípios constitucionais, urge inclinar-se esta Casa ao decidido pela Corte Suprema competente para dar a palavra final em temas de tal jaez, notadamente em havendo julgamento de mérito em repercussão geral (arts. 543-A e 543-B, do CPC). Desse modo, para as ações ajuizadas a partir de 9.6.2005, aplica-se o art. 3º, da Lei Complementar n. 118/2005, contando-se o prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em cinco anos a partir do pagamento antecipado de que trata o art. 150, §1º, do CTN.

4. Superado o recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.002.932/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.11.2009.

5. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

Quanto à possibilidade de compensação de tributos, consolidou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a diretriz de que, em caso de propositura de demanda judicial objetivando o reconhecimento do direito ao encontro de contas, a pretensão deve ser apreciada conforme a lei vigente ao momento do ajuizamento da ação:

AgInt no REsp 160.582, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 18/11/2016:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. PARADIGMA QUE NÃO CONDIZ COM A SITUAÇÃO DOS AUTOS. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA SOBRE ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E DE TRANSFERÊNCIA. PRECEDENTES. COMPENSAÇÃO COM TRIBUTOS DA MESMA ESPÉCIE. PRECEDENTES. APLICABILIDADE DO ART. 170-A DO CTN. PRECEDENTES.

1. Quanto aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016), serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

(...)

3. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacífico de que, “[...] em se tratando de

compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda” (REsp 1.137.738/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 1º/2/2010). No caso, a ação mandamental foi ajuizada na vigência do parágrafo único do art. 26 da Lei n. 11.457/2007, pelo que se impõe a vedação nela prevista.

4. “O art. 170-A do Código Tributário Nacional exige o trânsito em julgado para fins de compensação de crédito tributário, aplicando-se às demandas ajuizadas após a vigência da LC 104/01, ou seja, a partir de 11/1/2001” (AgRg no REsp 1.439.415/RS, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 29/10/2015).

5. O alegado dissídio pretoriano não foi comprovado nos moldes exigidos pelos arts. 1.028, § 1º, do CPC/2015 e 255, § 2º, do Regimento Interno do STJ, uma vez que a parte interessada apenas transcreveu as ementas dos julgados que entendeu favoráveis à sua tese, sem realizar o necessário cotejo analítico entre a fundamentação contida nos precedentes invocados como paradigmas e a constante do aresto impugnado. Ademais, os trechos colacionados não condizem com a realidade dos autos.

6. Agravo interno a que se nega provimento.

Nesta linha, como já se vislumbra do precedente acima, a Corte Superior também pacificou entendimento de que o artigo 170-A do CTN aplica-se às ações de compensação ajuizadas posteriormente ao início de sua vigência, sendo irrelevante, para tal fim, a data do recolhimento indevido:

REsp 1.642.713, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 06/03/2017:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA APÓS TRÂNSITO EM JULGADO. LIMITAÇÃO INTRODUZIDA PELA LC 104/2001, SOMENTE A PARTIR DA SUA VIGÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973 NÃO CONFIGURADA.

1. Não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil/1973, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

2. A Primeira Seção do STJ (REsp 1.164.452/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 2/9/2010) pacificou o entendimento de que a limitação imposta pelo art. 170-A, do CTN, introduzido pela LC 104/2001, que admite a compensação tributária somente após o trânsito em julgado da sentença, deve ser aplicada apenas às causas iniciadas posteriormente à sua vigência, ou seja, após 11.1.2001.

3. Recurso Especial não provido.

Registre-se que, nos termos do o artigo 26, parágrafo único, da Lei 11.457/2007, há impedimento de que o encontro de contas abarque contribuições previdenciárias anteriormente administradas pelo INSS:

RESP 1.657.426, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 05/05/2017:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973. INEXISTÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ADICIONAIS DE HORAS EXTRAS, PERICULOSIDADE, INSALUBRIDADE, NOTURNO E TRANSFERÊNCIA. NATUREZA REMUNERATÓRIA. PRECEDENTES. DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO PROPORCIONAL AO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. INCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. RECURSO NÃO PROVIDO.

(...)

5. É impossível a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei

8.212/1991), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei 11.457/2007 (AgRg no REsp. 1.426.432/RS, Rel. Min. Humberto Marins, DJe de 7.4.2014).

6. Recurso Especial não provido.

Inconteste a forma de cálculo dos juros e correção monetária incidentes, de conformidade com os critérios do Manual de Cálculos da Justiça Federal (grifos nossos):

REsp 1.644.463, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 19/04/2017:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. FINSOCIAL. CRITÉRIOS DE CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS A SEREM APLICADOS NA COMPENSAÇÃO DOS CRÉDITOS APURADOS COM PARCELAS VINCENDAS DO IRPJ E CSLL. ACÓRDÃO PARADIGMA. RECURSO PROVIDO.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem, ao dirimir a controvérsia, consignou que foram mantidos os índices de correção monetária, os quais “não determinavam a aplicação da taxa SELIC, refletindo com isso a jurisprudência pacífica nesta Turma na época” (fl. 605, e-STJ).

2. A recorrente pugna sejam aplicados os índices de correção monetária fixados no acórdão paradigma REsp 1.112.524/DF, o qual didaticamente enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação/repetição de indébito.

3. No cálculo da correção monetária deve ser aplicado o Manual de orientação de procedimentos para os cálculos da Justiça Federal aprovado na Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que determina os indexadores e expurgos inflacionários a serem aplicados na repetição de indébito. São eles: (a) ORTN de 1964 a janeiro/86; (b) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro/86; (c) OTN de março/86 a dezembro/88; (d) IPC de janeiro/89 e fevereiro/89; (e) BTN de março/89 a fevereiro/90; (f) IPC de março/90 a fevereiro/91; (g) INPC de março/91 a novembro/91; (h) IPCA, série especial, em dezembro/91; (i) UFIR de janeiro/92 a dezembro/95; e (j) Taxa SELIC a partir de janeiro/96.

4. Recurso Especial provido, para que sejam aplicados os índices de correção monetária fixados no acórdão paradigma.

Destaque-se que, segundo a jurisprudência superior, os juros de mora são cabíveis a partir do trânsito em julgado (artigo 167, parágrafo único, do CTN), desde que ocorrido anteriormente a 01/01/1996. É que, a partir daí, incide, exclusivamente, a taxa SELIC (grifos nossos):

EDcl no AgRg no REsp 1.328.830, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 28/08/2015: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DISCUSSÃO ACERCA DA TAXA SELIC. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS.

1. “Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95 incidia a correção monetária desde o pagamento indevido até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN. Após a edição da Lei 9.250/95, no entanto, passou a incidir a taxa Selic desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data). Insta acentuar que a taxa Selic não pode ser cumulada com qualquer outro índice, seja de atualização monetária, seja de juros, porque ela inclui, a um só tempo, o índice de inflação do período e a taxa real de juros. Nesse sentido são os seguintes precedentes da Primeira Seção, submetidos ao regime de que trata o art. 543-C do CPC: REsp 1.111.189/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 25.9.2009; REsp 1.111.175/SP, Rel. Min. Denise Arruda (DJe de 1º.7.2009).” (EDcl no AgRg no REsp 1014980/RN, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 15/10/2010)

2. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para dar parcial provimento ao recurso especial, tão somente para afastar a cumulação da taxa Selic com qualquer outro índice.

Na espécie, cabe a reforma da sentença, para reconhecer o direito à inexigibilidade da tributação e à compensação do indébito, que deve observar o regime da lei vigente ao tempo da propositura da ação, aplicando-se a prescrição quinquenal, tendo em vista que a ação foi ajuizada em 13/08/2007 (f. 02), e, quanto aos tributos compensáveis, o disposto nos artigos 74 da Lei 9.430/1996, 170-A do CTN, e 26, parágrafo único, da Lei 11.457/2007, com a correção monetária do indébito pela UFIR e, a partir de janeiro de 1996, pela taxa SELIC, exclusivamente.

Deste modo, à luz de tais parâmetros e frente ao que decidido na origem, resta evidenciado o cabimento do juízo de retratação nos limites da devolução da matéria pela Vice-Presidência e pelo precedente firmado pela Suprema Corte.

Invertendo-se os ônus sucumbenciais, fixando-os em 10% sobre o valor atualizado da causa, em conformidade com os critérios do § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil/1973.

Ante o exposto, em juízo de retratação, dou parcial provimento à apelação, para reformar a sentença, nos termos supracitados.

É como voto.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora para o Acórdão

APELAÇÃO CÍVEL
0000415-79.2015.4.03.6129
(2015.61.29.000415-2)

Apelante: PREFEITURA MUNICIPAL DE CAJATI - SP
Apelado: CONSELHO REGIONAL DE BIBLIOTECONOMIA DA 8ª REGIÃO DE SÃO PAULO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE REGISTRO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO
Classe do Processo: Ap 2193872
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/02/2018

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - CONSELHO DE BIBLIOTECONOMIA - IMPOSIÇÃO DE MULTA AO MUNICÍPIO POR AUSÊNCIA DE BIBLIOTECÁRIO EM BIBLIOTECA MUNICIPAL: IMPOSSIBILIDADE.

1. O ato da autarquia corporativa configura manifesta violação ao princípio da legalidade.
2. A autarquia tem poder disciplinar sobre os profissionais da área, mas não pode aplicar multa ao Município porque a biblioteca municipal não é dirigida por bibliotecário.
3. “A falta de pagamento da multa prevista neste Capítulo no prazo estipulado determinará a suspensão do exercício profissional, sem prejuízo da cobrança por via executiva” (artigo 40, da Lei Federal nº 9.674/98). Tal punição é inaplicável ao Município, se inadimplente.
4. O artigo 46, da Lei Federal nº 9.674/98, prevê que “pessoas não habilitadas que exercerem a profissão regulamentada nesta Lei estão sujeitas às penalidades previstas na Lei de Contravenções Penais e ao pagamento de multa, a ser definida pelo Conselho Federal”, o que é de duvidosa constitucionalidade, porque alcança pessoas físicas não sujeitas ao seu poder disciplinar. Seja como for, nem mesmo com o seu excesso chegou ao exagero de dizer que alcança Município. O Município não exerce a profissão, mas contrata quem o faça.
5. Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 01 de fevereiro de 2018.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FÁBIO PRIETO (Relator):

Trata-se de apelação em embargos à execução fiscal.

A r. sentença julgou os embargos improcedentes. A embargante foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios, no percentual de 10% sobre o proveito econômico obtido (artigo 85, do Código de Processo Civil).

A apelante requer a reforma da r. sentença, para que seja excluída a multa imposta por ausência de bibliotecário na Biblioteca Municipal de Cajati.

As contrarrazões de apelação foram apresentadas.

É o relatório.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FÁBIO PRIETO (Relator):

Trata-se de recurso interposto pelo Município de Cajati, em razão da improcedência dos embargos à execução fiscal interpostos em razão da fixação de multa pelo Conselho Regional de Biblioteconomia, com fundamento no fato de que a chefe da biblioteca municipal era professora readaptada, não bibliotecária (fls. 176).

Para a satisfação da autarquia corporativa, serão consumidos, do orçamento municipal, mais de R\$ 40.000,00 (fls. 09 do apenso).

O ato da autarquia corporativa configura manifesta violação ao princípio da legalidade.

A autarquia tem poder disciplinar sobre os profissionais da área.

Não pode, por exemplo, aplicar multa ao Município, porque a biblioteca municipal não é dirigida por bibliotecário.

A lista de punições, do artigo 40, da Lei Federal nº 9.674/98, é clara:

As penas disciplinares, consideradas a gravidade da infração cometida e a reincidência das mesmas, consistem em:

I - multa de um a cinquenta vezes o valor atualizado da anuidade;

II - advertência reservada;

III - censura pública;

IV - suspensão do exercício profissional de até três anos;

V - cassação do exercício profissional com a apreensão da carteira profissional.

Tanto que o § 2º, do mesmo artigo, diz que “a falta de pagamento da multa prevista neste Capítulo no prazo estipulado determinará a suspensão do exercício profissional, sem prejuízo da cobrança por via executiva”.

Inadimplente, o Município não poderia sofrer a “suspensão do exercício profissional”, típica sanção aplicável a profissionais.

O próprio artigo 46, da mesma lei, preceitua que “as pessoas não habilitadas que exercerem a profissão regulamentada nesta Lei estão sujeitas às penalidades previstas na Lei de Contravenções Penais e ao pagamento de multa, a ser definida pelo Conselho Federal”.

É de duvidosa constitucionalidade, porque alcança pessoas físicas não sujeitas ao seu poder disciplinar.

Seja como for, nem mesmo com o seu excesso chegou ao exagero de dizer que alcança Município.

O Município não exerce a profissão, mas contrata quem o faça.

Condene a autarquia no pagamento de honorários advocatícios de 10% (dez por cento) do valor da causa.

Por estes fundamentos, dou provimento à apelação.

É o voto.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

0017507-60.2015.4.03.6100

(2015.61.00.017507-2)

Apelante: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO - SP

Apelada: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT

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

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA

Classe do Processo: Ap 2262380

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/02/2018

EMENTA

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. ISSQN. ART. 166 DO CTN. INEXISTÊNCIA DE REPASSE. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. ECT. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. JUROS MORATÓRIOS E ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. TAXA SELIC.

1. A presente Ação de Repetição de Indébito foi ajuizada em 01.09.2015 pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT (fls. 2), objetivando a empresa a restituição de valores pagos a título de indevida incidência de ISSQN a partir da instituição, por força da Lei Complementar Municipal 116/03, do subitem 26.01 da Lista de Serviços relativa àquele tributo, referente aos “serviços de coleta, remessa ou entrega de correspondência, documentos, objetos bens ou valores, inclusive pelo Correios e suas agências franqueadas”.

2. Diversamente do alegado pela PMSP, os valores em questão e serviços prestados foram devidamente discriminados e comprovados pela documentação acostada aos autos pela ECT (fls. 11 a 138).

3. Não se sustenta o inconformismo da PMSP quanto a uma eventual não comprovação de autorização, pelo usuário dos serviços prestados pela ECT, a restituir o tributo que teria sido indevidamente pago, nos termos do art. 166 do CTN, presumindo-se o repasse do valor ao custo do serviço oferecido. Ainda que via de regra se exija a comprovação, a jurisprudência pacificou-se no sentido de que em relação à incidência de ISS sobre serviços prestados pela ECT é despcienda a prova, presumindo-se não haver o repasse. Precedente do STJ.

4. O art. 12 do Decreto-Lei 509/69 garante a imunidade tributária da ECT, sendo o dispositivo recepcionado pela CF/88. Precedente do STF.

5. Encontra-se consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, consoante recentemente decidido no RE 601392, em sede de repercussão geral, firme no sentido de que, efetivamente, goza a ECT de imunidade tributária recíproca, de todo indiferente a prestação simultânea de serviços postais e outros em concorrência com a iniciativa privada, inviabilizando, pois, a cobrança pelo Município do ISS.

6. Caráter público da empresa ao prestar serviço público exclusivo do Estado, mesmo que acompanhado do exercício de atividade econômica prestada em concorrência com a iniciativa privada. Precedente do STF.

7. O indébito fiscal deve ser, na espécie, acrescido, a título de correção monetária e juros de mora, exclusivamente da Taxa Selic a partir de 01.01.1996 e observada a data

de cada recolhimento indevido, sem cumulação de qualquer outro índice ou fator no período. Antes disso aplica-se a UFIR como fator de correção, sem juros. Precedentes. 8. Apelo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 07 de dezembro de 2017.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

RELATÓRIO

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

Vistos, etc.

Trata-se de Apelação em sede de Ação Ordinária, interposta pela Prefeitura Municipal de São Paulo/SP - PMSP, contra sentença (fls. 191 a 199) na qual foi julgado procedente o pedido de repetição de indébito tributário, relativo a valores pagos pela ECT a título de ISS indevidamente cobrados pela PMSP. Juros e atualização monetária conforme Manual de Orientação e Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal. Honorários advocatícios arbitrados no patamar mínimo previsto pelo art. 85, §3º, do novo Código de Processo Civil, observando-se que o montante a ser devolvido deverá ser apurado em fase de execução.

A PMSP, em razões de Apelação (fls. 201 a 205), sustenta que a ECT limitou-se a apontar os tomadores de serviço que teriam efetuado a retenção de ISS sobre o preço de seus serviços, mas não esclareceu quais seriam, não se prestando a tanto a documentação acostada; que o ISS incide sobre atividades exercidas pela ECT que não sejam tipicamente postais, conforme se analisa no RE 601.392; que não há comprovação de que não tenha repassado o encargo ao contribuinte de fato, isto é, o consumidor do serviço, além de não demonstrar estar autorizada pelo contribuinte a restituir o tributo que teria sido indevidamente pago conforme exige o art. 166 do CTN. Alternativamente, requer a incidência de correção monetária pelo IPCA/IBGE e que os juros moratórios incidam apenas após o trânsito em julgado, passando a partir de então calculados ambos nos termos do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei 11.960/09, sem a incidência de juros de mora entre a expedição do precatório até seu pagamento dentro do prazo constitucional, nos termos da Súmula Vinculante 17/STF.

Em suas contrarrazões (fls. 207 a 219), a ECT alega incidir a imunidade tributária recíproca, conforme decidido no âmbito dos RE 220.906, 225.011, 229.696, 230.051 e 230.072, uma vez que presta serviço público; que recai sobre si o ônus do encargo econômico, de maneira que é inaplicável o art. 166 do CTN à hipótese; que a documentação acostada aos autos os pertinentes comprovantes de recolhimento; quanto aos juros, que deve incidir a SELIC a partir da data dos recolhimentos indevidos.

É o relatório.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

VOTO

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

Recebo a Apelação, haja vista o preenchimento de seus requisitos.

A presente Ação de Repetição de Indébito foi ajuizada em 01.09.2015 pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT (fls. 2), objetivando a empresa a restituição de valores pagos a título de indevida incidência de ISSQN a partir da instituição, por força da Lei Complementar Municipal 116/03, do subitem 26.01 da Lista de Serviços relativa àquele tributo, referente aos “serviços de coleta, remessa ou entrega de correspondência, documentos, objetos bens ou valores, inclusive pelo Correios e suas agências franqueadas”.

Diversamente do alegado pela PMSP, os valores em questão e serviços prestados foram devidamente discriminados e comprovados pela documentação acostada aos autos pela ECT (fls. 11 a 138).

Igualmente não se sustenta o inconformismo da PMSP quanto a uma eventual não comprovação de autorização, pelo usuário dos serviços prestados pela ECT, a restituir o tributo que teria sido indevidamente pago, nos termos do art. 166 do CTN, presumindo-se o repasse do valor ao custo do serviço oferecido. Ainda que via de regra se exija a comprovação, a jurisprudência pacificou-se no sentido de que em relação à incidência de ISS sobre serviços prestados pela ECT é despicienda a prova, presumindo-se não haver o repasse.

Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. ISS. ECT. IMUNIDADE. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ART. 166 DO CTN. INAPLICABILIDADE DA EXIGÊNCIA DE PROVA DE A EMPRESA TER ASSUMIDO O ENCARGO FINANCEIRO OU ESTAR EXPRESSAMENTE AUTORIZADA PELOS TOMADORES DOS SERVIÇOS.

1. O recurso questiona se, para repetir indébito relativo ao ISS sobre serviços postais, decorrente de imunidade que lhe foi reconhecida, a ECT teria de comprovar autorização do contribuinte de fato, nos termos do art. 166 do Código Tributário Nacional.
2. Consoante a jurisprudência do STJ, o ISS pode assumir a natureza de tributo direto ou indireto (REsp 1.131.476/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 01/02/2010, submetido ao rito do art. 543-C do CPC), classificação essa que dependerá de análise, caso a caso, de existência de vinculação entre o valor auferido pelos serviços prestados e o tributo devido.
4. O acórdão recorrido considerou que “não é razoável supor que os valores fixados pelo Ministério da Fazenda para os serviços prestados pela ECT não levam em conta os custos necessários para a sua realização. Portanto, para que a ECT possa pleitear a repetição de indébito, é imprescindível que tenha a autorização do contribuinte de fato”.
5. A revisão dessa conclusão não encontra obstáculo na Súmula 7/STJ, uma vez que o acórdão recorrido não chegou à sua conclusão com base na prova dos autos, mas com base em presunção.
6. O art. 12 do Decreto-lei 509/69 estabelece que a ECT goza dos privilégios concedidos à Fazenda Pública, inclusive em relação a imunidade tributária, direta ou indireta. Embora contestada por diversas Fazendas Municipais e Estaduais, a validade desse dispositivo sempre foi sustentada pelos Correios e pela Administração Federal, razão pela qual não tem razoabilidade presumir que, na composição das tarifas postais, o Ministério da Fazenda levasse em conta um ISS ou um ICMS que seriam repassados aos tomadores dos serviços, pois seu entendimento sempre foi o de que a ECT não se sujeita ao pagamento destes impostos. A presunção seria exatamente aquela oposta à assumida pelo acórdão recorrido, ou seja, de que não havia repasse do custo do ISS ao consumidor final.

8. Recurso Especial provido para reconhecer o direito à repetição do indébito relativo ao ISS, afastando a necessidade de prova de a empresa ter assumido o encargo pelo tributo ou estar expressamente autorizada pelos tomadores dos serviços.

(STJ, REsp 1642250/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 20.04.2017)

Prossigo.

A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT foi criada pelo Decreto-Lei 509/69. O próprio art. 12 do mencionado diploma legal prevê a aplicação da imunidade tributária, conforme segue:

Art. 12 - A ECT gozará de isenção de direitos de importação de materiais e equipamentos destinados aos seus serviços, dos privilégios concedidos à Fazenda Pública, quer em relação à imunidade tributária, direta ou indireta, impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, quer no concernente a foro, prazos e custas processuais.

Insta observar que o mencionado dispositivo foi recepcionado pela atual Constituição Federal, conforme entendimento exprimido pelo Supremo Tribunal Federal:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. IMPENHORABILIDADE DE SEUS BENS, RENDAS E SERVIÇOS. RECEPÇÃO DO ARTIGO 12 DO DECRETO-LEI Nº 509/69. EXECUÇÃO. OBSERVÂNCIA DO REGIME DE PRECATÓRIO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. À Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do artigo 12 do Decreto-lei nº 509/69 e não-incidência da restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.

2. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância ao regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição Federal.

Recurso extraordinário conhecido e provido.

(RE 225011, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 16/11/2000, DJ 19-12-2002 PP-00073 EMENT VOL-02096-05 PP-00928)

Assim se dá pelo caráter público da empresa, previsto pelo próprio art. 21, X, da Constituição Federal, uma vez que o serviço público prestado em regime de exclusividade pelo Estado enseja a aplicação da imunidade tributária, ainda que simultaneamente prestado em concorrência com a iniciativa privada, não se aplicando à empresa o previsto pelo art. 150, §3º, da Carta:

Art. 21. Compete à União:

(...)

X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;

Ainda nesse sentido a questão restou pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, consoante julgado cuja ementa segue:

Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Imunidade recíproca. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. 3. Distinção, para fins de tratamento normativo, entre empresas públicas prestadoras de serviço público e empresas públicas exploradoras de atividade. Precedentes. 4. Exercício simultâneo de atividades em regime de exclusividade e em concorrência com a iniciativa privada. Irrelevância. Existência de peculiaridades no serviço postal. Incidência da imunidade prevista no art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(RE 601392, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 28/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-105 DIVULG 04-06-2013 PUBLIC 05-06-2013)

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, firme no sentido de que goza a ECT de imunidade tributária recíproca sobre qualquer atividade por ela desenvolvida, sendo indiferente se em monopólio ou em concorrência com a iniciativa privada, inviabilizando, pois, a cobrança pelo Município do ISS, conforme julgamento do Recurso Extraordinário 601.392, em sede de repercussão geral, por maioria, *in verbis*:

Recurso Extraordinário com repercussão geral. 2. Imunidade recíproca. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. 3. Distinção, para fins de tratamento normativo, entre empresas públicas prestadoras de serviço público e empresas públicas exploradoras de atividade. Precedentes. 4. Exercício simultâneo de atividades em regime de exclusividade e em concorrência com a iniciativa privada. Irrelevância. Existência de peculiaridades no serviço postal. Incidência da imunidade prevista no art. 150, VI, ‘a’, da Constituição Federal. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(RE 601392, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 28/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-105 DIVULG 04-06-2013 PUBLIC 05-06-2013)

Por fim, aproveita acrescentar haver aquela Corte decidido ainda quanto à pertinência da aplicação da imunidade tributária - caso, por exemplo, do IPTU, em recente julgado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TRIBUTÁRIO. IPTU. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS (ECT). IMUNIDADE RECÍPROCA (ART. 150, VI, A, DA CF).

1. Perfilhando a cisão estabelecida entre prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica, a Corte sempre concebeu a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos como uma empresa prestadora de serviços públicos de prestação obrigatória e exclusiva do Estado.
2. A imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, a, da Constituição, alcança o IPTU que incidiria sobre os imóveis de propriedade da ECT e por ela utilizados.
3. Não se pode estabelecer, a priori, nenhuma distinção entre os imóveis afetados ao serviço postal e aqueles afetados à atividade econômica.
4. Na dúvida suscitada pela apreciação de um caso concreto, acerca, por exemplo, de quais imóveis estariam afetados ao serviço público e quais não, não se pode sacrificar a imunidade tributária do patrimônio da empresa pública, sob pena de se frustrar a integração nacional.
5. As presunções sobre o enquadramento originariamente conferido devem militar a favor do contribuinte. Caso já lhe tenha sido deferido o status de imune, o afastamento dessa imunidade só pode ocorrer mediante a constituição de prova em contrário produzida pela Administração Tributária.
6. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

(RE 773992, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 15/10/2014, ACÓR-

DÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-032 DIVULG 18-02-2015
PUBLIC 19-02-2015)

No mesmo sentido, julgados da Quarta Turma desta Corte quanto à aplicação da imunidade tributária recíproca à ECT mesmo no tocante ao ISS:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. ECT. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS - ISS. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Conforme entendimento pacificado pelo E. Supremo Tribunal Federal 'As empresas públicas prestadoras de serviço público distinguem-se das que exercem atividade econômica. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, motivo por que está abrangida pela imunidade tributária recíproca: C.F., art. 22, X; C.F., art. 150, VI, a. Precedentes do STF: RE 424.227/SC, 407.099/RS, 354.897/RS, 356.122/RS e 398.630/SP, Ministro Carlos Velloso, 2ª Turma.' (RE 424.227/SC, Relator Ministro CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, v.u., j. 24/08/2004, DJ 10/09/2004).

(...)

5. Apelação a que se dá provimento.

(AC 2009.60.00.015202-1/MS, Relatora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA, Quarta Turma, j. 06/04/2016, D.E. 14/04/2016)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CDA. CERTEZA E LIQUIDEZ DO TÍTULO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. IMPENHORABILIDADE. ISS. IMUNIDADE. ART. 150, INC. IV, ALÍNEA A, DA CF.

I. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT -, por se tratar de pessoa jurídica prestadora de serviço público obrigatório e exclusivo do Estado, equipara-se à Fazenda Pública, gozando dos mesmos privilégios, inclusive em relação à impenhorabilidade e à imunidade tributária recíproca, nos termos do artigo 150, inciso VI, alínea 'a' da Constituição Federal. Precedentes do STF e do STJ.

II. Impenhorabilidade dos bens da ECT confirmada, ante a recepção do decreto-lei n. 509/69 pela ordem constitucional.

III. Condenação da embargada em honorários advocatícios fixada em 10% sobre o valor executado.

IV. Apelação provida.

(AC 536.175/SP, Relatora Desembargadora Federal ALDA BASTO, Quarta Turma, j. 05/04/2006, DJU 09/08/2006)

Por fim, ainda o mesmo instituto é aplicável à ECT no tocante ao item 26 e subitem 26.01 da Lista de Serviços relativa à LC 116/03, conforme decisão proferida no âmbito desta Corte pelo Des. Fed. Carlos Muta: "(...) evidenciado que a Suprema Corte já declarou imunidade tributária da ECT, o que alcança toda a espécie de impostos, inclusive o ISSQN, no tocante aos seus serviços essenciais, aqui considerados os tratados no item 26 e subitem 26.01 da Lista de Serviços anexa à LC 116/2003, os quais devem, pois, ser interpretados em conformidade com a jurisprudência consolidada." (AC 2006.61.19.006829-5/SP, decisão de 16.05.2012).

Igualmente há de ser mantida a sentença quanto aos juros moratórios.

Aos créditos oriundos de compensação/ repetição de indébito tributário aplicam-se os índices oficiais e os expurgos inflacionários previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267, de 2 de dezembro de 2013, do Conselho da Justiça Federal.

Isso porque a questão relativa aos indexadores utilizados na correção monetária do indébito tributário já foi decidida pelo C. STJ em regime de recurso repetitivo. Confira-se:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão *ex officio*, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: “A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4ª 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))” (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *in* “Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante”, 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos infla-

cionários a serem aplicados em ações de compensação / repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, “os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos” (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

(...)

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1112524/DF, Rel. Min. LUIZ FUX, Corte Especial, DJe 30/09/2010)

A jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.111.175/SP, pronunciou-se pela incidência da taxa Selic, a partir de janeiro de 1996:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC. ART. 39, § 4º, DA LEI 9.250/95. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. Aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º.1.1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.

3. Se os pagamentos foram efetuados após 1º.1.1996, o termo inicial para a incidência do acréscimo será o do pagamento indevido; no entanto, havendo pagamentos indevidos anteriores à data de vigência da Lei 9.250/95, a incidência da taxa SELIC terá como termo *a quo* a data de vigência do diploma legal em tela, ou seja, janeiro de 1996.

Esse entendimento prevaleceu na Primeira Seção desta Corte por ocasião do julgamento dos EREsp 291.257/SC, 399.497/SC e 425.709/SC.

4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.

(REsp 111175/SP, relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, julgado em 10/06/2009, DJe 01/07/2009.)

Assim, especificamente quanto aos juros moratórios, tanto na hipótese de repetição de indébito, quanto na compensação, a 1ª Seção do C. Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que, anteriormente a 01.01.1996, os juros de mora são devidos na razão de 1% (um por cento) ao mês, a partir do trânsito da sentença (art. 167, parágrafo único

do CTN e Súmula STJ/188). Após 01.01.1996, são calculados com base na taxa SELIC desde o recolhimento indevido, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de atualização monetária, seja de juros. Desse modo, não há que se reformar a sentença quanto aos juros e atualização monetária.

Face ao exposto, nego provimento à Apelação, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0016123-92.2016.4.03.0000

(2016.03.00.016123-2)

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Agravada: CROMA PHARMA PRODUTOS MÉDICOS LTDA. E FILIAIS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA SAO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO

Classe do Processo: AI 587296

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/01/2018

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. TUTELA DE URGÊNCIA. VINCULAÇÃO A DEPÓSITO DO DÉBITO. PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ. CLASSIFICAÇÃO FISCAL PARA IMPORTAÇÕES FUTURAS. EFEITOS NORMATIVOS. INEXISTÊNCIA. CONFLITO DE INTERESSES CONCRETO E INDIVIDUAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

I. O recurso está limitado à necessidade de depósito judicial para a tutela de urgência e aos efeitos normativos do provimento inibitório. O mérito do conflito de interesses - classificação fiscal das mercadorias “Princess Filler”, “Princess Volume” e “Princess Rich” -, não foi devolvido ao Tribunal.

II. A concessão de tutela provisória não pode ficar dependente aprioristicamente de qualquer garantia. O juiz, baseado na especificidade do litígio, pode exigi-la ou não, segundo o poder geral de cautela (artigo 300, §1º, do CPC).

III. O depósito previsto para o desembaraço aduaneiro de que consta exigência fiscal não se aplica ao processo judicial, seja porque textualmente está vinculado à jurisdição aduaneira (artigo 570, §4º, do Decreto nº 6.759/2009), seja porque a inafastabilidade da prestação jurisdicional veda condicionamentos abstratos.

IV. O CTN - aplicável aos tributos exigíveis no despacho de importação - arrola, inclusive, a tutela antecipada como fundamento autônomo de suspensão da exigibilidade, desvinculando-a previamente de depósito (artigo 151, V).

V. A imposição de classificação fiscal para importações futuras tampouco produz efeitos normativos - comando abstrato e genérico para regulamentação prospectiva.

VI. Se o contribuinte realiza rotineiramente operações que possam levar à incidência de tratamento já praticado em nível administrativo, a concessão de tutela provisória, na forma de obrigação de não fazer, assume conotação específica e individual. O provimento não se torna geral e incerto, mas se volta a um conflito de interesses com probabilidade de concretização, individualização.

VII. A antecipação não significa usurpação da competência do Poder Executivo, especificamente dos organismos encarregados do despacho aduaneiro. O posicionamento institucional da Receita Federal do Brasil está devidamente configurado, alcançando diretamente a esfera jurídica do importador e dando origem a uma controvérsia cuja inibição faz parte da atividade do Poder Judiciário - ameaça de lesão a direito, nos termos do artigo 5º, XXXV, da CF.

VIII. De acordo com os autos da ação declaratória, Croma-Pharma Produtos Médicos Ltda. promoveu diversas importações dos produtos “Princess Filler”, “Princess Volume”

e “Princess Rich”, que são classificados pelo Fisco na posição 3004.90.90 da Nomenclatura Comum do Mercosul, em contraposição ao código descrito nas declarações do importador (3004.90.99).

IX. A pessoa jurídica impetrou, inclusive, mandado de segurança para obter o desembaraço aduaneiro das últimas mercadorias importadas, conforme a classificação 3004.90.99.

X. As operações da empresa e as autuações frequentes da Administração Tributária fornecem, portanto, grande dose de concretização e individualização ao conflito substanciado no enquadramento fiscal dos produtos “Princess Filler”, “Princess Volume” e “Princess Rich”, a ponto de justificarem a expedição de tutela judicial inibitória.

XI. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 18 de outubro de 2017.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União em face de decisão que deferiu pedido de tutela de urgência, para que ela classifique na posição 3004.90.99 da Nomenclatura Comum do Mercosul os produtos descritos na petição inicial - “Princess Filler”, “Princess Volume” e “Princess Rich” -, abstendo-se de promover autuações com base em classificação fiscal diversa.

Sustenta que a suspensão da exigibilidade de tributos aduaneiros reclama depósito judicial. Argumenta que o artigo 570, §4º, do Decreto nº 6.759/2009 faz a exigência.

Alega também que o pedido acolhido não é determinado. Explica que a imposição de classificação para importações futuras produz efeitos normativos, impedindo a fiscalização aduaneira em cada caso e usurpando as atribuições do Poder Executivo.

Acrescenta que apenas a tutela concedida no controle concentrado de constitucionalidade tem essa eficácia.

O agravo tramitou sem análise de efeito ativo.

Croma-Pharma Produtos Médicos Ltda. apresentou resposta (fls. 52/59).

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

VOTO

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

Primeiramente, o recurso está limitado à necessidade de depósito judicial para a tutela de urgência e aos efeitos normativos do provimento inibitório. O mérito do conflito de interesses - classificação fiscal das mercadorias “Princess Filler”, “Princess Volume” e “Princess Rich” -, não foi devolvido ao Tribunal.

A concessão de tutela provisória não pode ficar dependente aprioristicamente de qualquer garantia. O juiz, baseado na especificidade do litígio, pode exigí-la ou não, segundo o poder geral de cautela (artigo 300, §1º, do CPC).

O depósito previsto para o desembaraço aduaneiro de que consta exigência fiscal não se aplica ao processo judicial, seja porque textualmente está vinculado à jurisdição aduaneira (artigo 570, §4º, do Decreto nº 6.759/2009), seja porque a inafastabilidade da prestação jurisdicional veda condicionamentos abstratos.

O CTN - aplicável aos tributos exigíveis no despacho de importação - arrola, inclusive, a tutela antecipada como fundamento autônomo de suspensão da exigibilidade, desvinculando-a previamente de depósito (artigo 151, V).

A imposição de classificação fiscal para importações futuras tampouco produz efeitos normativos - comando abstrato e genérico para regulamentação prospectiva.

Se o contribuinte realiza rotineiramente operações que possam levar à incidência de tratamento já praticado em nível administrativo, a concessão de tutela provisória, na forma de obrigação de não fazer, assume conotação específica e individual. O provimento não se torna geral e incerto, mas se volta a um conflito de interesses com probabilidade de concretização, individualização.

A antecipação não significa usurpação da competência do Poder Executivo, especificamente dos organismos encarregados do despacho aduaneiro. O posicionamento institucional da Receita Federal do Brasil está devidamente configurado, alcançando diretamente a esfera jurídica do importador e dando origem a uma controvérsia cuja inibição faz parte da atividade do Poder Judiciário - ameaça de lesão a direito, nos termos do artigo 5º, XXXV, da CF.

O Superior Tribunal de Justiça assumiu essa posição após o julgamento de embargos de divergência:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA. EFEITOS PROSPECTIVOS. CABIMENTO.

1. Embargos de divergência em recurso especial nos quais se discute o cabimento, ou não, de ação declaratória para obter o reconhecimento de inexistência de relação jurídica-tributária que iniba a Administração Tributária de promover a autuação fiscal relativa a operações futuras concernentes à atividade profissional da contribuinte.
2. Cabe ação declaratória para obter o reconhecimento de inexistência de relação jurídica-tributária para fins *prospectivos*, quando o contribuinte demonstra que o fato jurídico suscitado diz respeito ao cotidiano de suas atividades e que há conduta rotineira do fisco infirmando o direito alegado já manifestada em outros casos análogos, seja por meio de indeferimento de pedido administrativo ou de lavratura de auto de infração.
3. No caso dos autos, a empresa contribuinte logrou demonstrar que a sua pretensão declaratória não é meramente abstrata, mas, ao contrário disso, que seu justo receio é concreto e iminente, uma vez que já foi autuada pela administração municipal para recolher o ISS sobre as operações de leasing de veículos comercializadas com os consumidores lá residentes.
4. Embargos de divergência providos.
(STJ, EResp 1135878, Relator Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJ 26/06/2013).

De acordo com os autos da ação declaratória, Croma-Pharma Produtos Médicos Ltda. promoveu diversas importações dos produtos “Princess Filler”, “Princess Volume” e “Princess Rich”, que são classificados pelo Fisco na posição 3004.90.90 da Nomenclatura Comum do Mercosul, em contraposição ao código descrito nas declarações do importador (3004.90.99).

A pessoa jurídica impetrou, inclusive, mandado de segurança para obter o desembaraço aduaneiro das últimas mercadorias importadas, conforme a classificação 3004.90.99.

As operações da empresa e as autuações frequentes da Administração Tributária fornecem, portanto, grande dose de concretização e individualização ao conflito consubstanciado no enquadramento fiscal dos produtos “Princess Filler”, “Princess Volume” e “Princess Rich”, a ponto de justificarem a expedição de tutela judicial inibitória.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS:

Procedo à presente declaração de voto com o fito de deixar consignadas nos autos as razões que me levaram a divergir, em parte, do entendimento esposado pela d. maioria, formada pelos votos proferidos pelos e. Desembargadores Federais Antonio Cedenho e Nery Júnior.

Penso, respeitosamente, que o integral desprovemento do agravo produzirá quadro fático e jurídico insustentável, na medida em que, a um só tempo, impedirá o Fisco de exercer sua função típica, viabilizará à agravada realizar importações completamente a salvo de qualquer controle e tributação, mesmo que ao final do processo o resultado seja-lhe inteiramente desfavorável.

Com efeito, a decisão de primeira instância, confirmada pelos votos da d. maioria da Turma, deferiu a antecipação dos efeitos da tutela provisória “para determinar que a ré se abstenha de obstar o desembaraço aduaneiro ou de *promover a autuação da empresa autora* pela importação dos produtos *Princess Filler, Princess Volume e Princess Rich* - soluções de hialuronato de sódio injetável, sob o argumento de que a classificação alfandegária seria outra que não a NCM 3004.90.99” (f. 34-verso deste instrumento, f. 208-verso do feito principal).

Ora, a autuação fiscal é procedimento inafastável, pois somente por meio dele é que se *documenta*, no âmbito tributário, a importação e a posição do Fisco a respeito de sua regularidade e da classificação do produto. Sem a autuação e na pendência do processo, a agravada restará livre para importar os produtos mencionados e, caso a final o resultado da causa seja de improcedência do pedido inicial, não haverá como resgatar-se o quanto foi importado e não haverá possibilidade de tributar-se por isso.

Penso, com a máxima vênia, que o caso seja de, quando muito, suspender-se a exigibilidade do crédito tributário resultante das autuações - tanto daquela que moveu a agravada a buscar o Poder Judiciário quanto de todas as outras que vierem a ser feitas doravante - sem, contudo, impedir-se o Fisco de proceder às devidas autuações.

Note-se que, sem as autuações, além da já apontada impossibilidade de, no futuro, saber-se o quanto foi importado, consumir-se-á, inafastavelmente, a decadência.

Ante o exposto, por meu voto, dou parcial provimento ao agravo para, reformando em parte a r. decisão agravada, apenas suspender a exigibilidade dos créditos decorrentes da clas-

sificação diversa dos produtos referidos na petição inicial, sem, contudo, obstar a agravante de promover as respectivas autuações, com vistas a documentar os fatos e afastar questionamentos acerca de eventual decadência.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS

Sentenças



AÇÃO PENAL

0023348-47.2008.4.03.0000

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réus: EDSON MOURA E OUTROS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA DE CAMPINAS - SP

Juíza Federal: VALDIRENE RIBEIRO DE SOUZA FALCÃO

Disponibilização da Sentença: REGISTRO EM TERMINAL 04/10/2017

1. Relatório

EDSON MOURA, EDSON MOURA JÚNIOR, ERNESTO DONIZETE MODA, JOSÉ CARLOS BUENO DE QUEIROZ DOS SANTOS, CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOSA, CARLOS EDUARDO FERREIRA e ARTHUR AUGUSTO DOS SANTOS FREIRE (ARTHUR AUGUSTO CAMPOS FREIRE), qualificados nos autos, foram todos denunciados pelo Ministério Público Federal como incurso nas penas do artigo 288 do Código Penal e artigo 1º, incisos I e II, da Lei 8.137/90. Excetuando-se *JOSÉ CARLOS BUENO DE QUEIROZ DOS SANTOS* e *CARLOS EDUARDO FERREIRA*, também foram denunciados por várias vezes pelo delito do artigo 299 do Código Penal. Foram arroladas sete testemunhas de acusação.

Narra a exordial acusatória:

II - DA FORMAÇÃO DE QUADRILHA PARA A PRÁTICA DE CRIMES EM DETRIMENTO DA ORDEM TRIBUTÁRIA NACIONAL E DE FALSIDADE IDEOLÓGICA:

As robustas provas carreadas aos autos pelos auditores fiscais demonstraram que os denunciados *EDSON MOURA, EDSON MOURA JÚNIOR, ERNESTO DONIZETE MODA, JOSÉ CARLOS BUENO DE QUEIROZ DOS SANTOS, CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOSA, CARLOS EDUARDO FERREIRA e ARTHUR AUGUSTO DOS SANTOS FREIRE* associaram-se em quadrilha de forma estável e permanente, para o fim de cometer crimes de falsidade ideológica e contra a Ordem Tributária Nacional, sendo que no período das fiscalizações instauradas pela Receita Federal em Campinas, compreendido entre janeiro do ano 2000 a dezembro de 2005, foram autuados *EDSON MOURA* e suas empresas Sauro Brasileira de Petróleo S/A, Ibrafem – Instituto Brasileiro do Futuro Empresário Ensino Superior Ltda, TV Educativa de Paulínia Ltda, TV Educativa Cidade das Flores Ltda e 2M do Brasil Indústria e Comércio Ltda no valor de R\$ 32.517.320,28 (trinta e dois milhões, quinhentos e dezessete mil, trezentos e vinte reais e vinte e oito centavos) relativo a tributos federais.

A quadrilha tem como líder *EDSON MOURA*, pai de *EDSON MOURA JÚNIOR* e superior hierárquico de *JOSÉ CARLOS BUENO DE QUEIROZ DOS SANTOS* e *CARLOS EDUARDO FERREIRA* na Prefeitura de Paulínia.

Para a consecução dos crimes foi engendrada e posta em prática a confecção de falsos contratos de mútuos apresentados à fiscalização, grande parte deles com a finalidade de justificar falsas operações de distribuições de lucros da empresa Sauro Brasileira de Petróleo S/A a *EDSON MOURA* e transferências de recursos às suas demais empresas, conforme será abaixo exposto, dando assim cobertura à variação patrimonial a descoberto de pessoa física e jurídica e justificando, perante a fiscalização, a origem de recursos omitidos dolosamente nas declarações fiscais apresentadas às autoridades fazendárias, com a finalidade de suprimir ou reduzir o pagamento de Imposto de Renda Pessoa Física e Jurídica e contribuições sociais reflexas.

A apresentação de documentos ideologicamente falsos à fiscalização teve por objetivo encobrir e justificar a origem de recursos omitidos na Declaração de Imposto de Renda de *EDSON MOURA*, bem assim das empresas das quais este é sócio gerente, as quais receberam aportes de recursos não declarados à Receita Federal.

Tramitam perante o Ministério Público Estadual em Paulínia/SP procedimentos que investigam desvios de recursos públicos do Município de Paulínia na gestão de *EDSON MOURA* (...). Há, pois, veementes indícios de que os crimes de falsidade ideológica tiveram por objetivo justificar a origem de patrimônio obtido ilicitamente por *EDSON MOURA*, na qualidade de Prefeito do Município de Paulínia, não declarados à Receita Federal.

EDSON MOURA JÚNIOR, repise-se, é filho de *EDSON MOURA*; passou a integrar o quadro social das empresas de propriedade de seu pai desde o ano 2000; *JOSÉ CARLOS BUENO DE QUEIROZ* foi chefe de gabinete de *EDSON MOURA* na Prefeitura Municipal de Paulínia durante seu mandato iniciado em 2001 e findo em 2005; *CARLOS EDUARDO FERREIRA* foi Secretário de Turismo e Eventos junto à Prefeitura do Município de Paulínia na sua atual gestão, portanto, ambos subordinados hierarquicamente a *EDSON MOURA*.

CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA também atuou na quadrilha liderada por *EDSON MOURA*, eis que figurou como seu sócio na empresa 2M do Brasil Indústria e Comércio Ltda no período de 31.12.2003 a 27.07.2005, substituindo *EDSON MOURA JÚNIOR* nesse período. Na condição de sócio e administrador da empresa 2M do Brasil Indústria e Comércio Ltda prestou declaração ideologicamente falsa e omitiu dolosamente informações às autoridades fazendárias, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributos federais; quando intimado pela fiscalização para esclarecer a origem dos recursos movimentados e escriturados nos livros contábeis da empresa 2M, seja em conta bancária, seja através da aquisição de bens, informaram à fiscalização que tais recursos teriam sido transferidos pela empresa Sauro Brasileira de Petróleo S/A à empresa 2M do Brasil Indústria e Comércio Ltda, mediante contrato de mútuo, o que se comprovou ser falso, como adiante será demonstrado.

CARLOS ALBERTO declarou falsamente ter entregado a *EDSON MOURA* R\$ 2.000.000,00 em espécie a título de pagamento parcial de aquisição de cotas da empresa 2M do Brasil Indústria e Comércio Ltda e aquisição do direito de lavra de água mineral, sendo R\$ 1.100.000,00 no ano-calendário de 2003 e R\$ 900.000,00 no ano-calendário de 2005; a efetividade de tais operações não foi comprovada por *CARLOS ALBERTO*, que inclusive não conseguiu justificar a origem dos recursos os quais alegou ter repassado a *EDSON MOURA*.

(...)

ERNESTO DONIZETE MODA, antigo conhecido e amigo de *EDSON MOURA*, também habitante da cidade de Paulínia, contribuiu ativamente para justificar as falsas operações de distribuição de lucros da Sauro Brasileira de Petróleo S/A a *EDSON MOURA* e outras de suas empresas, operações essas isentas de tributação de Imposto de Renda Pessoa Física, nos termos do artigo 10 da lei n.º 9.249/95.

ERNESTO contribuiu decisivamente para a confecção de falsos contratos de mútuos apresentados à fiscalização, nos quais figurou como mutuante ele próprio e sua empresa Edimon Ltda, e mutuária a Sauro Brasileira de Petróleo S/A, com a finalidade de justificar a origem dos recursos que teriam sido utilizados nas operações de distribuição de lucros acima referidas, já que a Sauro Brasileira de Petróleo S/A não tinha lucros declarados nos valores supostamente repassados a *MOURA* e demais empresas.

No ano calendário de 2003, os contratos de mútuos espelharam o vultoso valor de R\$ 2.100.000,00; em 2005, o próprio *ERNESTO* figurou como mutuante da vultosa importância de R\$ 3.500.000,00 a Sauro Brasileira de Petróleo S/A, no contrato figurando como co-devedor *EDSON MOURA* e *EDSON MOURA JÚNIOR* para aquisição, por aquela empresa em sociedade com *EDSON MOURA*, da Destilaria Santo Expedito, como adiante será descrito.

(...)

ARTHUR AUGUSTO DOS SANTOS FREIRE é pessoa de confiança de *EDSON MOURA*, o qual lhe outorgou procuração para representa-lo durante todo o procedimento fiscal, bem assim *EDSON MOURA JÚNIOR* e todas as empresas fiscalizadas.

Sua importante atuação na quadrilha é demonstrada na criação dos contratos de mútuo apresentados à fiscalização, já referidos por *ARTHUR* quando do seu depoimento à Polícia Federal prestado em 27.06.2005, constante do Inquérito Policial nº 2004.61.21.002101-4, no qual

EDSON MOURA é investigado pela prática do crime de lavagem de ativos; nas assinaturas, por procuração, de recibos falsos em nome de *EDSON MOURA*, apresentados à fiscalização no âmbito do Procedimento Fiscal nº 0810400-2006-00129-8 para o fim de justificar a origem de recursos que dariam cobertura à variação patrimonial a descoberto deste, *ARTHUR* é citado por *ERNESTO DONIZETE MODA* como portador das vultosas somas em espécie que, segundo alegam, teria sido objeto de contrato de mútuo e encaminhado aos cofres da empresa Sauro Brasileira de Petróleo S/A.

DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA NACIONAL E FALSIDADE IDEOLÓGICA:
(...)

- Ano calendário de 2003.

Quanto ao ano-calendário de 2003, constou da DIPJ da Sauro Brasileira de Petróleo S/A ter distribuído R\$ 1.519.929,24, a título de lucros para *EDSON MOURA*.

Nas informações prestadas por *EDSON MOURA* durante a fiscalização, este informou ter recebido no ano-calendário de 2003 daquela empresa a título de distribuição de lucros o montante de R\$ 1.441.090,05.

A falsidade das operações é revelada ainda pelo fato de que a Sauro Brasileira de Petróleo S/A lançou em seu Livro Conta Caixa, para suportar os lançamentos de débito referentes àquele ano, empréstimos da empresa Edimon Ltda, da qual *ERNESTO DONIZETE MODA* é sócio-administrador, no valor de R\$ 2.100.000,00, em três parcelas de R\$ 700.000,00, entregues por *ERNESTO* em 28.06.2003, 29.09.2003 e 29.12.2003.

EDSON MOURA é sócio majoritário da empresa Sauro Brasileira de Petróleo S/A, da qual também é presidente.

A inexistência dessas alegadas operações decorre dos seguintes fatos: a fiscalização na empresa Sauro Brasileira de Petróleo S/A revelou a incapacidade financeira da empresa para realizar as operações de distribuições de lucros segundo seus lançamentos fiscais, bem assim revelou a incapacidade financeira da Edimon Ltda para a concessão das vultosas quantias a título de mútuo; ausência de pagamentos por parte da mutuária, bem assim o fato de que as vultosas transferências de recursos da Edimon Ltda para a Sauro Brasileira de Petróleo S/A teriam sido feitas, segundo alegado, em dinheiro vivo. Diante dessas inconsistências, a fiscalização julgou inexistentes as operações de mútuo, conforme consta da retificação de ofício realizada pela Delegacia da Receita Federal em Campinas no Auto de Infração nº 0810400-2006-00237-5-1, lavrado em face da empresa Edimon Ltda, conforme será adiante descrito.

(...)

Apurou a fiscalização, de outra parte, que *EDSON MOURA* mais uma vez prestou informação falsa às autoridades fazendárias, ao declarar na sua DIRPF, como bens e direitos supostos créditos a receber de *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA*, no valor de R\$ 3.000.000,00, referentes a suposto fundo de comércio da empresa 2M do Brasil Ind. e Com. Ltda, incluída nessa importância a obtenção do direito de lavra de água mineral concedida pelo Ministério de Minas e Energia àquela empresa, através da Portaria nº 397, de 05.09.2002.

EDSON MOURA declarou ter recebido de *CARLOS ALBERTO* o valor de R\$ 596.800,00, valor referente a ganho de capital na alienação de bens ou direitos, conforme demonstrativo da apuração dos ganhos de capital, no qual constou como data da alienação 22.12.2003, mas não promoveu o recolhimento do valor devido a este título.

O total dos créditos supostamente recebidos e a receber de *CARLOS ALBERTO* atingiriam o vultoso montante de R\$ 3.596.800,00 (doc. 7A).

A falsidade das informações prestadas por *EDSON MOURA* ao Fisco na sua Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física – DIRPF – restou comprovada em razão do fato de que o direito de lavra de água mineral foi concedido pelo Ministério de Minas e Energia à empresa, não teria direito ao recebimento do valor acima referido.

A falsidade da declaração prestada por *EDSON MOURA* à Receita Federal também verifica-se pelo fato de que, em 15.09.2003, data em que declarados os recursos obtidos através de *CARLOS ALBERTO* na alienação do fundo de comércio da empresa 2M do Brasil Ind. Com.

Ltda, no valor de R\$ 3.000.000,00, eram sócios da empresa *EDSON MOURA* e *EDSON MOURA JÚNIOR*, conforme consta de cópia da nona alteração contratual da referida empresa, registrada na (sic) realizada em 14.03.2003, data em que IVONETI REGINA PIETROBOM MOURA retirou-se do quadro societário, nele ingressando *EDSON MOURA JÚNIOR* (doc. 7B). Referida alteração contratual foi registrada na Junta Comercial de São Paulo somente em 27.06.2004.

O capital social da empresa 2M do Brasil Ind. Com. Ltda, em 15.09.2003, era de R\$ 248.000,00, divididos em 248 mil quotas, pertencendo 124 mil cotas a cada um dos sócios, montante incompatível com os valores declarados nas operações acima descritas.

Em 22.10.2004 foi registrada na JUCESP outra alteração contratual, também batizada de 9º Alteração e Consolidação, documento no qual constou que em 30.12.2003 *EDSON MOURA JÚNIOR* teria cedido suas cotas para *EDSON MOURA*, o qual, nesta data, aumentou o capital social da empresa para R\$ 1.258.000,00, divididos 1.258.000 quotas, no valor de R\$ 1,00 cada, constando da mesma alteração do contrato social a cessão de 503.200 quotas para *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA* (doc. 7C).

Quando *CARLOS ALBERTO* foi intimado pela fiscalização a esclarecer a origem dos recursos que resultaram nas transferências em dinheiro vivo a *EDSON MOURA*, informou este que do montante de R\$ 1.100.000,00 pagos por ele a *EDSON MOURA* no ano de 2003, R\$ 1.000.000,00 tinha em seu poder em espécie, a título de reserva; R\$ 100.000,00 teria recebido a título de distribuição de lucros das empresas das quais é sócio.

Em vista desses fatos, a fiscalização glosou os valores que *EDSON MOURA* declarou ter recebido de *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA* e considerou que o valor de R\$ 1.000.000,00, relativo ao ano-calendário de 2003, era na verdade recursos pertencentes a *EDSON MOURA*, cuja origem e existência este omitiu pra o fisco.

(...)

Restou demonstrada também a prática de crime de falsidade ideológica, capitulado no artigo 299 do Código Penal, cometido por *EDSON MOURA* e *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA*, eis que inseriram declaração falsa em instrumento particular denominado 9ª alteração contratual da empresa 2M do Brasil Indústria e Comércio Ltda, registrada na JUCESP em 22.10.2004, fazendo dela constar falsamente que o segundo pagou cotas da referida empresa para *EDSON MOURA* no montante de R\$ 503.200,00, bem assim inseriram declaração falsa no instrumento particular de compromisso de compra e venda de cotas da sociedade, no qual constou que *CARLOS ALBERTO* pagou a *EDSON MOURA* a quantia de R\$ 596.000,00 pelo direito de lavra de água mineral, no dia 15.09.2003, assumindo mais 4 parcelas de R\$ 750.000,00, sendo certo que tais instrumentos particulares foram elaborados com a finalidade de justificar a origem de patrimônio a descoberto de *EDSON MOURA* não declarado às autoridades fazendárias.

(...)

- Ano-calendário de 2005 –

EDSON MOURA e *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA* mais uma vez prestaram informação falsa às autoridades fazendárias, relativamente aos rendimentos obtidos pelo primeiro ano-calendário de 2005.

CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA, intimado pela fiscalização para esclarecer a suposta aquisição de cotas do fundo de comércio da empresa 2M do Brasil Indústria e Comércio Ltda, conforme mencionado acima, relativamente ao ano-calendário de 2003, alegou que do valor devido a *EDSON MOURA* pagou, no ano-calendário de 2005, três parcelas no valor de R\$ 300.000,00 cada uma. A primeira em 07.01.2005, a segunda em 28.01.2005 e a terceira em 07.02.2005, juntando recibos de pagamento, os quais foram assinados por *ARTHUR AUGUSTO DOS SANTOS FREIRE* na qualidade de testemunha. Todas as parcelas teriam sido pagas em dinheiro vivo. Juntou cópias de recibos simples (doc. 7D).

CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA, intimado pela fiscalização para esclarecer a suposta aquisição de cotas do fundo de comércio da empresa 2M do Brasil Indústria e Comércio Ltda, conforme mencionado acima, relativamente ao ano-calendário de 2003, alegou que do valor devido a *EDSON MOURA* pagou, no ano-calendário de 2005, três parcelas no valor de R\$ 300.000,00 cada uma. A primeira em 07.01.2005, a segunda em 28.01.2005 e a terceira em 07.02.2005, juntando recibos de pagamento, os quais foram assinados por *ARTHUR AUGUSTO DOS SANTOS FREIRE* na qualidade de testemunha. Todas as parcelas teriam sido pagas em dinheiro vivo. Juntou cópias de recibos simples (doc. 7D).

CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA alegou que, em 11.04.2005 foi notificado extrajudicialmente por *EDSON MOURA*, com o fim de promover o distrato, pondo fim à sociedade existente entre ambos. Juntou cópia desse documento, o qual é assinado por *ARTHUR AUGUSTO CAMPOS FREIRE* (doc. 7E).

CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA apresentou ainda à fiscalização cópia de Distrato do Contrato Particular de Compromisso de Venda e Compra de Quotas da empresa 2M do Brasil Ind. Com. Ltda, que alega ter sido firmado em 10.06.2005, no qual *EDSON MOURA* comprometeu-se a pagar R\$ 2.000.000,00 a *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA* (doc. 7F).

Segundo os termos do distrato, seriam pagas 20 parcelas de R\$ 100.000,00, representadas por 20 notas promissórias, cujos pagamentos se iniciaram em 10.01.2006, com término previsto para 10.08.2007. Do distrato não constou referência à aquisição do direito à cessão da lavra de água mineral.

Quando *CARLOS ALBERTO* foi intimado pela fiscalização a esclarecer a origem dos recursos que resultaram nas transferências em dinheiro vivo a *EDSON MOURA*, informou este que as três parcelas de R\$ 300.000,00, pagas em 07.01.2005, 28.01.2005 e 07.02.2005, respectivamente, também foram transferidas em dinheiro vivo que mantinha em seu poder, o que teria sido declarado na sua DIRPF do ano de 2006, referente ao ano-calendário 2005 (doc. 7G, 7H e 7I).

Quando indagado pela fiscalização se *EDSON MOURA* estava cumprindo com o pagamento das 20 parcelas de R\$ 100.000,00, devidas em função do distrato social, informou que este, até 12.09.2006, não havia saldado nenhuma parcela e que estava tratando do assunto junto aos seus advogados.

Tendo em vista o desencontro das datas das operações, os contratos e recibos terem sido firmados por instrumento particular, sem reconhecimento de firma ou qualquer outro meio hábil a demonstrar pelo menos a veracidade das datas neles apostas, as elevadas somas que teriam sido transferidas em dinheiro vivo, quanto as quais nem *EDSON MOURA* ou tampouco *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA* não adotaram medidas para recebimento, bem assim a omissão de *EDSON MOURA* em declarar o direito de crédito no valor de R\$ 3.000.000,00 na sua DIRPF referente ao ano-calendário de 2004, bem assim não constou da sua DIRPF que teria recebido de *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA* a quantia de R\$ 900.000,00 no ano-calendário de 2005, a fiscalização desconsiderou as operações acima referidas, considerando que a importância de R\$ 900.000,00 em 2005 são recursos de *EDSON MOURA*, omitidos. Em vista desses fatos, a fiscalização glosou os valores que *EDSON MOURA* declarou ter recebido de *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA* e considerou que o valor de R\$ 900.000,00, relativo ao ano-calendário de 2005, era na verdade recursos pertencentes a *EDSON MOURA*, omitidos à fiscalização.

(...)

Restou demonstrada também a prática de crime de falsidade ideológica, capitulado no artigo 299 do Código Penal, cometido por *EDSON MOURA* e *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA*, eis que inseriram declaração falsa em instrumento particular de Distrato, sendo certo que tais instrumentos particulares foram elaborados com a finalidade justificar a origem de patrimônio a descoberto de *EDSON MOURA* não declarado às autoridades fazendárias.

ARTHUR AUGUSTO DOS SANTOS FREIRE incidiu na conduta descrita no artigo 299 do Código Penal, eis que firmou 3 instrumentos particulares de recibo, na qualidade de procurador de *EDSON MOURA*, nos quais constou falsamente que *MOURA* teria recebido de *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA* a quantia de R\$ 900.000,00, em espécie, em três parcelas de R\$ 300.000,00, pagas em 07.01.2005, 28.01.2005 e 07.02.2005.

(...)

Conforme consta do Termo de Constatação do Auto de Infração nº 10830.003803/2007-81, referente à empresa Sauro Brasileira de Petróleo S/A, relativo aos anos-calendário de 2002 a 2005, a fiscalização verificou ainda que foram inseridas declarações falsas no Livro Caixa da empresa, relativo ao ano-calendário de 2003, eis que nele consta lançamento de 3 (três) contratos de mútuo supostamente firmados entre a Sauro Brasileira de Petróleo S/A, mutuária, e a empresa Edimon Ltda, mutuante, empresa da qual *ERNESTO DONIZETE MODA* é sócio majoritário e administrador.

– CONTRATOS DE MÚTUO FORJADOS COM *ERNESTO DONIZETE MODA* E *EDIMON LTDA*.

Os contratos de mútuo atingiram a importância de R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais) cada um, tendo sido supostamente firmados nos dias 20.03.03, 24.07.03 e 15.10.03 (doc. 9A, 9B e 9C).

Face a esta constatação, a fiscalização intimou *EDSON MOURA* e *EDSON MOURA JÚNIOR* para que esclarecessem sobre estes contratos de mútuo e outros porventura existentes, bem assim encaminhassem a documentação a eles pertinentes, informando se os mesmos já haviam sido quitados.

Em resposta, *EDSON MOURA* e *EDSON MOURA JÚNIOR*, através do seu procurador *ARTHUR AUGUSTO DOS SANTOS FREIRE*, limitaram-se a informar que foram juntadas cópias dos contratos de mútuos firmados por instrumento particular, das quais sequer consta certidão de reconhecimento de firmas, não foram apresentados quaisquer documentos comprovadores da transferência dos vultosos recursos, tendo sido alegado por *ERNESTO DONIZETE MODA* que o valor de R\$ 2.100.000,00 teria sido entregue a *EDSON MOURA* em espécie.

Dando continuidade à conduta delitiva, *EDSON MOURA* e *EDSON MOURA JÚNIOR*, por meio de *ARTHUR AUGUSTO DOS SANTOS FREIRE*, seu procurador, entregaram à fiscalização cópias de mais de 3 contratos de mútuo supostamente firmados entre a Sauro Brasileira de Petróleo S/A, mutuária, e a empresa Edimon Ltda, mutuante, os quais teriam sido assinados em 07 de outubro de 2005, nos valores de R\$ 1.014.902,97, R\$ 1.112.573,01 e R\$ 1.056.083,78 (doc. 9D, 9E e 9F).

Esses 3 contratos de mútuo foram autenticados somente em 14.03.2006, portanto 5 meses após sua suposta celebração. A alegação de *DONIZETE MODA* foi no sentido de que tratar-se-iam de novações daqueles contratos de mútuos firmados em 2003, no valor de R\$ 2.100.000,00, não pagos e não cobrados, 2 anos após, sendo que neles nada consta a esse respeito.

A falsidade dos documentos restou também comprovada pelo fato de que alegam os denunciados no procedimento fiscal que tais valores teriam sido transferidos em espécie, fazendo parte de recursos dos quais disporia a empresa Edimon Ltda, não tendo sido demonstrado como teriam sido obtidos tais recursos em espécie – saque de conta bancária, recebimento de numerário de outros clientes, saques de cheques, etc -, bem como pelo fato de que tais empréstimos não constavam dos registros contábeis da Edimon Ltda entregues à fiscalização em 24 de julho de 2006.

Como constatou a fiscalização, os falsos contratos de mútuo não constavam dos primeiros registros contábeis (Livro Diário) da Edimon Ltda apresentados à fiscalização em 24.07.2006, nos quais constava apenas um débito da Sauro Brasileira de Petróleo S/A em favor da Edimon Ltda no valor de R\$ 58.741,00.

Ocorre que a empresa Edimon Ltda apresentou Declaração de Imposto de Renda de Pessoa Jurídica Retificadora relativa ao ano-calendário de 2003, entregue em 01.10.2006, tendo sido também retificados os livros contábeis da empresa, para deles fazer constar a existência dos

3 contratos de mútuo no valor unitário de R\$ 700.000,00 cada um.

(...)

Restou comprovado que os 3 contratos de mútuo firmados com a Sauro Brasileira de Petróleo S/A, datados de 20.03.2003, 24.07.2003 e 15.10.2003, no valor de R\$ 2.100.000,00, foram forjados com a intenção de justificar as declaradas distribuições de lucros daquela empresa ao denunciado *EDSON MOURA*, no valor de R\$ 1.519.929,94, bem assim a transferência de R\$ 1.705.076,26, no ano-calendário de 2003, para a conta corrente nº 130014456, da Agência 0303 do Banco Banespa Santander S/A, de titularidade da empresa Ibrafem – Instituto Brasileiro do Futuro Empresário, Ensino Superior, na qual figuram como sócios *EDSON MOURA* e *EDSON MOURA JÚNIOR*.

(...)

Para justificar a ausência de pagamentos, bem assim a inércia da empresa credora *EDSON MOURA*, *EDSON MOURA JÚNIOR* e *ERNESTO DONIZETE MODA* incidiram novamente na prática de falsidade ideológica, apresentando à fiscalização documentos particulares nos quais inseriram declaração falsa, consistentes nos 3 contratos de mútuos datados de 07.10.2005, no valor de R\$ 1.014.902,97, R\$ 1.112.573,01 e R\$ 1.056.083,78, que, conforme alegado pelo representante legal da empresa Edimon Ltda, *ERNESTO DONIZETE MODA*, seriam novações daqueles contratos de mútuos firmados em 2003, conforme consta do Termo de Constatação da fiscalização relativos aos anos-calendário de 2002 a 2005 da empresa Sauro Brasileira de Petróleo S/A.

(...)

- DO CONTRATO DE MÚTUA FORJADO PARA JUSTIFICAR A ORIGEM DOS RECURSOS UTILIZADOS PELA SAURO BRASILEIRA DE PETRÓLEO E *EDSON MOURA* PARA A AQUISIÇÃO DA DESTILARIA SANTO EXPEDITO.

(...) A aquisição da Destilaria Santo Expedito teve por finalidade a constituição da empresa Biossauro Alcoois e Diesel Ltda, da qual são sócios a empresa Sauro Brasileira de Petróleo S/A e *EDSON MOURA*.

Para justificar a origem dos recursos empregados na compra foi forjado contrato de mútuo entre *ERNESTO DONIZETE MODA* e a Sauro Brasileira de Petróleo S/A, no qual figurou como co-devedor *EDSON MOURA*, no montante de R\$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil reais), importância essa que, segundo alegam, foi transferida em espécie (doc. 9G).

Este fato é também objeto do inquérito judicial nº 2004.61.21.002101-4 (doc. 9H) (...)

Em 27.06.2005 prestaram declarações à autoridade policial *EDSON MOURA JÚNIOR*, sócio da Sauro Brasileira de Petróleo S/A, na qual exerce as funções de Diretor Vice-Presidente e Diretor Administrativo-Comercial e ARTHUR CAMPOS FREIRE, na qualidade de procurador da empresa.

(...) Segundo declarado por *EDSON MOURA JÚNIOR* e ARTHUR DOS CAMPOS FREIRE, o valor de R\$ 3.500.000,00 teria sido produto de mútuo tomado pela Sauro Distribuidora de Petróleo S/A junto à empresa Edmon Ltda, de propriedade de *ERNESTO DONIZETE MODA*. A autoridade policial ouviu também, no mesmo dia, *ERNESTO DONIZETE MODA*, o qual afirmou que ARTHUR havia lhe pedido que concedesse empréstimo às empresas de *EDSON MOURA* no valor de R\$ 3.500.000,00, tendo ele negado, porque sua empresa não teria capital de giro para operar valores desse montante. (...) Negou veementemente ter emprestado dinheiro para a empresa Sauro Distribuidora de Petróleo S/A ou para *EDSON MOURA*, até porque, segundo ele, não dispunha de tal quantia.

(...)

No entanto, 10 dias após essas declarações, em 06.07.2005, ARTHUR juntou aos autos do Inquérito Policial nº 2004.61.21.002101-4 cópia do contrato de mútuo firmado entre *ERNESTO DONIZETE MODA*, pessoa física, e a empresa Sauro Brasileira de Petróleo S/A, no valor de R\$ 3.500.000,00, com data de 03.05.2005, com firmas reconhecidas em 05.07.2005.

(...) (fls. 06/56).

A denúncia foi oferecida perante o Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região e nos termos do artigo 4º da Lei nº 8.038/1990, determinou-se a notificação dos denunciados para oferecimento de resposta preliminar (fls. 83). Em seguida, a Procuradoria Regional da República da 3ª Região manifestou-se em réplica (fls. 1987/2032).

Decisão de 02.02.2009 determinou a remessa dos autos à Subseção Judiciária de Campinas por ter deixado de existir o direito ao foro por prerrogativa de função do denunciado *EDSON MOURA* com o encerramento de seu mandato como prefeito de Paulínia/SP (fls. 3029/3030).

Os autos foram distribuídos à 1ª Vara Federal de Campinas/SP em 20/02/2009 e encaminhados ao Ministério Público (fls. 3164), o qual ratificou a denúncia oferecida e requereu seu recebimento (fls. 3395/3396).

Antes do recebimento, o juízo determinou consulta à Delegacia da Receita Federal de Campinas/SP sobre a constituição definitiva dos créditos tributários (fls. 3397). As respostas foram juntadas às fls. 3424/3428.

Tendo sido informado que apenas o procedimento administrativo fiscal em relação à TV EDUCATIVA CIDADE DAS FLORES (nº 10830.002063/2007-66) havia se encerrado, o Ministério Público manifestou-se pelo recebimento parcial da denúncia (fls. 3433-verso).

Na data de 07.10.2009, a denúncia foi rejeitada em relação aos créditos tributários que ainda não haviam sido constituídos e recebida em relação ao delito de sonegação fiscal (PAF nº 10830.002063/2007-66, lavrado em face da TV EDUCATIVA CIDADE DAS FLORES), artigo 1º, inciso I, da Lei 8.137/90, para os réus *EDSON MOURA* e *JOSÉ CARLOS BUENO DE QUEIROZ DOS SANTOS*. Também houve recebimento da denúncia quanto ao delito do artigo 288 do Código Penal para todos os denunciados e quanto ao delito do artigo 299 do Código Penal, exceto para *JOSÉ CARLOS BUENO DE QUEIROZ DOS SANTOS* e *CARLOS EDUARDO FERREIRA* (fls. 3435/3449).

Os réus *EDSON MOURA*, *EDSON MOURA JÚNIOR*, *ERNESTO DONIZETE MODA*, *ARTHUR AUGUSTO CAMPOS FREIRE*, *JOSÉ CARLOS BUENO DE QUEIROZ DOS SANTOS* e *CARLOS EDUARDO FERREIRA* foram citados em 25/01/2010 (fls. 3471).

EDSON MOURA, *EDSON MOURA JÚNIOR* e *ARTHUR AUGUSTO CAMPOS FREIRE* apresentaram resposta à acusação em conjunto (fls. 3475/3506). *JOSÉ CARLOS BUENO DE QUEIROZ DOS SANTOS*, atuando em causa própria, apresentou resposta à acusação às fls. 3660/3663. *ERNESTO DONIZETE MODA* apresentou sua defesa em fls. 3664/3681 e *CARLOS EDUARDO FERREIRA* em fls. 3698/3715. *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOSA*, citado em 10.05.2010 (fls. 3758), apresentou resposta à acusação em fls. 3731/3749.

Não foram apresentados fundamentos para a absolvição sumária, tendo sido determinado o prosseguimento do feito, com a designação de duas datas para audiência de instrução e julgamento, para oitiva das testemunhas e interrogatórios dos réus (fls. 3762/3767).

Em 24/11/2010, foram ouvidas três testemunhas neste juízo, tendo sido os depoimentos gravados em mídia digital (fls. 3841). As oitivas das demais testemunhas ocorreram nos juízos deprecados (fls. 3878, 3901/3902, 3936/3937, 3962, 4000, 4019/4020).

Às fls. 3995/3996, o E. TRF da 3ª Região comunicou a concessão de ordem de habeas corpus para trancamento da ação penal para *CARLOS EDUARDO FERREIRA*, ante a inépcia da inicial quanto ao delito de quadrilha ou bando.

Às fls. 4009/4013, o E. TRF da 3ª Região comunicou a concessão de ordem de habeas corpus para trancamento da ação penal para *JOSÉ CARLOS BUENO DE QUEIROZ DOS SANTOS*, ante a ausência de justa causa para a perseguição quanto ao delito de quadrilha ou bando.

Em continuação à audiência de instrução, nos dias 05.11.2012 e 06.11.2012, ocorreram os interrogatórios dos réus, cujos depoimentos encontram-se gravados nas mídias digitais de fls. 4133 e 4136.

Na fase do artigo 402 do CPP, o MPF requereu expedição de ofício ao Banco Central solicitando informações sobre a empresa Edimon Ltda e à Receita Federal, sobre demais autos de infração constantes da denúncia. Requereu ainda a oitiva, como testemunhas do juízo, das três ex-funcionárias da empresa Edimon Ltda, que funcionaram como testemunhas nos contratos de mútuo objeto destes autos (fls. 4140/4141).

ARTHUR AUGUSTO CAMPOS FREIRE, atuando em defesa própria e na defesa dos réus *EDSON MOURA* e *EDSON MOURA JÚNIOR*, requereu que o juízo oficiasse à 1ª Vara Federal de Taubaté (autos nº 2004.61.21.002101-4), solicitando cópia do depoimento da testemunha Sebastião Belezin prestado naqueles autos, além de juntada de documentos (fls. 4155/4156).

CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA requereu juntada de documentos (fls. 4173/4223). *ERNESTO DONIZETE MODA*, por sua vez, requereu juntada de documentos e expedição de ofício à Receita Federal para solicitar informações sobre crédito tributário em seu nome e no da empresa Edimon Ltda (fls. 4227/4518).

Decisão de fls. 4521 deferiu todos os requerimentos formulados nos termos do artigo 402 do CPP e designou oitiva das testemunhas do juízo para o dia 07.03.2013. Realizada a audiência, as oitivas foram gravadas em mídia digital (fls. 4573).

Em sede de memoriais, a acusação requereu a condenação dos réus nos seguintes termos:

a) *EDSON MOURA*, no artigo 1º, inciso I e II, da Lei 8.137/90; no art. 299 do Código Penal, por três vezes em continuidade delitiva, e no art. 299 por três vezes em concurso material, com a incidência da agravante do artigo 61, II, “b”, do CP; no art. 288 do Código Penal, com incidência da agravante do artigo 62, I, do CP; todos os delitos em concurso material entre si; b) *JOSÉ CARLOS BUENO DE QUEIROZ DOS SANTOS* como incurso no artigo 1º, inciso I e II da Lei nº 8.137/90; c) *EDSON MOURA JÚNIOR* como incurso nas penas do artigo 299 do Código Penal, por três em continuidade delitiva, do artigo 299, c.c. artigo 29, por três vezes em continuidade delitiva; pelo artigo 299, de novo, por duas vezes, e com a incidência da agravante do artigo 61, II, “b”, do CP e nas penas do artigo 288 do Código Penal; todos os delitos em concurso material entre si; d) *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA* como incurso nas penas do artigo 299, por três vezes, em continuidade delitiva, do artigo 299, novamente, com a incidência da agravante do artigo 61, II, “b”, do CP, e nas penas do artigo 288 do Código Penal; todos os delitos em concurso material entre si; e) *ERNESTO DONIZETE MODA* como incurso nas penas do artigo 299, por três vezes em continuidade delitiva, e do artigo 299, novamente, com a incidência da agravante do artigo 61, II, “b”, do CP, e nas penas do artigo 288 do Código Penal; todos os delitos em concurso material entre si; f) *ARTHUR AUGUSTO DOS SANTOS FREIRE (ARTHUR AUGUSTO CAMPOS FREIRE)* como incurso nas penas do artigo 299, por três vezes, em continuidade delitiva, do artigo 299, novamente, com a incidência da agravante do artigo 61, II, “b”, do CP, e nas penas do artigo 288 do Código Penal; todos os delitos em concurso material entre si. Requereu ainda aumento da pena para todos os réus no que concerne à culpabilidade e às circunstâncias delitivas, ante a condição de agente político do réu *EDSON MOURA*, que deveria zelar pela honestidade e pelo trato correto da coisa pública, os altos valores envolvidos nas complexas transações simuladas e o prolongado período de tempo da associação criminosa (fls. 4579/4622).

A defesa de *ERNESTO DONIZETE MODA*, em sede de memoriais, requereu a absolvição do acusado de todas as imputações, alegando, no que concerne ao delito de quadrilha: inexis-

tência de permanência, de continuidade, de vínculo associativo, de número de elementos acima de três, de plano delinquencial e de provas que caracterizem o crime. Em relação aos delitos de falsidade ideológica, alegou atipicidade das condutas e subsidiariamente o reconhecimento do princípio da consunção com o delito contra a ordem tributária (fls. 4744/4799).

A defesa de *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOSA*, em memoriais, também requereu a absolvição do acusado de todas as imputações, alegando, no que concerne ao delito de quadrilha: inexistência de permanência, de continuidade, de vínculo associativo, de número de elementos acima de três, de relação entre as supostas condutas do réu, pois teria havido apenas um negócio jurídico entre ele e *EDSON MOURA*, não havendo participação do filho e relação com os demais denunciados. Em relação aos delitos de falsidade ideológica, sustentou ausência de suporte fático para caracterização do crime, pois haveria regularidade na declaração de imposto de renda do réu, e o reconhecimento dos delitos de falsidade ideológica como crimes-meio para sonegação fiscal (fls. 4804/4861).

A defesa de *JOSÉ CARLOS BUENO DE QUEIROZ SANTOS*, em memoriais, também requereu a absolvição do acusado da imputação de sonegação fiscal, alegando inépcia da denúncia ante a ausência de vínculo entre o denunciado e o fato imputado, visto que não participava da administração da empresa (fls. 5022/5040).

Em memoriais conjuntos, a defesa de *EDSON MOURA*, *EDSON MOURA JÚNIOR* e *ARTHUR AUGUSTO CAMPOS FREIRE* requereu a absolvição de todos os acusados. No que concerne ao delito de quadrilha, alegou sua inexistência por não restar configurada a sonegação fiscal para a qual a quadrilha teria se organizado, além da inexistência de permanência, de continuidade, de vínculo associativo entre os acusados, de número de elementos acima de três, de plano delinquencial e de provas que caracterizem o crime. Em relação aos delitos de falsidade ideológica, alegou atipicidade das condutas, ausência de comprovação de que os documentos seriam ideologicamente falsos e subsidiariamente o reconhecimento do princípio da consunção com o delito contra a ordem tributária.

Especificamente quanto a *EDSON MOURA JÚNIOR*, argumentou que à época dos fatos ele não participava da administração das empresas do pai, por isso sua responsabilização representaria responsabilidade objetiva, vedada no direito penal. No que concerne a *ARTHUR AUGUSTO CAMPOS FREIRE*, argumentou que sua atuação era a de mero procurador (advogado) de *EDSON MOURA* e *EDSON MOURA JÚNIOR* e apenas nessa condição assinara documentos (fls. 5042/5095).

Ante a diplomação de *EDSON MOURA JÚNIOR* como Prefeito Municipal de Paulínia/SP em 2013, o MPF requereu, em 24.07.2013, o reconhecimento de incompetência deste juízo e remessa dos autos ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região (fls. 5148/5152). Antes de apreciar a manifestação, o juízo determinou que se aguardasse a resposta ao ofício encaminhado ao Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo (fls. 5154).

Com a resposta, determinou-se a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região (fls. 5163).

Diante da informação trazida pela defesa de *EDSON MOURA*, *EDSON MOURA JÚNIOR* e *ARTHUR AUGUSTO CAMPOS FREIRE* de que o crédito tributário em nome da TV Educativa Cidade das Flores havia sido integralmente pago, a Desembargadora Federal relatora determinou expedição de ofício à Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional em Campinas para confirmação da informação (fls. 5172).

Após várias tentativas infrutíferas junto à Procuradoria da Fazenda Nacional e à Receita Federal, determinou-se que os réus apresentassem certidão comprovando o pagamento do

débito, o que foi feito em fls. 5263/5264.

Em 27.08.2014, o Ministério Público Federal requereu o reconhecimento da extinção da punibilidade de *JOSÉ CARLOS BUENO DE QUEIROZ DOS SANTOS* e *EDSON MOURA* quanto ao delito do artigo 1º, incisos I e II, da Lei 8.137/90 e inclusão do processo em pauta para julgamento dos demais delitos (fls. 5285/5287).

Em 24.03.2015, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região verificou que *EDSON MOURA JÚNIOR* deixara de ocupar o cargo de Prefeito Municipal de Paulínia/SP, por isso determinou novamente a remessa dos autos a este juízo (fls. 5303).

Em 25.09.2015, neste Juízo, o julgamento foi convertido em diligência, a requerimento do Ministério Público Federal, para manifestação sobre eventual vinculação dos bens apreendidos no inquérito policial nº 002101-19.2004.403.6121 a esta ação penal (fls. 5319). Diante da manifestação negativa do Ministério Público Federal (fls. 5320/5321), vieram os autos novamente conclusos para julgamento.

Antecedentes criminais em apenso próprio.

É o relatório.

2. Fundamentação

De acordo com a denúncia, o Ministério Público Federal imputa aos acusados a prática dos crimes previstos nos artigos 288 e 299 do Código Pena e do artigo 1º, incisos I e II, da Lei nº 8.137/90, a saber:

Código Penal

Associação Criminosa

Art. 288. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena - reclusão, de um a três anos.

Falsidade ideológica

Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e *reclusão de um a três anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, se o documento é particular.*

Lei 8.137/90

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

(...)

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

2.1 Preliminares

2.1.1 Da extinção da punibilidade

Nos termos dos artigos 68 e 69 da Lei nº 11.941/09, temos:

Art. 68. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, limitada a suspensão aos débitos que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento, enquanto não forem rescindidos os parcelamentos de que tratam os arts. 1º a 3º desta Lei, observado o disposto no art. 69 desta Lei. Parágrafo único. A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

Art. 69 Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no artigo 68 quando a pessoa jurídica relacionada com o agente *efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais*, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento. Parágrafo único: Na hipótese de pagamento efetuado pela pessoa física prevista no § 15 do artigo 1º desta Lei, a extinção da punibilidade ocorrerá com o pagamento integral dos valores correspondentes à ação penal. (*Grifos nossos*).

Ante a quitação dos débitos apurados no PAF nº 10830.002063/2007-66, em nome da pessoa jurídica TV Educativa Cidade das Flores, CNPJ 01.559.287/001-57, conforme requerimento do Ministério Público Federal em São Paulo (fls. 5285/5287), comprovado pela certidão de ausência de débito fiscal (fls. 5263/5264), incide a norma suprarreferida, a qual fulmina a pretensão punitiva estatal.

Diante do exposto, *ACOLHO* as razões ministeriais e *DECLARO EXTINTA A PUNIBILIDADE* de *JOSÉ CARLOS BUENO DE QUEIRÓZ DOS SANTOS* e de *EDSON MOURA*, em relação ao delito previsto no artigo 1º, incisos I e II, da Lei 8.137/90, com base no artigo 69 da Lei 11.941/09.

2.2 Falsidade Ideológica

Narra a denúncia ocorrência de vários delitos de falsidade ideológica cometidos pelos réus *EDSON MOURA*, *EDSON MOURA JÚNIOR*, *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA*, *ERNESTO DONIZETE MODA* e *ARTHUR AUGUSTO CAMPOS FREIRE* em ocasiões diversas, por inserirem em diversos documentos particulares informação falsa simulando existência de negócios jurídicos.

A falsidade ideológica é um delito formal para o qual não se exige efetivo prejuízo causado a alguém pela falsificação. A fim de que se configure o dano ao bem jurídico tutelado, a fé pública, é suficiente a contrafação do documento. Justamente por não se tratar de falsidade material, não cabe avaliação pericial.

Embora se trate de delito formal, de consumação instantânea, no que concerne ao elemento subjetivo, exige finalidade específica de agir.

De acordo com o ilustre doutrinador Júlio Fabbrini Mirabete:

O dolo no crime de falsidade ideológica é a vontade de praticar a conduta incriminada, *ciente o agente de que a declaração é falsa ou diversa daquela que devia ser escrita*. Indispensável, porém, o elemento subjetivo do tipo, previsto expressamente na cláusula “*com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante*”. É indiferente, porém, que o sujeito queira causar o prejuízo ou que não resulte efetivo prejuízo ou lucro. (*in Código Penal Interpretado*. 2ª. Ed. Editora Atlas: São Paulo, 1999, p. 1619).

Assim, o dolo específico exigido para a caracterização do delito é aquele de “prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante” e *não a ocorrência de efetivo dano ou prejuízo*.

Nesse sentido é o julgado do Superior Tribunal de Justiça que segue:

EMEN: CRIMINAL. RHC. FALSIDADE IDEOLÓGICA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. NÃO OCORRÊNCIA. *AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO. DEMONSTRAÇÃO DO ESPECIAL FIM DE AGIR. IMPROPRIEDADE DO MEIO ELEITO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZOS. IRRELEVÂNCIA. DESNECESSIDADE DE OCORRÊNCIA DE DANO EFETIVO.* AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO EVIDENCIADA DE PLANO. RECURSO DESPROVIDO. Hipótese na qual se sustenta a falta de justa causa para a ação penal, sob o fundamento de atipicidade do fato, pois a conduta teria sido praticada desprovida do elemento subjetivo do tipo, essencial à caracterização do delito de falsidade ideológica. *Para o cometimento do delito de falsidade ideológica, é imprescindível a comprovação do especial fim de agir, qual seja, o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.* Evidenciado que a conduta narrada constitui, em tese, o crime previsto no artigo 299 do Código Penal, e estando a denúncia acompanhada de indícios de materialidade e autoria dos crimes, torna-se prematuro trancamento da ação penal. Descabido o argumento de que a denúncia não teria explicitado o elemento subjetivo do tipo penal, pois restou claro o intuito de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, consistente na propriedade da empresa Casa Blanca Administradora de Jogos Ltda., com o suposto fim de impedir o conhecimento do fato pelo meio comercial e de ocultar os bens do primeiro réu, com a utilização do nome do segundo denunciado e de outro, na condição de “laranjas”. Maiores considerações a respeito do elemento subjetivo do tipo não são cabíveis na via eleita. *A ausência de danos decorrentes da conduta dos acusados, não desnatura a caracterização do tipo penal, pois para a configuração do delito de falsidade ideológica não é necessária a efetiva ocorrência de prejuízos, sendo suficiente a potencialidade de um evento danoso, como no presente caso.* Precedentes do STJ e do STF. Recurso desprovido... EMEN: (RHC 200600057259, GILSON DIPP, STJ - QUINTA TURMA, DJ DATA:04/09/2006 PG:00289..DTPB:.)

2.2.1 Materialidade

A materialidade relativa ao crime previsto no art. 299 do Código Penal consubstancia-se nos contratos de mútuo, alterações contratuais, recibos de pagamento, contratos de compra e venda e distrato em que são declarados negócios jurídicos de valores financeiros expressivos - variáveis entre R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais) a R\$ 3.500.000,00 (três milhões e meio de reais) - cuja existência não restou efetivamente comprovada por transferências bancárias, cheques, depósitos ou qualquer outro meio, visto que se alega terem sido concretizados em valores em espécie, carregados em malas pelos negociantes.

Especificamente, tais documentos são:

a) *Contrato particular de compromisso de compra e venda de quotas de sociedade a prazo, datado de 15.09.2003*, em que *EDSON MOURA*, como sócio-quotista da 2M DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, cede a *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA* 503.200 quotas, no valor de R\$ 503.200,00 (quinhentos e três mil e duzentos reais), quitados no ato do contrato – assim, como os direitos da lavra de água mineral outorgada pela Portaria nº 397 de 05.09.2002, pelo DPNM (processo nº 820.616/1993) à empresa 2M do BRASIL, no valor de R\$ 3.596.800,00 (três milhões, quinhentos e noventa e seis mil e oitocentos reais), dos quais se declara quitação de R\$ 596.800,00 (quinhentos e noventa e seis mil e oitocentos reais) e o restante dividido em quatro parcelas de R\$ 750.000,00 (setecentos e cinquenta mil reais) a serem pagas no ano de 2004. Assinam o documento: *EDSON MOURA* e *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA*, Caroline Mendes C. Matsumoto e *ARTHUR AUGUSTO CAMPOS FREIRE* como testemunhas (anexo II - vol. 15 – fls. 4656/4658).

b) *Instrumento particular de 9ª alteração e consolidação contratual da empresa 2M DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA*, CNPJ nº 57.614.034/0001-93, datado de 30.12.2003 e registrado na JUCESP em 22.10.2004, em que se declara, no item I, a cessão da quota-parte de *EDSON MOURA JÚNIOR* (124.000 quotas do capital social) a *EDSON MOURA*; no item II, o aumento do capital social de R\$ 248.000,00 (duzentos e quarenta e oito mil reais) para R\$ 1.258.000,00 (hum milhão, duzentos e cinquenta e oito mil reais); e no item III, a cessão de 503.200 quotas, no valor de R\$ 503.200,00 (quinhentos e três mil e duzentos reais) de *EDSON MOURA* para *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA*, declarando-se que os valores seriam pagos conforme contrato particular firmado entre as partes. Embora conste entre os diversos objetos da empresa envasamento, distribuição e comercialização de água mineral, não há qualquer menção da alegada compra, por parte de *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA*, da lavra de água mineral pertencente à empresa. Assinam o documento: *EDSON MOURA*, *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA* E *EDSON MOURA JÚNIOR*, José Carlos Bueno de Queiróz Santos como advogado, Caroline Mendes C. Matsumoto e *ARTHUR AUGUSTO CAMPOS FREIRE* como testemunhas (anexo II - vol. 14 – fls. 4635/4643).

c) *Três instrumentos particulares de recibo* no valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) cada um deles, datados de 07.01.2005; 28.01.2005 e 07.02.2005, nos quais *ARTHUR AUGUSTO CAMPOS FREIRE*, assinando por *EDSON MOURA*, declara ter recebido “pagamento parcial do contrato particular de compromisso de compra e venda de quotas de sociedade a prazo, da 2M DO BRASIL” (anexo II – vol. 15 – fls. 4659/4661).

d) *Distrato do contrato particular de compromisso de compra e venda de quotas de sociedade a prazo, firmado no ano de 2003, entre os envolvidos identificados, frente à empresa 2M do Brasil, datado de 10.06.2005*, em que *EDSON MOURA* se compromete a pagar a *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA* a quantia de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) em 20 (vinte) parcelas, mensais, iguais e sucessivas (de 10.01.2006 a 10.08.2007), no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) cada uma, representadas em 20 (vinte) notas promissórias. Assinam o documento: *EDSON MOURA* e *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA*, com Carlos Rodrigo Di Giacomo e *ARTHUR AUGUSTO CAMPOS FREIRE* como testemunhas.

e) *Contratos de mútuo entre Edimon Ltda e Sauro Brasileira de Petróleo*, todos no valor de R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais) datados de 20.03.2003; 24.07.2003 e 15.10.2003, respectivamente (anexo III – vol. 21 - fls. 7180/7185). Assinam o documento: *EDSON MOURA* e *ERNESTO DONIZETE MODA*, com Vanessa Ramires e Carolina Moreira do Couto (funcionárias da empresa Edimon Ltda, à época) como testemunhas. Embora constasse na conta caixa da empresa Sauro, em 2003, o lançamento dos referidos mútuos, a empresa declarou em DIPJ o repasse de lucros ao sócio *EDSON MOURA*, no mesmo ano, de R\$ 1.519.929,94 (um milhão, quinhentos e dezenove mil, novecentos e vinte e nove reais e noventa e quatro centavos). Além da diferença entre valores declarados pela empresa e por *EDSON MOURA*, que informou recebimento de repasse de lucros em 2003 no valor de R\$ 1.441.090,05 (um milhão, quatrocentos e quarenta e um mil, noventa reais e cinco centavos), a fiscalização questionou o fato de a empresa, que não dispunha de capital para tal repasse (capital registrado na DIPJ 2003 é de R\$ 1.100.000,00 – fls. 7005), ter assumido mútuo para fazê-lo. Soma-se a isso o fato de que os mútuos sucessivos não constavam do livro Diário da empresa Edimon Ltda; assim como, segundo a fiscalização tributária, não constou, nem mesmo na declaração de imposto retificadora entregue em 01.10.2006, qualquer registro do vultoso débito da empresa Sauro com a Edimon Ltda (anexo III – vol. 21 - fls. 6974/76). O valor declarado em contas a receber pela empresa Edimon Ltda no ano de 2003 foi de apenas R\$ 58.741,00.

f) *Contratos de mútuo entre Edimon Ltda e Sauro Brasileira de Petróleo*, todos datados

de 07.10.2005, nos valores de R\$ 1.014.902,97 (um milhão, catorze mil, novecentos e dois reais e noventa e sete centavos); R\$ 1.112.573,01 (um milhão, cento e doze mil, quinhentos e setenta e três reais e um centavo) e R\$ 1.056.083,78 (um milhão, cinquenta e seis mil, oitenta e três reais e setenta e oito centavos). Assinam os documentos: *EDSON MOURA*, *EDSON MOURA JÚNIOR* e *ERNESTO DONIZETE MODA*, com Vanessa Ramires e Adriana Calegari Borelli (funcionárias da empresa Edimon Ltda, à época) como testemunhas (anexo III – vol. 21 - fls. 7194/7202). Conforme informa Edimon Ltda em manifestação no procedimento fiscal da empresa Sauro Brasileira de Petróleo, os três contratos seriam novações dos anteriores contratos de mútuo de R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais) não pagos pela mutuária até aquela data, 23.10.2006 (fls. anexo III – vol. 21 – fls. 7342/7343).

g) *Contrato de mútuo firmado entre ERNESTO DONIZETE MODA e Sauro Brasileira de Petróleo, datado de 03.05.2005*, no valor de R\$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil reais). Assinam o documento: *ERNESTO DONIZETE MODA* e *EDSON MOURA* com Rogério Bueno dos Santos e Sirlei Meroni Lopes (sócio e funcionária da empresa Edimon Ltda) (anexo III – vol. 21 – fls. 7192/7193). Antes de ter sido apresentado ao Fisco no procedimento administrativo fiscal em face da empresa Sauro, o contrato fora primeiramente apresentado à Polícia Federal nos autos do inquérito policial nº 2004.61.21.002101-4 para justificar a origem do dinheiro utilizado na compra, pela empresa Sauro Brasileira de Petróleo S/A, pertencente a *EDSON MOURA* e *EDSON MOURA JÚNIOR*, da Destilaria Santo Expedito no município de Guararapes/SP, pertencente a André Marques Recacho, investigado naqueles autos. Em 27.06.2005, prestaram depoimento na Delegacia de Polícia Federal em Campinas *EDSON MOURA JÚNIOR*, *ARTHUR AUGUSTO CAMPOS FREIRE* e *ERNESTO DONIZETE MODA*. Os dois primeiros afirmaram que os R\$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil reais), em dinheiro, seriam provenientes da “financeira” Edimon Ltda. *ERNESTO DONIZETE MODA*, por sua vez, mesmo após acareação com os demais depoentes, negou que tivesse sido realizado o empréstimo. Porém, em 06.07.2005, *ARTHUR AUGUSTO CAMPOS FREIRE* apresentou o referido contrato de mútuo datado de 03.05.2005 (anexo III – vol. 8 – fls. 1792/1810). A mutuária, empresa Sauro Brasileira de Petróleo S/A, por sua vez, não escriturou o referido empréstimo, visto que informou à fiscalização em 11.10.2006 que “os Livros Caixas, Diário e Razão, do ano-calendário de 2005” não haviam sido confeccionados (anexo III – vol. 21 – fls. 7178).

Os documentos acima foram utilizados em sede de procedimento administrativo fiscal para justificar existência e principalmente origem de parte do patrimônio de *EDSON MOURA*. Tal origem, desconsiderados os referidos negócios jurídicos, permanece não justificada. Um dos contratos de mútuo serviu também como elemento de prova de declarações prestada em inquérito policial, conforme acima descrito.

Todos eles, juntamente com outros encartados nos autos, e demais informações constantes dos procedimentos administrativos fiscais, além dos depoimentos dos réus e das testemunhas – circunstâncias que serão detalhadamente explicitadas na análise de autoria – comprovam a materialidade dos delitos de falsidade ideológica.

2.2.2 Da autonomia do delito de falsidade ideológica

As defesas de todos os réus alegam, subsidiariamente, que, caso tivessem ocorrido os delitos de falsidade ideológica em apuração, deveriam ser absorvidos pelos delitos tributários, visto que a própria denúncia – assim como o Ministério Público Federal em seus memoriais, pelo modo como descreveu os delitos – vincularia expressamente os delitos de falsidade ideológica apenas aos crimes de sonegação fiscal que não estão sendo apurados porque os procedimentos administrativos fiscais ainda não se encerraram. Os defensores pedem então a absolvição dos

réus em relação aos delitos de falsidade ideológica ante a aplicação do princípio da consunção.

Segundo o princípio da consunção, quando uma ou mais infrações penais configuram *meio ou fase normal necessária de preparação ou execução de um crime fim*, ou seja, quando as condutas estão interligadas ao delito principal e *sem qualquer outra autonomia*, são por ele absorvidas.

A jurisprudência, assim como este juízo, tem entendido que, de fato, quando o delito de falso se exaure na sonegação fiscal, deve ser aplicado o princípio da consunção.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. FALSIDADE IDEOLÓGICA E USO DE DOCUMENTO FALSO. APRESENTAÇÃO DE RECIBO MÉDICO IDEOLOGICAMENTE FALSO À AUTORIDADE FAZENDÁRIA, NO BOJO DE AÇÃO FISCAL MOVIDA CONTRA TERCEIRO. INEQUÍVOCO INTENTO DE JUSTIFICAR DESPESA INVERÍDICA NOTICIADA AO FISCO EM MOMENTO ANTERIOR, VISANDO A REDUÇÃO OU O NÃO PAGAMENTO DO TRIBUTO DEVIDO. MERO EXAURIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. A apresentação de recibo ideologicamente falso quando o contribuinte é chamado a comprovar as declarações prestadas em momento anterior não poderia ter outra finalidade que não justificar despesa noticiada ao fisco, visando a redução ou o não pagamento de tributo devido - prática ilícita prevista na Lei nº 8.137/90 -, ainda que essa ação tenha se dado no bojo de procedimento fiscal instaurado contra terceira pessoa, tratando-se de mero exaurimento da conduta necessária para a sonegação fiscal, inexistindo, por essa razão, potencialidade lesiva para o cometimento de outros crimes, o que atrai a incidência do instituto da consunção. 2. Na hipótese, considerando que a apresentação do documento falso possuía o fim único e exclusivo de eximir ou reduzir o pagamento do tributo, que o falso restou absorvido pelo intento de suprimir ou diminuir tributo - haja vista ser crime-meio do delito de sonegação fiscal -, e que sequer houve instauração de procedimento fiscal em desfavor do paciente, uma vez adimplido devidamente o tributo que se visava suprimir com a declaração prestada à Receita Federal (fl. 143), não se vislumbra justa causa apta a autorizar o prosseguimento da ação penal. 3. Habeas corpus concedido a fim de extinguir a Ação Penal nº 0019151-58.2007.4.05.8300, em trâmite na 13ª Vara Federal de Pernambuco, por ausência de justa causa. (HC n. 131.787/PE, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 03/09/2012).

Todavia, tanto a jurisprudência como a doutrina pátria explicitamente ressalvam a impossibilidade de aplicação do princípio da consunção aos delitos de falso quando a potencialidade lesiva dos documentos ultrapassa o delito tributário e atinge outros bens jurídicos.

De acordo com BALTAZAR JÚNIOR, a falsidade é considerada delito autônomo quando não é mero meio para o cometimento de sonegação e apresenta potencialidade lesiva própria, aplicando-se ao caso o mesmo entendimento da Súmula 17 do STJ: “Quando o falso se exaure no estelionato, *sem mais potencialidade lesiva*, é por este absorvido”, a qual trata do concurso entre falso e estelionato (Crimes federais. 8ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, fls. 558).

Nesse mesmo sentido é a decisão do Egrégio Tribunal Regional Federal que segue:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. NULIDADE. DELAÇÃO POR EX-EXPOSA. VIOLAÇÃO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE. INEXISTÊNCIA. SONEGAÇÃO FISCAL. FALSIDADE IDEOLÓGICA. CONCURSO. CASUÍSTICA. MATERIALIDADE. AUTORIA. PRESCRIÇÃO. 1. Em alegações finais o réu suscitou preliminar de nulidade, a qual foi corretamente rejeitada na sentença (cfr. fls. 686//696 e 735/736). Segundo o acusado, este seria um processo revestido de ódio, tendo sido ele perseguido pelo representante do Ministério Público Federal, Dr. Silvio

Luis Martins de Oliveira, responsável pelo pedido de quebra de sigilo telefônico lastreado em declarações a ele prestadas pela ex-esposa do réu, consoante veio a ser constatado nas declarações que ela, Vânia Faria Mordente Magnusson, prestou no Processo Administrativo Disciplinar n. 8/05 que tramitou no Departamento de Polícia Federal. As declarações colhidas pelo Parquet, que se encontram às fls. 16/17 do apenso, violam princípios constitucionais básicos, conclui o acusado. Acrescenta ser indevida a utilização da esposa do réu como informante, não restando infringido apenas o direito de família, como atingiu também a segurança do acusado em seu lar, assegurado no inciso X do art. 5º da Constituição da República. Trata-se de vindicta da ex-esposa, instaurando-se o processo com base em provas obtidas ilicitamente, pois foram violados os direitos de residência e de propriedade da mãe do réu, de onde foram furtados os documentos posteriormente levados ao Ministério Público Federal (ofensa à intimidade do lar e à propriedade). Não há no nosso ordenamento jurídico maior violação à dignidade da pessoa humana que a destruição da unidade familiar, a caracterizar infração ética por parte do representante ministerial (Lei n. 8.625/93, art. 8º, IV, 10, II). Não obstante as ponderações do réu, não se pode falar em prova obtida ilicitamente na espécie, ao fundamento de que a ex-esposa do ré teria prestado declarações contra ao acusado perante o representante ministerial. A este não resta alternativa que a colheita das declarações, malgrado na espécie não tenha identificado a declarante. Nesse ponto, o próprio réu da conta de que seria Vânia Faria Mordente Magnusson a autora da denúncia, de sorte que não se pode excogitar, sem descontos, denúncia anônima. Por outro lado, as provas de maior relevo, considerado o quanto remanesce da persecução penal (foi extinta a punibilidade do delito de sonegação em virtude do pagamento), concernem ao delito do art. 299 do Código Penal. Quanto a essas, força convir, não se entrevê iniciativa ministerial de abalar os laços familiares do acusado, os quais de todo modo não são impeditivos para o exercício da ação penal pública.. 2. *A questão da absorção ou não do delito de falsidade material ou ideológica pelo delito de sonegação fiscal não pode ser resolvida abstratamente pelo mero confronto dos tipos penais. É certo que o delito de sonegação fiscal implica a fraude, o que envolve por vezes a prática do delito de falso e, nessa medida, este é absorvido por aquele. Mas pode suceder, também, que a par de o documento falso render ensejo à sonegação, remanesce a ofender a fé pública, passível de ser empregado para iludir terceiros de boa-fé. Conclui-se que o delito de falsum é absorvido pela sonegação se neste exaure sua potencialidade lesiva; e, ao contrário, subsiste como crime autônomo se sua potencialidade lesiva transcende a prática da sonegação. Daí que os delitos de falso podem ser considerados como absorvidos pela sonegação (TRF da 3ª Região, HC n. 200503000663112, Rel. Juiz Fed. Conv. Higino Cinacchi, j. 28.11.05) como inversamente subsistem autonomamente quando apresentarem potencial lesivo autônomo (STF, HC n. 84453, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 17.08.04; HC n. 91469, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 20.05.08; HC n. 83115, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 04.05.04; HC n. 80801, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 29.05.01).* 3. Materialidade e autoria comprovadas pelo conjunto probatório dos autos. 4. Está prescrita a pretensão punitiva do Estado, considerada a pena concretamente aplicada, se superado o respectivo prazo entre os fatos e o recebimento da denúncia. 5. Apelação do Ministério Público Federal provida e, *ex officio*, declarada a extinção da punibilidade do acusado quanto ao delito de falsidade ideológica decorrente da escritura de compra e venda do imóvel localizado na Rua Pedro Gonçalves, 457, ocorrido em 03.10.97 (fl. 101), sem alteração na dosimetria da pena. (ACR 00011418220014036181, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/05/2010 PÁGINA: 118..FONTE_REPUBLICACAO:.).

Conquanto os documentos sob os quais recai a falsidade ideológica tenham sido apresentados ao Fisco para justificar omissões ou declarações falsas realizadas por *EDSON MOURA* em suas DIRPF ou nas DIPJ de suas empresas, tais documentos apresentam potencialidade que extrapola o âmbito da sonegação fiscal.

Os contratos firmados entre a empresa Sauro e a Edimon Ltda (datados de 2003) são contratos de mútuo que visavam simular uma realidade contábil da empresa para justificar suposta transferência de lucros a *EDSON MOURA* e *EDSON MOURA JÚNIOR* e assim acobertar aumento patrimonial não declarado, assim como justificar depósito em dinheiro realizado na conta corrente de outra empresa do grupo, o instituto IBRAFEM, cuja origem se desconhece.

É importante consignar que o contrato de mútuo firmado entre a empresa Sauro e *ERNESTO DONIZETE MODA*, datado de 03.05.2005, sequer foi apresentado inicialmente ao Fisco. Na verdade, primeiramente foi apresentado à Polícia Federal para justificar a origem dos R\$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil reais), em dinheiro, utilizados por *EDSON MOURA* na compra da Destilaria Santo Expedito. Posteriormente, com o início da fiscalização é que foi apresentado ao Fisco e se verificou a ausência de escrituração contábil desse valor, tanto na empresa mutuária quanto nas DIRPF do mutuante.

Os contratos particulares e as alterações contratuais referentes às supostas negociações de quotas e da lavra de água mineral da empresa 2M do Brasil também tiveram como objetivo acobertar origem não declarada de patrimônio de *EDSON MOURA*, mas as referidas alterações foram registradas na Junta Comercial de São Paulo, tornando-se atos públicos da empresa, os quais constituem verdade perante terceiros.

A este respeito, o Ministro Cezar Peluso em julgamento do HC 91.542-6/RJ, que versava sobre o delito de falsidade ideológica em contrato social de empresa, brilhantemente consignou:

É que o contrato visa a regular situações jurídicas específicas e importantes da vida da sociedade, e não se adstringindo a permitir ao Fisco, por meio da desconsideração da personalidade jurídica, executar-lhe os sócios. O contrato social disciplina direitos e obrigações dos sócios, cuida da administração da sociedade e, em caráter geral, governa as relações desta com terceiros, donde a especial importância que assume na vida comercial e dos negócios, reconhecida pela publicidade de que se deve revestir com o registro (...) a ocultação dos sócios verdadeiros tem alcance maior, servindo à prática de outros atos, lícitos e até ilícitos, configuradores de eventuais crimes, tributários ou não. (HC 91.542-6/RJ, CEZAR PELUSO, STF - SEGUNDA TURMA, DJ DATA: 15/02/2008 PG: 559/571)

Portanto, a potencialidade lesiva de todos os documentos ideologicamente falsificados nestes autos não se esgota de modo algum na esfera do delito tributário. Todos estes documentos forjam obrigações e situações contábeis que não se restringem ao âmbito fiscal. Alguns deles inclusive foram efetivamente lançados nos livros contábeis das empresas, o que significa que produzem relações frente a terceiros, pois a veracidade dos lançamentos contábeis e dos atos constitutivos das empresas é sempre presumível quando elas estabelecem relações comerciais e financeiras com terceiros, como fornecedores, clientes, instituições bancárias e até mesmo com a concorrência. Por isso mesmo todos os atos constitutivos e alguns dos livros devem ser levados a registro/autenticados nas Juntas Comerciais e tais registros/autenticações são de caráter público, disponíveis a quaisquer interessados, a fim de que se garanta a lisura das relações comerciais, dentro dos princípios da boa-fé, da veracidade e da livre concorrência.

Ao se forjarem documentos para justificar lançamentos inverídicos nas contabilidades das empresas, bem como nos seus atos constitutivos, a fim de acobertar origem não declarada de patrimônio, o alcance do dano de tais documentos revela-se muito superior ao delito fiscal. Logo não há que se falar em absorção.

Assim sendo, quanto aos delitos de falsidade ideológica praticados nos documentos acima

especificados, *REJEITO* a alegação de absorção/consunção, eis que reconheço a potencialidade lesiva autônoma de tais documentos.

2.2.3 Autoria

Ante as peculiaridades dos delitos de falsidade ideológica em análise, que envolvem supostos negócios jurídicos diferentes entre os réus, a autoria dos envolvidos será analisada em conjunto a partir de dois núcleos de atuação: a) contrato de mútuo entre a empresa Sauro e *ERNESTO DONIZETE MODA* e sua empresa Edimon Ltda; b) compra de cotas e do direito de lavra de água mineral da empresa 2M do Brasil.

2.2.3.1 Autoria das condutas de falsidade ideológica nos contratos de mútuo assinados por *ERNESTO DONIZETE MODA*, *EDSON MOURA* e *EDSON MOURA JÚNIOR*

EDSON MOURA, *EDSON MOURA JÚNIOR* e *ERNESTO DONIZETE MODA* inseriram informação falsa em contratos de mútuo, criando obrigação entre a empresa Sauro Brasileira de Petróleo e a empresa Edimon Ltda, assim como entre a empresa Sauro e a pessoa física de *ERNESTO DONIZETE MODA*, com o fito de: justificar patrimônio declarado por *EDSON MOURA* cuja origem não restou comprovada e justificar patrimônio utilizado na aquisição de bens, cuja origem tampouco se comprovou.

Embora as defesas técnicas e os réus em seus interrogatórios tenham negado a falsidade dos negócios jurídicos realizados, a falsidade das declarações nos contratos de mútuo restou evidenciada nos autos pela ausência de comprovação da efetividade da transferência dos vultosos valores, milhões que teriam circulado em “malas” entre os negociantes, pela ausência ou divergência na escrituração dos negócios, assim como pela não comprovação da origem dos montantes.

I - Contratos de mútuo entre Sauro Brasileira de Petróleo S/A e Edimon Ltda.

Em fiscalização tributária iniciada em março de 2006, verificou-se que a empresa Sauro Brasileira de Petróleo S/A, de propriedade de *EDSON MOURA* e *EDSON MOURA JÚNIOR*, havia escriturado em seus livros CAIXA de 2003 a 2004 uma *série de empréstimos contraídos com a empresa Edimon Ltda*. Chamada a comprovar tais empréstimos, apresentou à fiscalização, em 02.10.2006: a) três contratos de mútuo no valor de R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais), datados de 20.03.2003; 24.07.2003 e 15.10.2003 (anexo III, vol. 21, fls. 7180/7185) e assinados por *EDSON MOURA* e *ERNESTO DONIZETE MODA*; b) contratos de mútuo entre a Edimon Ltda e o instituto IBRAFEM, datados do ano de 2004 (fls. 7186/7191); c) contrato de mútuo com a pessoa jurídica de *ERNESTO DONIZETE MODA*, no valor de R\$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil reais), datado de 03.05.2005, assinado por *ERNESTO* e *EDSON MOURA* (fls. 7192/7193); d) três contratos de mútuo nos valores de R\$ 1.014.902,97 (um milhão, catorze mil, novecentos e dois reais e noventa e sete centavos); R\$ 1.112.573,01 (um milhão, cento e doze mil, quinhentos e setenta e três reais e um centavo) e R\$ 1.056.083,78 (um milhão, cinquenta e seis mil, oitenta e três reais e setenta e oito centavos), todos datados de 07.10.2005 e assinados por *EDSON MOURA*, *ERNESTO DONIZETE MODA* e *EDSON MOURA JÚNIOR* (fls. 7194/7202).

Chamada a comprovar a efetividade da transferência dos numerários obtidos da empresa Edimon Ltda e de *ERNESTO DONIZETE MODA*, a empresa Sauro apenas declarou que os valores haviam sido transmitidos em *moeda corrente*. Como a empresa não apresentara à fiscalização os livros de 2005, alegando simplesmente que não os havia escriturado, foi possível identificar a escrituração apenas dos contratos de 2003, além de outros, de valores menores, para os quais a empresa não apresentou comprovação (conforme planilha 11 – fls. 7148 – vol. 21 – anexo III).

Assim, a empresa Edimon Ltda foi chamada a trazer aos autos comprovação da efetividade dos empréstimos concedidos à Sauro Brasileira de Petróleo, de acordo com a referida planilha 11, e declarou em 05.09.2006 (anexo III – vol. 21 – fls. 7310/7330) que os contratos de R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais) haviam sido “liberados em dinheiro” (fls. 7325/7327). Mesmo apresentando comprovantes de transferência em cheque para valores de empréstimos menores (R\$ 50.000,00 – fls. 7328). Afirmou ainda, em 05.09.2006, que não tinha havido qualquer pagamento dos referidos mútuos e que as negociações de cobrança estariam em andamento.

Segundo *ERNESTO DONIZETE MODA*, em seu interrogatório (fls. média de fls. 4136), o pagamento teria sido realizado em dinheiro por solicitação de *EDSON MOURA*, a fim de que realizasse pagamentos da construção de uma universidade. *EDSON MOURA*, porém, não comprova tal afirmação. Além disso, *ERNESTO* declarou que os mútuos de setecentos mil reais teriam sido sacados no banco e que teria como comprovar tais saques, mas igualmente não junta os documentos, nem no procedimento fiscal, nem nesta ação penal.

Além disso, a Edimon Ltda declarou nada ter encontrado em seus arquivos sobre a existência de três dos mútuos listados na planilha 11 elaborada pela fiscalização a partir da escrituração dos livros CAIXA 2003 e 2004: R\$ 70.000,00 em 30/01/2004; R\$ 130.000,00 em 14/04/2004 e R\$ 90.000,00 em 22/07/2004 (fls. 7310). Conquanto a inexistência de tais mútuos não esteja em apuração nestes autos, visto que se trata de delito tributário apurado no procedimento fiscal nº 10830.003803/2007-81, cujo crédito tributário não foi totalmente constituído por ter sido parcialmente impugnado (fls. 4548), é importante destacar esta informação para se comprovar que a declaração de mútuos para justificar formalmente entrada e saída de valores de suas empresas é parte do *modus operandi* de *EDSON MOURA*. Igualmente, outro aspecto identificável na análise dos vários procedimentos administrativos fiscais levados a efeito em face das empresas de *EDSON MOURA* e de sua pessoa física é a confusão contábil entre entradas e saídas de valores de uma empresa para outra e dessas empresas para os sócios, como repasse de lucros.

Em nova manifestação acerca dos contratos de mútuo firmados em 07.10.2005 (três contratos de mútuo nos valores de R\$ 1.014.902,97; R\$ 1.112.573,01 e R\$ 1.056.083,78) a empresa Edimon Ltda declarou em 23.10.2006, não se tratarem de novos mútuos, mas sim de novações dos empréstimos de R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais) anteriormente firmados e não quitados (fls. 7342/7343), embora não haja qualquer menção nos contratos ou em qualquer outro documento apresentado ao Fisco acerca dessa informação. Ainda atendendo à fiscalização, apresentou cópia de folhas do livro Diário de 2003 em que os contratos de setecentos mil reais aparecem contabilizados (fls. 7345/7353).

No entanto, a fiscalização tributária que já havia recebido, em arquivo magnético, o livro Diário 2003 da empresa Edimon Ltda, afirmou: “*não foram encontrados os lançamentos em questão*”. Questionada sobre a divergência de versões dos livros Diário 2003 apresentados, Edimon Ltda respondeu, em 19/03/2007, que o arquivo enviado inicialmente ao Fisco era “provisório” e que “*desde o início do processo de fiscalização*” a empresa seria objeto de auditoria contábil, por isso os lançamentos contábeis estavam sendo retificados (anexo III – vol. 21 – fls. 7357). Destaque-se, ainda, ter a fiscalização apontado a existência na DIPJ retificadora do ano-calendário de 2003 da empresa Edimon Ltda, entregue em 01.10.2006, no campo “contas a receber” somente o débito de R\$ 58.741,00 (cinquenta e oito mil, setecentos e quarenta e um reais). No entanto, os três débitos da empresa Sauro, supostamente contraídos em 20.03.2003; 24.07.2003 e 15.10.2003, somavam R\$ 2.100.000,00 (dois milhões e cem mil reais).

A defesa alega que não há qualquer ilegalidade no fato de a empresa estar submetida a

auditoria e realizar a retificação de seus dados, visto que tal procedimento é previsto pela própria Receita Federal. Além disso, a auditoria não teria sido iniciada por causa da fiscalização.

Embora a própria Edimon tenha declarado frente ao Fisco que “desde o início do processo de fiscalização” a empresa seria objeto de auditoria contábil, é importante lembrar que antes de terem se iniciado as fiscalizações tributárias em face de *EDSON MOURA* e de suas empresas (em março de 2006), *EDSON MOURA JÚNIOR*, *ERNESTO DONIZETE MODA* e *ARTHUR AUGUSTO GOMES FREIRE* haviam sido ouvidos na Polícia Federal em junho de 2005 e questionados sobre o contrato de mútuo de três milhões e quinhentos mil reais. Em decorrência disso, inclusive, a empresa Edimon Ltda passou a ser fiscalizada pelo Banco Central para análise da regularidade de suas atividades financeiras.

No que concerne à legalidade das retificações de dados frente à Receita Federal, de fato, é procedimento admitido pelo próprio órgão, porém, há um limite temporal para que elas possam produzir efeito. Citando o auditor fiscal em relação às retificações das DIRPF de *ERNESTO DONIZETE MODA*:

As declarações retificadoras foram entregues após o início da ação fiscal, conforme dados de recepção e arquivamento, *não podendo ser usadas para fins de retificação de dados informados na DIRPF originalmente entregue*, servindo apenas como elemento subsidiário, conforme artigo 5º da Instrução Normativa SRF IN 579/2005 (anexo III - vol. 24 - fls. 8363).

Portanto, além de não haver comprovação de que os valores discriminados nos contratos de mútuo de R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais) haviam de fato sido transferidos à empresa Sauro; de não ter havido contabilização por parte da empresa mutuante dos referidos valores, no momento de sua suposta realização; de inexistir qualquer cobrança dos referidos valores e também das supostas novações dos mútuos ocorridas em 07.10.2005, até que houvesse atuação do Fisco; outro elemento corrobora a identificação da falsidade ideológica presente nos referidos contratos de mútuo entre a empresa Sauro e a Edimon Ltda: a divergência flagrante entre a situação contábil da empresa e o registro do repasse de lucros a *EDSON MOURA* no ano de 2003.

Neste ano, a Sauro registrou distribuição de lucros a *EDSON MOURA* no valor de R\$ 1.519.929,94 (um milhão, quinhentos e dezenove mil, novecentos e vinte e nove reais e noventa e quatro centavos), conforme DIPJ de fls. 7004. Por sua vez, em sua DIRPF do ano-calendário de 2003, *EDSON MOURA* declara ter recebido da empresa valor um pouco diverso: R\$ 1.441.090,05 (um milhão, quatrocentos e quarenta e um mil, noventa reais e cinco centavos).

Ademais, no mesmo ano, *EDSON MOURA* e *EDSON MOURA JÚNIOR* declararam frente à fiscalização tributária realizada no instituto IBRAFEM, também de propriedade de ambos, que o valor de R\$ 1.705.076,26 (um milhão, setecentos e cinco mil, setenta e seis reais e vinte e seis centavos), depositado em dinheiro na conta corrente do referido instituto (c/c nº 130014456, agência 303, Banco Banespa), teria vindo também da empresa Sauro Brasileira de Petróleo e teria como objetivo integralizar o capital social do IBRAFEM. No entanto, de acordo com a fiscalização, não havia qualquer registro contábil dessa operação no Livro Caixa/2003 da Sauro.

A este respeito, o contador do escritório que prestou serviços ao instituto IBRAFEM, entre outras empresas de *EDSON MOURA*, no período de agosto/2003 a outubro/2005, João Batista Gombrade, declarou em seu depoimento em juízo:

(...) O instituto não recebeu empréstimo da empresa Sauro Brasileira de Petróleo (...) Confirma não ter conhecimento de qualquer lançamento e depósito efetuado no Banco Banespa como recebimento da Sauro Brasileira de Petróleo (...) (fls. 3878).

Conforme ressalta a fiscalização tributária, a contabilização da empresa Sauro Brasileira de Petróleo no ano de 2003 demonstrava que ela não dispunha de recursos financeiros suficientes para essas transferências. Logo, não se justifica de modo algum, contabilmente, a realização de empréstimos totalizando R\$ 2.100.000,00 (dois milhões e cem mil reais) para se fazer distribuição de lucro ao sócio em sua quase totalidade e ainda realizar empréstimo para outra empresa.

Mormente quando nenhuma das operações de distribuição de lucro da Sauro Brasileira de Petróleo aos sócios *EDSON MOURA* e *EDSON MOURA JÚNIOR* declaradas nas DIPJ dos anos-calendário 2002, 2003, 2004 e 2005 foi efetivamente comprovada com documentos bancários, cheques, depósitos etc.

Sócio	Ano-calendário 2002	Ano-calendário 2003	Ano-calendário 2004	Ano-calendário 2005
EDSON MOURA	R\$ 844.190,70	R\$ 1.519.929,94	R\$ 90.000,00	R\$ 759.000,00
EDSON MOURA JÚNIOR	R\$ 91.283,15	_____	_____	R\$ 49.288,83

Chamada a apresentar tais documentos probatórios da realização das transferências, a empresa Sauro declarou que todas teriam sido realizadas “*em moeda corrente*” (anexo III, vol. 21, fls. 7227/7236).

Em relação aos mútuos de R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais) datados de 2003 e às suas alegadas novações, datadas de 07.10.2005, a defesa do réu *ERNESTO DONIZETE MODA* afirma que a ausência de reconhecimento de firma nos contratos não é elemento comprobatório da falsidade dos contratos visto que não é obrigatório, nem essencial para o contrato, além de haver uma relação de confiança entre *ERNESTO* e *EDSON MOURA*, velhos conhecidos.

Certamente a ausência de reconhecimento de firma nos referidos contratos não é o elemento que comprova sua falsidade, mas contribui para a não identificação da data em que verdadeiramente os contratos teriam sido firmados. Aliada ao alto valor dos contratos, à falta de registro de sua efetivação e de sua própria existência na empresa Edimon, a ausência de reconhecimento de firma certamente corrobora a falsidade.

É importante ressaltar que as ex-funcionárias da empresa Edimon Ltda, Carolina Moreira do Couto e Vanessa Ramirez, em seu depoimento judicial, declararam que, como regra geral, os contratos que não eram assinados no escritório, em frente às atendentes, e eram encaminhados por um portador, tinham sua firma reconhecida (depoimentos em fls. 4715/4724 e 4706/4714). Nenhuma delas confirmou ter visto *EDSON MOURA* e *EDSON MOURA JÚNIOR* assinarem os contratos, logo, a praxe seria a de haver reconhecimento de firma nesses casos.

A defesa de *ERNESTO DONIZETE MODA* afirma também que a própria Receita Federal verificara a desnecessidade do reconhecimento de firma e por isso teria enviado ao réu uma notificação de que excluía os três contratos de setecentos mil reais do cálculo de impostos devidos pela Edimon Ltda e devolvera os créditos tributários correspondentes aos três contratos

A análise dos documentos encaminhados pela Receita Federal (anexo I - vol. 29) revela,

porém, que a exclusão dos valores (R\$ 700.000,00) e consequente devolução dos créditos tributários ocorreu exatamente porque tais contratos não foram considerados válidos. No entanto, por um equívoco, teriam sido utilizados no cálculo do Fisco para cobrança do IOF devido pela empresa. Diante da invalidade dos contratos de mútuo de setecentos mil reais, não seria possível incluí-los no cálculo do IOF (anexo I, vol. 29, fls. 10730).

Outro aspecto contestado pela defesa de *ERNESTO DONIZETE MODA* é a de que os contratos apresentavam o mesmo formato dos demais firmados pela Edimon Ltda e de que os valores altos não eram incomuns.

No entanto, do que se depreende do depoimento do sócio Rogério Bueno dos Santos, não era praxe da empresa Edimon a realização de contratos de mútuo.

(...) Não, contratos de cessão de crédito seriam 98%. Contratos de mútuo era muito pouco. São raros os casos. No caso da Sauro, foi uma negociação direto entre o Donizete, representando a Edimon, e a Sauro. A análise foi feita por ele mesmo. Depois de liberação quem acompanhava era a minha pessoa. Foram com certeza mais de três contratos com Sauro. (...) Não tinha um número muito maior do que três ou quatro clientes de mútuo, além da Sauro. Acredito que a IBRAFEM não era mutuária. 2M do Brasil eu não saberia dizer. Eu precisaria verificar. No total tinha uns oito clientes com os quais realizávamos também mútuos. Eu acredito que a Sauro não tinha outro tipo de contrato conosco. (...) Esse contrato foi novado mais de uma vez. Eu não tenho como precisar, mas foi novado mais de duas vezes. Sempre o avalista são os sócios da empresa. No mútuo não ocorre garantia real, senão não seria contrato de mútuo. Os contratos da Sauro foram feitos pelo IGPM + 1% ao mês. (mídia de fls. 3841).

Embora não fosse praxe a realização de contratos de mútuo na Edimon Ltda, os procedimentos administrativos fiscais na pessoa física *EDSON MOURA* e em suas empresas revelam que era comum na contabilidade das empresas a declaração da existência de mútuo com a Edimon Ltda (conforme se depreende dos procedimentos administrativos fiscais da empresa Sauro e suas filiais, assim como do instituto IBRAFEM, anexos a estes autos).

Conquanto a defesa alegue que contratos de mútuo de altos valores não eram incomuns na empresa Edimon Ltda, ao ser instada a apresentar os contratos de valores mais altos que teria realizado nos anos de 2001 a 2005, a empresa Edimon traz ao procedimento administrativo fiscal apenas os da empresa Sauro em 2003 (novados em 2005) e um outro realizado com a empresa Betunel no Rio de Janeiro (anexo I, vol. 29, fls. 10694/10705).

Observa-se que esse contrato com a empresa Betunel contém os seguintes elementos: reconhecimento de firma e registro, assinatura dos dois sócios da empresa como codevedores, prazo exíguo para pagamento e taxa de juros de 2% ao mês (anexo I, vol. 29, fls. 10705). No caso de todos os contratos da Sauro, todavia, a taxa de juros é de 1% ao mês, “pouco comum naquela época”, conforme declara a própria ex-funcionária da empresa Edimon, Carolina Moreira do Couto, em seu depoimento judicial (fls. 4715/4724). Mesmo nos contratos que supostamente seriam novação de dívida.

Além disso, nos contratos de setecentos mil reais não há a assinatura de ambos os sócios como codevedores, o que seria a garantia exigida nesses casos de mútuo, que não eram firmados com garantia real, de acordo com o próprio *ERNESTO DONIZETE MODA* em seu interrogatório (mídia de fls. 4136). O outro sócio da Sauro Brasileira de Petróleo, *EDSON MOURA JÚNIOR*, somente assina os contratos de 2005, que seriam a suposta novação dos anteriores de 2003.

A defesa conjunta de *EDSON MOURA* e *EDSON MOURA JÚNIOR*, além de negar a falsidade dos contratos de mútuo, afirma que não houve ilegalidade no aumento de patrimônio

de ambos. A diversidade das empresas e o sucesso efetivo delas justificariam esse aumento. Ademais o Ministério Público Federal não teria sido capaz de comprovar a ilicitude no aumento do capital.

Primeiramente é importante consignar que, embora a identificação das falsidades dos negócios jurídicos em apuração nesses autos tenha permitido constatar a existência de aumento patrimonial não declarado de *EDSON MOURA*, bem como de origem desconhecida, não é objeto destes autos a apuração dessa origem. O que se constatou diante das informações apresentadas pelos auditores fiscais é que havia divergências grandiosas entre a escrituração dos bens de *EDSON MOURA* e de suas empresas e o patrimônio do réu.

Especificamente em relação à autoria de *EDSON MOURA JÚNIOR*, a defesa, bem como o réu em seu interrogatório e seu genitor, também réu, *EDSON MOURA*, alegam que ele não poderia ser responsabilizado por suas assinaturas nos documentos, visto que não exercia administração nas empresas do pai no período, pois residira nos Estados Unidos e sua formação profissional era outra. Segundo *EDSON MOURA JÚNIOR*, apenas figurara no contrato social por uma necessidade da lei civil. Sua atuação efetiva nas empresas teria se dado apenas a partir de 2006/2007.

No entanto, ao se manifestar em sede de recurso no procedimento administrativo fiscal nº 10830.003.805/2007-71 (relativo aos anos-calendário de 2002 a 2005 da pessoa física de *EDSON MOURA*), a fim de esclarecer sucessivas retiradas de sócio e de pró-labore escrituradas no ano de 2004, no livro-caixa da empresa Sauro Brasileira de Petróleo, *EDSON MOURA* informou que se tratava de equívoco na escrituração, visto que as operações haviam sido todas realizadas por *EDSON MOURA JÚNIOR*. Segundo ele:

(...) os valores lançados a título de pró-labore, como já esclarecido à fiscalização durante a ação fiscal, foram recebidos por seu filho *EDSON MOURA JÚNIOR*, tendo havido erro de grafia nas planilhas devido à semelhança entre o seu nome e o de seu filho; o impugnante é sócio das empresas mencionadas pelo Sr. AFRB, contudo não poderia receber rendimentos a título de pró-labore, *pois quem de fato administra as empresas é seu filho, EDSON MOURA JÚNIOR, isso porque, é prefeito de Paulínia e não possui tempo hábil para exercer as funções de prefeito e administrador conjuntamente, sendo que os valores recebidos das empresas em questão são a título de lucros distribuídos* (fls. 1744).

Como a empresa Sauro Brasileira de Petróleo é uma sociedade anônima, o papel de *EDSON MOURA JÚNIOR* é na verdade de vice-presidente da empresa. Em seu depoimento na Polícia Federal nos autos do inquérito policial nº 2004.61.21.002101-4, envolvendo a compra da destilaria Santo Expedito, em 27.06.2005, declara-se também Diretor Administrativo-Comercial, referindo Ata de Assembleia Geral Extraordinária de 14.01.2004, e demonstra conhecer detalhes da negociação, na qual afirma ter estado presente, assim como da administração da empresa: valor do capital social, responsáveis pela contabilidade, contas bancárias etc. (conforme anexo III, vol. 8 – fls. 1792/1794).

Além disso, *EDSON MOURA JÚNIOR* aparece em vários contratos sociais de empresas juntamente com seu pai, não apenas como “sócio minoritário necessário pela lei civil”, mas dividindo formalmente a administração das empresas; como, por exemplo, na *nona alteração contratual da 2M do BRASIL, datada de 14.03.2003 e registrada na JUCESP em 27.08.2004*, em que se retira da sociedade Ivonete Pietrobom Moura, para que ingresse *EDSON MOURA JÚNIOR*, titularizando 50 % do capital social da empresa, e na qual consta a alteração apenas da cláusula primeira (denominação e sede social) e da cláusula quarta (distribuição do capital

social), mantendo-se explicitamente “as demais cláusulas constantes do contrato social primitivo inalteradas” (anexo II – vol. 18 – fls. 5949/5952). Ocorre que o contrato social primitivo, em sua cláusula quinta, explicita “a gerência da sociedade será exercida por ambos os sócios, individualmente que subdividirão entre si, todas as operações e representarão a sociedade ativa e passiva, judicial e extrajudicialmente” (anexo I - vol. 2 – fls. 671).

Do mesmo modo, em 26.07.2002, *EDSON MOURA JÚNIOR* ingressa como sócio do Auto Posto Gás Brasil Ltda, com 25% do capital social, mas, de acordo com a cláusula quinta, exercendo conjuntamente ao outro sócio, *EDSON MOURA*, a gerência da sociedade (anexo V, vol. 23, fls. 6040/6047). Mesmo na empresa Auto Posto Cabreúva de Paulínia Ltda, em que *EDSON MOURA JÚNIOR* aparece em 20.01.2005 com apenas 1% do capital, apresenta poder de gerência conjunta com seu pai e direito a retirada de pró-labore (anexo V, vol. 23, fls. 6083/6088).

Portanto, claramente não procede a alegação defensiva de a responsabilização penal de *EDSON MOURA JÚNIOR* não seria possível, por se tratar de responsabilização objetiva de sócio figurativo das empresas. Primeiramente porque, de todo o exposto, restou perfeitamente delineado que *EDSON MOURA JÚNIOR* também era administrador de várias das empresas, em conjunto com seu pai *EDSON MOURA*; em segundo lugar, porque estes autos tratam da apuração dos delitos de falsidade ideológica e não de atos da administração das empresas. *EDSON MOURA JÚNIOR* assinou os referidos contratos de mútuo plenamente consciente de seu conteúdo e dos efeitos jurídicos e patrimoniais que produziriam. Não está sendo responsabilizado por ser sócio formal da empresa, como quer fazer crer a defesa, mas por ter consciente e livremente apostado sua assinatura nos contratos que certamente leu e dos quais conhecia o teor.

II – Contrato de mútuo firmado entre a empresa Sauro Brasileira de Petróleo S/A e ERNESTO DONIZETE MODA

Em 27.06.2005, *EDSON MOURA JÚNIOR*, *ERNESTO DONIZETE MODA* e *ARTHUR AUGUSTO CAMPOS FREIRE*, compareceram à Delegacia de Polícia Federal de Campinas para prestarem esclarecimentos nos autos de inquérito Policial nº 2004.61.21.002101-4, em que se investigava a atuação de André Marques Recacho, acerca da negociação de compra e venda da Destilaria Santo Expedito Ltda, pertencente ao investigado, pela empresa Sauro Brasileira de Petróleo S/A, pelo valor de R\$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil reais).

Naquele momento, *EDSON MOURA JÚNIOR* e *ARTHUR AUGUSTO CAMPOS FREIRE* declararam que a negociação teria se realizado em dinheiro, a pedido dos vendedores, e que o dinheiro em espécie havia sido obtido com a empresa Edimon Ltda, por meio de um contrato de mútuo firmado entre ambas.

Segundo EDSON MOURA JÚNIOR:

(...) o preço pago pela destilaria foi de R\$ 3.500.000,00, três milhões e quinhentos mil reais; que esse pagamento foi feito através de *ARTHUR FREIRE*, advogado da empresa; que o declarante esteve com o DR. *AMAURY TEIXEIRA* [advogado do vendedor] em três oportunidades, todas acompanhada do seu pai *EDSON MOURA* e do DR. *ARTHUR FREIRE*; que o declarante acredita que o pagamento da destilaria foi efetuado em três parcelas, todas dentro de um mês aproximadamente, que uma parcela foi paga no valor de R\$ 2.000.000,00, dois milhões de reais, em dinheiro vivo, por exigência do DR. *AMAURY TEIXEIRA*; que as outras parcelas também foram em espécie; que na última parcela foi retido em torno de aproximadamente R\$ 600.000,00, seiscentos mil reais, para a quitação de débitos trabalhistas da DESTILARIA SANTO EXPEDITO e para o pagamento de um débito com o Sr. *SEBASTIÃO BELEZIN* de R\$ 350.000,00, trezentos e cinquenta mil reais, também em espécie (...) que

indagado a respeito da origem dos R\$ 3.500.000,00, três milhões e quinhentos mil reais, o declarante afirma que “foi tomado de empréstimo da empresa EDIMON FINANCEIRA, situada na cidade de Paulínia/SP (...) que o empréstimo foi um tipo de financiamento, no qual foi dado em garantia alguns imóveis da SAURO BRASILEIRA DE PETRÓLEO S/A (...) que o Dr. AMAURI veio a Campinas buscar os R\$ 2.000.000,00, dois milhões de reais, em espécie, na sede da empresa (...) quem pegou o dinheiro com o DONIZETE e levou até a sede da SAURO foi o Dr. ARTHUR; que o declarante chegou a ver o volume de dinheiro em uma mala de viagem de plástico rígido” (...) (Anexo III, vol. 8, fls. 1792/1793).

ARTHUR AUGUSTO CAMPOS FREIRE, em suas declarações à Polícia Federal na mesma data, confirma o valor da negociação e a origem do dinheiro, mas apresenta algumas divergências quanto ao modo como se deu a entrega do dinheiro. Segundo ele:

(...) todo o valor foi pago diretamente ao DR. AMAURY TEIXEIRA da seguinte forma: um sinal de R\$ 200.000,00, duzentos mil reais, não se recordando a data do pagamento; no dia 10.06 R\$ 2.000.000,00, dois milhões de reais; no dia 13.06 a dívida foi quitada com o valor de R\$ 1.300.000,00, um milhão e trezentos mil reais, sendo R\$ 480.000,00, quatrocentos e oitenta mil reais para o Sr. SEBASTIÃO BELEZIN, R\$ 233.000,00, duzentos e trinta e três mil reais, em ações trabalhistas da empresa DESTILARIA SANTO EXPEDITO LTDA, tendo o restante sido entregue ao DR. AMAURI em espécie; que todo o valor pago foi em dinheiro vivo, ou seja, em papel moeda, predominando cédulas de R\$ 50,00 (cinquenta reais); que foi pago em dinheiro vivo por exigência do DR. AMAURI TEIXEIRA; que indagado ao declarante a respeito da origem do dinheiro vivo, esse respondeu que o dinheiro foi proveniente da empresa EDIMON, não sabendo maiores dados sobre a razão social; que a EDIMON é uma financeira ou factoring, autorizada pelo Banco Central; que foi o declarante quem pegou o dinheiro na EDIMON, tendo pego primeiramente os R\$ 200.000,00, duzentos mil reais, dado de sinal, posteriormente voltou para buscar os R\$ 2.000.000,00, dois milhões de reais, que entregou ao DR. AMAURI em uma mala de viagem; que depois pegou os outros R\$ 1.300.000,00, um milhão e trezentos mil reais, na EDIMON e também entregou ao DR. AMAURI TEIXEIRA (...) que não sabe se foi dado algum imóvel em garantia do financiamento feito com a EDIMON (...) (Anexo III, vol. 8, fls. 1795/1797).

Todavia, ao ser ouvido **ERNESTO DONIZETE MODA**, proprietário da empresa Edimon Ltda, este *negou veementemente que o dinheiro tivesse sido obtido em sua empresa, narrando inclusive a suposta negociação com ARTHUR AUGUSTO CAMPOS FREIRE e sua negativa.*

(...) que no início deste mês o declarante disse a ARTHUR, o qual supõe que administra a faculdade IBRAFEN, de propriedade do SR. EDSON MOURA, sobre a possibilidade de empréstimo no valor de R\$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil reais); que o declarante disse a ARTHUR que a sua empresa não operava com tamanha quantia para empréstimo; que dias depois ARTHUR voltou a consultar o declarante a respeito de um empréstimo de R\$ 2.700.000,00 (dois milhões e setecentos mil reais), quantia menor do que aquela solicitada anteriormente; que ARTHUR representava as empresas do Sr. EDSON MOURA nas consultas a respeito do empréstimo; que o declarante indagou a ARTHUR para que ele queria tanto dinheiro, tendo ele respondido que era para o capital de giro dos Postos de combustível ligado a EDSON MOURA; que o declarante voltou a afirmar que não tinha capital para tal operação; que o declarante informa que o lastro de sua empresa gira em torno de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais); que o processo para integralização desse capital já está em andamento no Banco Central, pois o seu contrato prevê empréstimo de até R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por CPF; que recentemente não emprestou nenhum dinheiro para as empresas do Sr. EDSON

MOURA e tampouco para a pessoa física dele; que neste ato toma ciência das declarações do Sr. ARTHUR AUGUSTO CAMPOS FREIRE e do SR. EDSON MOURA JÚNIOR, nas quais eles afirmam que a empresa do declarante emprestou três milhões e meio de reais em cédulas de cinquenta reais, para a compra da DESTILARIA SANTO EXPEDITO; que o declarante afirma que as declarações de ambas as pessoas não condizem com a realidade, pois não emprestou dinheiro algum, mesmo porque não tem tal quantia; que o declarante ressalta à autoridade que se tais senhores falaram que tinham pego esse empréstimo, deveriam exibir o contrato de financiamento, que é documento comprobatório da operação (...) (Anexo III, vol. 8, fls. 1798/1799).

Diante da flagrante divergência entre os depoimentos, realizou-se na ocasião a acareação entre os depoentes, na qual se manifestaram do seguinte modo:

(...) EDSON MOURA JÚNIOR disse que confirma integralmente as suas declarações (...) que se prontifica a entregar o contrato de financiamento celebrado entre a SAURO e a EDIMON, pois é sócio-gerente da SAURO e sabe dos seus encargos administrativos (...) ARTHUR AUGUSTO CAMPOS FREIRE disse que confirma integralmente as declarações prestadas (...) que se prontifica a manter contato com o Prefeito EDSON MOURA no sentido de trazer aos autos a cópia do contrato de financiamento, pois reafirma que a mando de EDSON MOURA foi por três vezes à sede da EDIMON e lá pegou a quantia de R\$ 3.500.000,00 (três milhões e meio de reais) e entregou ao DR. AMAURI em parcelas, conforme salientou em suas declarações (...) ERNESTO DONIZETE MODA disse que confirma integralmente as suas declarações (...) afirma que não lavrou contrato de financiamento algum com o SR. EDSON MOURA e tampouco com suas empresas. (Anexo III, vol. 8, fls. 1803/1804).

Logo em seguida, no dia 06.07.2005, ARTHUR AUGUSTO CAMPOS FREIRE apresentou cópia do contrato de mútuo firmado entre a pessoa física de ERNESTO DONIZETE MODA e a empresa Sauro Brasileira de Petróleo S/A no valor de R\$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil reais).

Das declarações acima, resta perfeitamente claro que ERNESTO DONIZETE MODA negou a existência de qualquer contrato de mútuo com EDSON MOURA ou com qualquer de suas empresas. Logo, do teor do quanto transcrito acima não é crível sua versão em interrogatório de que estava se referindo exclusivamente a contrato de mútuo com a sua empresa Edimon Ltda e de que não teria dito a verdade porque estava nervoso e amedrontado. Se de fato tivesse sido firmado um contrato sob os estritos trâmites legais com sua pessoa física, não haveria motivos para a veemente negativa.

Posteriormente, em 2006, por ocasião dos procedimentos fiscais abertos em relação a EDSON MOURA e a suas empresas, o referido contrato foi apresentado à Receita Federal. No auto de infração referente à Sauro Brasileira de Petróleo, verificou-se que não havia qualquer registro do referido contrato de mútuo na escrituração contábil da empresa. Na verdade, a empresa não apresentou quaisquer dos livros contábeis requeridos pela fiscalização (Diário, Caixa ou Razão) do ano de 2005, alegando simplesmente que não haviam sido escriturados. Chamada a comprovar a efetividade da transferência dos valores apenas declarou que haviam sido transferidos “em moeda corrente” (anexo III, vol. 21, fls. 6972/6976 – Termo de constatação de 2002 a 2005).

ERNESTO DONIZETE MODA, por sua vez, ao ser intimado pela Receita Federal a comprovar a transferência dos valores declarou em 26.10.2006, que o contrato de mútuo havia sido firmado para ser pago em 24 parcelas; que teria sido efetivado em dinheiro, em três par-

celas; e que já teriam sido quitadas cinco parcelas, depositadas em nome da empresa Cambuí Garden Empreendimento e Incorporação Ltda a seu pedido. Assim, o valor do saldo devedor da mutuária estaria declarado em seu imposto de renda, ano-calendário 2005, como saldo a receber de R\$ 2.700.832,95 (dois milhões, setecentos mil, oitocentos e trinta e dois reais e noventa e cinco centavos).

A fiscalização tributária contestou a veracidade do referido contrato de mútuo pelos seguintes motivos (anexo III, vol. 21, fls. 6975/6976):

- o contrato afirma em sua cláusula 1ª que a mutuária recebeu, conferiu e deu como certa e exata a quantia de R\$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil reais) na data de 03.05.2005, mas *ERNESTO DONIZETE MODA* declarara que os pagamentos teriam ocorrido em três parcelas nas datas de 06.06.2005; 10.06.2005 e 13.06.2005;

- os documentos apresentados por *ERNESTO DONIZETE MODA* como sendo parte da quitação de cinco parcelas do empréstimo não comprovam que o dinheiro recebido pela Cambuí Garden tenha sido a este título, não há qualquer associação a esta dívida;

- os contratantes novamente alegam que a operação de milhões foi realizada em espécie e não apresentam qualquer documentação hábil e idônea da efetiva entrega do numerário, tampouco de sua origem.

Em seu interrogatório e em sua defesa técnica, *ERNESTO DONIZETE MODA* declara que passou a manter o dinheiro em espécie no sótão de sua empresa Edimon Ltda, desde o trauma do sequestro de sua filha, cuja data não soube declinar exatamente em seu depoimento, mas consta como 17.12.2001 nos documentos trazidos pela defesa.

O réu e sua defesa alegam que os sequestradores teriam exigido inicialmente quatro milhões de reais e por isso, durante o período do sequestro, o réu passou a fazer retiradas nos bancos para conseguir o montante. Ao final, as negociações teriam se encerrado em 350 a 400 mil e o restante não teria sido devolvido ao banco, por receio de represálias posteriores.

Nos documentos trazidos aos autos, porém, verifica-se o relato de que as negociações teriam se iniciado em R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais) e se encerraram com o pagamento de R\$ 96.600,00 (noventa e seis mil e seiscentos reais) em 20.12.2001 (fls. 4483/4517).

Segundo a defesa, *ERNESTO DONIZETE MODA* manteve os valores em dinheiro, mas eles estavam todos formalmente declarados tanto nas DIPJ da empresa Edimon Ltda como distribuição de lucro, quanto em suas declarações de imposto de renda pessoa física. Apresenta inclusive tabela demonstrando a existência dos valores nas referidas DIRPF.

Todavia, na fiscalização realizada pela Receita Federal na empresa Edimon Ltda e na pessoa física de *ERNESTO DONIZETE MODA*, o auditor fiscal explicita que “o contribuinte não comprovou a origem do montante em espécie e nem as transferências de lucro da empresa” (anexo III, vol. 24, fls. 8359/8360).

Ainda segundo o auditor fiscal que autuou o contribuinte por omissão de rendimentos e variação patrimonial a descoberto:

Tanto as declarações de Imposto de Renda da Pessoa Física – DIRPF do fiscalizado, quanto a Declaração de Informações Econômico-Fiscais – DIPJ da empresa EDIMON LTDA foram retificadas nos anos-calendário 2002 a 2005, com aumentos substanciais nos Lucros Distribuídos em favor do fiscalizado (...) Para comprovar o numerário em posse do declarante, além da justificativa da origem, seria necessário a apresentação de documentação hábil e idônea (extratos bancários), o qual não foi apresentado a esta fiscalização e, portanto, será, também glosado na presente autuação (anexo III, vol. 24, fls. 8361/8364).

De fato, a tabela abaixo explicita o ajuste feito nas DIRPF de *ERNESTO DONIZETE MODA*, nos valores correspondentes a dinheiro em espécie, para que fosse possível justificar a origem do dinheiro alegadamente emprestado a *EDSON MOURA* por meio da Sauro Brasileira de Petróleo.

TABELA DIRPF *ERNESTO DONIZETE MODA* – ORIGINAIS E RETIFICADORAS

DATA DISPO- NIBILIDADE	DIRPF ORIGI- NAL (valores em reais)	ENTREGA	LOCALI- ZAÇÃO NOS AUTOS Anexo III – vol. 10	DIRPF RETI- FICADORAS (valores em reais)	ENTREGA	LOCALIZAÇÃO NOS AUTOS
31/12/2000 – 2001	113.000,00	30/04/2001	Fls. 2710			
31/12/2001 – 2002	148.410,18	26/04/2002	Fls. 2623	2.405.410,18	28/04/2006	Fls. 4263
31/12/2002 – 2003	431.278,05	28/04/2003	Fls. 2515	2.705.624,23	28/04/2006	Fls. 4286
21/12/2003 – 2004	45.000,00	28/04/2004	Fls. 2311	5.527.672,23	28/04/2006	Fls. 4310
31/12/2004 – 2005	0,00	29/04/2005	Fls. 2142	5.459.372,23	28/04/2006	Fls. 4336
31/12/2005 – 2006	1.639.781,63	02/05/2006	-	-	-	Fls. 4367

Por fim, a defesa afirma que o fato de haver cobrança judicial dos contratos de mútuo firmados com *EDSON MOURA* e com a Sauro Brasileira de Petróleo atestaria sua validade. Segundo os documentos trazidos pela defesa, teria havido acordo entre as partes e teriam sido realizadas transferências de bens.

Ocorre que o fato de ter sido instaurada uma cobrança judicial e ter sido realizado um acordo entre as partes, não garante necessariamente a validade dos contratos de mútuo, visto que a própria ação de cobrança e o acordo realizado podem ser fruto de simulação, mesmo porque, conforme aponta o Ministério Público Federal, houve denúncias de que tais ações seriam simuladas (Peças informativas nº 1.34.004.000434/2012-88 – apenso – volume 1).

O fato é que elas somente se iniciaram após a fiscalização e a instauração de ação penal e após grande parte dos bens de *EDSON MOURA* e suas empresas estarem indicados no arrolamento de bens realizado nos procedimentos fiscais. Os documentos do referido acordo judicial, trazidos aos autos pela defesa de *ERNESTO DONIZETE MODA* explicitam essa condição de que os bens indicados como forma de pagamento dos valores devidos a *ERNESTO DONIZETE MODA* e sua empresa Edimon Ltda por *EDSON MOURA* e suas empresas, estão previamente gravados por arrolamento da Receita Federal, dependentes, portanto, para sua real efetivação da quitação dos créditos tributários (fls. 4371/4385).

Resta claro, portanto, que a origem do montante de R\$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil reais) em dinheiro utilizado na compra da Destilaria Santo Expedito, não pode ser explicada pelo contrato de mútuo firmado com *ERNESTO DONIZETE MODA*, visto que não há qualquer lastro probatório de sua veracidade.

Diante de todo o exposto, por se tratar de delito realizado sobre base documental, ainda que para a elaboração e simulação dos contratos de mútuo tenha havido colaboração de outros sujeitos, como ARTHUR AUGUSTO GOMES FREIRE e no caso do contrato com *ERNESTO*

DONIZETE MODA, também *EDSON MOURA JÚNIOR*, considero comprovada a autoria das condutas de falsidade ideológica a seguir descritas por aqueles que firmaram os referidos documentos, do seguinte modo:

a) três condutas de falsidade ideológica dos contratos de mútuo de R\$ 700 mil reais datados de 20.03.2003; 24.07.2003 e 15.10.2003, realizadas por *ERNESTO DONIZETE MODA* e *EDSON MOURA*, consideradas em continuidade delitiva, por terem ocorrido nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes;

b) três condutas de falsidade ideológica dos contratos de mútuo nos valores de R\$ 1.014.902,97; R\$ 1.112.573,01 e R\$ 1.056.083,78, datados de 07.10.2005, realizadas por *ERNESTO DONIZETE MODA*, *EDSON MOURA* e *EDSON MOURA JÚNIOR*, consideradas em continuidade delitiva, por terem ocorrido nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes;

c) uma conduta de falsidade ideológica do contrato de mútuo no valor de R\$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil reais), datado de 03.05.2005, realizada por *EDSON MOURA* e *ERNESTO DONIZETE MODA*.

2.2.3.2 Autoria - Contratos e outros documentos assinados por CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA, EDSON MOURA, EDSON MOURA JÚNIOR e ARTHUR AUGUSTO CAMPOS FREIRE

Em procedimento administrativo fiscal da pessoa física *EDSON MOURA*, iniciado em março de 2006, referente aos anos-calendário 2001-2005, a Receita Federal apurou que o contribuinte havia declarado em sua DIRPF do ano-calendário de 2003 ter recebido de *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA* o valor de R\$ 596.800,00 (quinhentos e noventa e seis mil e oitocentos reais) e teria a receber mais R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais) referentes a negociação de fundo de comércio da empresa 2M do Brasil, incluído direito de lavra de água mineral pertencente à empresa.

Ocorre que o direito de lavra de água mineral pertencia à empresa 2M do Brasil, de acordo com a Portaria nº 397, de 05.09.2002, do Departamento Nacional de Produção Mineral - Ministério das Minas e Energia. Portanto, eventuais créditos a receber seriam da empresa e não de *EDSON MOURA*. Além disso, tais créditos a receber teriam desaparecido da DIRPF do contribuinte no ano-calendário 2004, para depois ressurgir a dívida por distrato, como dívida de *EDSON MOURA* ainda, no valor de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) na DIRPF do ano-calendário de 2005 (anexo II, vol. 14 – fls. 4461/4480).

Assim, chamados a comprovar as operações alegadas, *EDSON MOURA* e *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA* apresentaram ao fisco os seguintes documentos:

a) *Contrato particular de compromisso de compra e venda de quotas de sociedade a prazo, datado de 15.09.2003*, em que *EDSON MOURA*, como sócio-quotista da 2M DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, cede a *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA* 503.200 quotas, no valor de R\$ 503.200,00 (quinhentos e três mil e duzentos reais), quitados no ato do contrato – assim, como os direitos da lavra de água mineral outorgada pela Portaria nº 397 de 05.09.2002, pelo DPNM (processo nº 820.616/1993) à empresa 2M do Brasil, no valor de R\$ 3.596.800,00 (três milhões, quinhentos e noventa e seis mil e oitocentos reais), dos quais se declara quitação de R\$ 596.800,00 (quinhentos e noventa e seis mil e oitocentos reais) e o restante dividido em quatro parcelas de R\$ 750.000,00 (setecentos e cinquenta mil reais) a serem pagas no ano de 2004 (anexo II - vol. 15 – fls. 4656/4658);

b) *Instrumento particular de 9ª alteração e consolidação contratual da empresa 2M DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA*, CNPJ nº 57.614.034/0001-93, datado de 30.12.2003 e registrado na JUCESP em 22.10.2004, em que se declara, no item I, a cessão da quota-parte de *EDSON MOURA JÚNIOR* (124.000 quotas do capital social) a *EDSON MOURA*; no item II, o aumento do capital social de R\$ 248.000,00 (duzentos e quarenta e oito mil reais) para R\$ 1.258.000,00 (hum milhão, duzentos e cinquenta e oito mil reais); e no item III, a cessão de 503.200 quotas, no valor de R\$ 503.200,00 (quinhentos e três mil e duzentos reais) de *EDSON MOURA* para *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA*, declarando-se que os valores seriam pagos conforme contrato particular firmado entre as partes (anexo II - vol. 14 – fls. 4635/4643).

c) *Três instrumentos particulares de recibo* no valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) cada um deles, datados de 07.01.2005; 28.01.2005 e 07.02.2005, nos quais *ARTHUR AUGUSTO CAMPOS FREIRE*, assinando por *EDSON MOURA*, declara ter recebido “pagamento parcial do contrato particular de compromisso de compra e venda de quotas de sociedade a prazo da 2M DO BRASIL” (anexo II – vol. 15 – fls. 4659/4661).

d) *Distrato do contrato particular de compromisso de compra e venda de quotas de sociedade a prazo, firmado no ano de 2003, entre os envolvidos identificados, frente à empresa 2M do Brasil, datado de 10.06.2005*, em que *EDSON MOURA* se compromete a pagar a *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA* a quantia de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) em 20 (vinte) parcelas, mensais, iguais e sucessivas (de 10.01.2006 a 10.08.2007), no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) cada uma, representada em 20 (vinte) notas promissórias (anexo II - vol. 15 – fls. 4663/4664).

e) *Instrumento particular de 10ª alteração e consolidação contratual da empresa 2M do Brasil, datado de 10.06.2005 e registrado na JUCESP em 27.07.2005*, em que *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA* retira-se da sociedade e “declara ter recebido todos os seus direitos e haveres perante a sociedade, nada mais tendo dela a reclamar, seja a que título for”. conquanto ainda seja, segundo disposto no distrato, credor de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) referentes à alegada aquisição da lavra de água mineral pertencente à empresa. Novamente não há qualquer referência a lavra na alteração contratual (anexo II – vol. 18 fls. 5962/5977).

A análise de tais documentos, em conjunto com a também denominada “nona alteração contratual” da 2M do Brasil registrada na JUCESP em 27.08.2004, descrita abaixo, revela várias incongruências de datas, de denominações e de sócios e corrobora a falsidade do negócio jurídico de compra de quotas e da lavra de água mineral por parte de *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA*, já apontada pelo Fisco.

f) *Instrumento particular de nona alteração contratual da 2M do BRASIL, datado de 14.03.2003 e registrado na JUCESP em 27.08.2004*, em que se retira da sociedade Ivonete Pietrobom Moura e ingressa *EDSON MOURA JÚNIOR*, titularizando 50 % do capital social da empresa (124.000 quotas) (anexo II – vol. 18 – fls. 5949/5952).

Do exame desses documentos, verifica-se que, no momento em que *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA* supostamente adquiriu as quotas da 2M do Brasil (15.09.2003), elas ainda eram, formalmente, de Ivonete Pietrobom Moura, visto que o arquivamento/registro da “nona alteração contratual” que teria distribuído as quotas a *EDSON MOURA JÚNIOR* só ocorreu em 27.08.2004. Somente dois meses após houve o registro/arquivamento de outra “9ª alteração contratual” que formalizava a aquisição por *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA*.

Além de serem oficialmente de Ivonete Pietrobom Moura, as 503.200 quotas sequer existiam formalmente, visto que o capital social da empresa, conforme consta do Instrumento particular de *nona* alteração contratual da 2M do BRASIL, *datado de 14.03.2003 e registrado na JUCESP em 27.08.2004*, era composto de 248.000 (duzentas e quarenta e oito mil) quotas apenas. Subitamente, poucos meses depois, no questionado Instrumento particular de 9ª alteração e consolidação contratual da empresa 2M DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, *datado de 30.12.2003 e registrado na JUCESP em 22.10.2004*, o capital social é aumentado em mais de cinco vezes e passa a ser de 1.258.000 (um milhão e duzentas e cinquenta e oito mil) quotas.

No entanto, antes mesmo de que houvesse sido elaborada a alteração contratual que aumentaria o capital social, datada de *30.12.2003*, CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA e EDSON MOURA firmaram o Contrato particular de compromisso de compra e venda de quotas de sociedade a prazo, datado de *15.09.2003*, no qual o primeiro teria adquirido 503.200 (quinhentas e três mil e duzentas) quotas e uma lavra de água mineral e teria pago, em dinheiro, R\$ 503.200,00 (quinhentos e três mil e duzentos reais) referente às quotas e R\$ 596.800,00 (quinhentos e noventa e seis mil e oitocentos reais) como pagamento parcial da lavra. Todo esse pagamento teria sido feito em espécie por CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA, sem que houvesse qualquer documento comprobatório de que o capital social da empresa corresponderia ao valor pago.

Outro elemento que corrobora, materialmente, a falsidade ideológica produzida nos documentos que atestam a compra das quotas da empresa 2M do Brasil pelo valor de R\$ 503.200,00 (quinhentos e três mil e duzentos reais) é a *ausência de qualquer contabilização do aumento do capital social pela empresa 2M do Brasil até o início da ação fiscal realizada pela Receita Federal na empresa, datada de 12.05.2006*.

De acordo com o auditor da Receita Federal responsável pela fiscalização no Termo de Verificação Fiscal do IRPJ e Reflexos dos anos-calendário 2003 e 2004 (anexo IV – vol. 26 fls. 9454/9460):

(...) Em relação à declaração de que a não localização da contabilização do aumento do capital social e da conta Reserva de Reavaliação já teria sido sanado nos termos da respectiva alteração do Contrato Social, a mesma não merece sequer ser levada em consideração, tendo em vista que; *uma vez comprovado tal ato, NOVAMENTE contraria ainda mais os Princípios Contábeis amplamente aceitos, tais como o da Competência e da Oportunidade quando da constatação de um fato concreto, o qual obriga o correspondente registro contábil de forma a demonstrar seus efeitos na mutação patrimonial da empresa*. A alteração contratual somente foi escriturada após as Intimações Fiscais (...) No caso concreto, *a fiscalizada não justificou origem do recurso utilizado para o aumento do capital social em 2003* e, também, não comprovou a origem do recurso utilizado para a aquisição do bem imóvel em maio de 2004, fatos estes, que ocasionaram os saldos credores da caixa (presunção legal de omissão de receitas), *inferindo-se que os recursos foram originários de receitas não registradas, à margem da contabilidade* (anexo IV – vol. 26 – fls. 9452 e 9458).

Observando-se a DIPJ 2004 – ano calendário 2003 da empresa 2M do Brasil, nos dados de escrituração contábil (anexo IV – vol. 26 – fls. 9733), também não se encontra qualquer referência ao aumento do capital social que, supostamente, teria se dado em *30.12.2003*, com o ingresso de CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA como sócio da empresa. Embora a 9ª alteração contratual tenha sido registrada na JUCESP somente em *22.10.2004*, também não

há menção do aumento do capital social na DIPJ 2005 – ano calendário 2004, nos dados de escrituração contábil (anexo IV – vol. 26 – fls. 9772).

O mesmo se verifica em relação à lavra de água mineral pertencente à 2M do Brasil, que teria sido adquirida por *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA* pelo expressivo valor de R\$ 3.596.800,00 (três milhões, quinhentos e noventa e seis mil e oitocentos reais). Não há qualquer menção a este bem/direito nas referidas declarações de imposto, tampouco se apresentou qualquer registro contábil na 2M do Brasil de sua comercialização. A suposta compra da lavra de água mineral constou apenas de documentos que não foram registrados e não apresentam qualquer reconhecimento de firma que poderia certificar sua produção na data declarada.

A se tomar como válido o contrato social do modo como se apresentou na 9ª *alteração contratual*, *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA* teria pago milhões pelo direito de exploração da lavra, mas, visto se tratar de bem pertencente à 2M do Brasil junto ao DNPM, e ausente qualquer cláusula formal no contrato social, sua exploração estaria atrelada à relação com a empresa e, logo, submetida à administração do sócio majoritário *EDSON MOURA*.

Ademais, conquanto tenha negociado o direito de lavra por mais de três milhões de reais em 2003, segundo alega, *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA* não tomou qualquer providência para que o registro dessa transferência de direito fosse realizado no órgão responsável por sua concessão o Departamento Nacional de Produção Mineral, conforme se verifica no extrato de movimentações do processo nº 820.816/1993, no sítio eletrônico do referido departamento, por meio de consulta pública [<https://sistemas.dnpm.gov.br/SCM/Extra/site/admin/dadosProcesso.aspx>].

Não pode ser aceita como plausível a versão de que um empresário experiente como *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA* simplesmente tivesse disposto de dois milhões de reais *em dinheiro* sem observar tais cuidados: checar a situação contábil e fiscal da empresa da qual adquiria 40% das cotas, verificar a regularidade dos atos constitutivos da empresa e a integralização e atualização do capital social pelo qual estava pagando, além de registrar o quanto antes, sua participação efetiva nos negócios e a aquisição de bem tão valioso como o direito de lavra. O negócio foi firmado, segundo as datas dos documentos, em setembro de 2003, só foi registrado quase um ano depois e até a data em que se formalizou o suposto distrato, em 2005, nenhuma providência em relação ao registro do direito de lavra havia sido tomada.

É importante destacar, ainda, visto que pouco plausível, ter *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA* declarado que dois meses depois de, alegadamente, ter pago a *EDSON MOURA* mais R\$ 900.000,00 (novecentos mil reais), em três parcelas de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), em dinheiro, datadas de 07.01.2005; 28.01.2005 e 07.02.2005, pelo negócio da lavra de água mineral, este teria solicitado o distrato formal.

Assim, logo em seguida, teria sido firmado o referido distrato e *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA* teria deixado de integrar formalmente o quadro societário da empresa 2M do Brasil, com o registro na JUCESP em 27.07.2005 da 10ª *alteração contratual*, datada de 10.06.2005.

Além disso, ressalte-se que ele se retirava da empresa, declarando: “ter recebido todos os seus direitos e haveres perante a sociedade, nada mais tendo dela a reclamar, seja a que título for”, sem que houvesse qualquer referência ao direito de lavra de água mineral pertencente formalmente à 2M do Brasil, conquanto ainda fosse, segundo disposto no distrato, credor de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) referentes à alegada aquisição.

É fundamental, para compreender o contexto dessas condutas dos réus no ano de 2005, não se olvidar que as empresas de *EDSON MOURA* passaram a ser alvo de investigações

criminais, tendo sido *EDSON MOURA JÚNIOR*, *ERNESTO DONIZETE MODA* e *ARTHUR AUGUSTO CAMPOS FREIRE* conduzidos à Delegacia de Polícia Federal de Campinas em 27.06.2005.

A defesa de *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA* também traz aos autos suas declarações de Imposto de Renda dos anos-calendário 2003, 2004 e 2005, nas quais constam declarados valores em espécie, assim como a compra das quotas e da lavra de água mineral da empresa 2M do Brasil e argumenta que tais declarações confirmariam a efetividade do negócio jurídico realizado. Acrescenta ainda documento da Receita Federal comprovando a regularidade fiscal de *CARLOS ALBERTO*, pois não teria sido autuado, mas apenas lhe fora solicitada retificação (fls. 4222).

Primeiramente, ressalte-se que o referido documento deixa claro não ter havido fiscalização tributária do contribuinte *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA* referente ao ano-calendário de 2003, ano em que o negócio jurídico teria ocorrido. O próprio réu declarou em seu interrogatório (mídia de fls. 4133) que não foi fiscalizado no ano base de 2003 ante a decadência tributária. Ademais, do se depreende do documento, a fiscalização referiu-se aos anos-calendário de 2004 e 2005 e em relação a um contexto específico, não explicitado no documento, que se refere a procedimento administrativo fiscal ocorrido em 2010 (nº 19515.000340/2010-49).

Todavia, do que se depreende de todo o disposto nestes autos, o *modus operandi* era exatamente o de acobertar patrimônio e renda de origem desconhecida do réu *EDSON MOURA* por meio de declarações inverídicas. Por isso, o próprio *EDSON MOURA* declarou ao fisco o suposto negócio jurídico realizado com *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA*. No entanto, nenhum dos denunciados foi capaz de comprovar efetivamente a transferência dos valores.

Com relação à manutenção de dinheiro em espécie em sua casa, mesmo com a possibilidade de corrosão de valores pela inflação, a defesa de *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA* alega que a inflação anual em 2003 e 2005 foi pequena.

No entanto, em interrogatório o réu declarou que mantinha dinheiro em casa mesmo antes do Plano Real, diante das incertezas da conjuntura econômica. Questionado pelo juízo sobre ter realizado o negócio com *EDSON MOURA* em dinheiro por não ter valores no banco para realizar a compra, o réu declarou:

Doutor, assim, agora eu não lembro, uma parte devia ter, *agora nada impedia que eu pusesse o dinheiro também lá, mas eu vou por dinheiro no banco, aí você tem que justificar de onde veio, tal, eu tenho, em imposto de renda tem tudo, mas não vale a pena* (mídia de fls. 4133).

É interessante destacar que dentre as testemunhas de defesa trazidas por *CARLOS ALBERTO*, nenhuma delas, exceto seu advogado, foi capaz de confirmar o negócio jurídico de aquisição de cotas da 2M do Brasil e principalmente da compra da lavra de água mineral. Todos, amigos, funcionários, ex-sócios, declararam que *CARLOS ALBERTO* era um empresário conceituado e experiente do ramo da construção civil e de destinação de resíduos sólidos.

Nesse sentido, é esclarecedor o depoimento de *João Henrique dos Santos*, que se declarou amigo íntimo de *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA*, desde a graduação em engenharia civil, que cursaram juntos, padrinho das filhas dele e frequentador da casa da família em finais de semana.

(...) Estudei engenharia civil junto com o Carlos. Nós estudamos na Escola de Engenharia Mauá, em São Caetano. Ele foi meu chefe no meu primeiro emprego. E depois de alguns anos fizemos até sociedade juntos. Num empreendimento na cidade de Cotia. E temos um relacionamento social, as famílias. No período que trabalhamos juntos fizemos a rede de esgoto da cidade de Praia Grande. É muito conhecido na área de projetos e execução. *Nós nos encontramos a cada 15 dias praticamente.* Agora ele está tocando empreendimentos fora do estado de São Paulo. *No momento ele desenvolve projetos de aterro sanitário.* [Nunca ouviu falar de EDSON MOURA]. Já passei por Paulínia. [Nunca ouviu falar da 2M do Brasil, nem da Sauro] *Dos negócios dele em Paulínia, sei que a intenção era usar um terreno para fazer aterro sanitário.* [O senhor sabe se ele já trabalhou ou trabalha com alguma exploração de água, alguma empresa que trabalhe nesse sentido?] *Ele sempre trabalhou em construção, manutenção de obras e atualmente na disposição de lixo. Um desses comentários de happy hour ele disse que teve alguma interferência na terra que estava preparando pra fazer o empreendimento dele, ele teve algum problema com as autoridades locais.* Nós estamos há 36 anos no mercado trabalhando firme todos os dias, o dia todo, e nosso grupo que se firmou naquela época até hoje teve sucesso. Eu sei que ele tinha dois barcos pra pescaria, sempre teve carros bons, importados inclusive, agora sei que tem a Protocol, que está instalando lixo em Curitiba, e tem uma empresa em Criciúma, agora me foge o nome e opera na disposição de lixo da cidade. (...) Já me emprestou cem mil reais e a transferência foi feita em cheque, doc, transferência, não sei bem. *[Quando vocês conversam sobre as transações que ele faz, alguma coisa assim, é usual ele fazer pagamento em dinheiro, em espécie?]* Não, sempre doc, transferência, ocasionalmente algum cheque. *Às vezes nós precisamos fazer pagamento em espécie dependendo pra quem nós vamos pagar. Eu, por exemplo, toda sexta-feira faço pagamentos em espécie porque meus empregados não aceitam em cheque. Meu ramo é de construção. [Seria razoável alguém fazer o pagamento de 2 milhões em espécie nesse ramo?]* Não sei de nada que possa impedir isso. *[O senhor sabe me dizer se ele guarda esse tipo de quantia, se ele já comentou?]* Não. Não acho comum alguém ter dois milhões de reais em casa. (mídia de fls. 3936).

Além do amigo íntimo e também empresário desconhecer completamente o fato de que **CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA** mantinha milhões em espécie em casa e achar pouco usual que isso ocorra, o mais revelador de seu depoimento é o fato de desconhecer completamente o novo investimento do amigo na empresa 2M do Brasil e no novo ramo de negócios: a exploração de lavra de água mineral. Sendo amigos íntimos e ambos engenheiros, seria certamente natural que, caso a exploração da lavra de água mineral fosse um negócio legítimo, **CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA** houvesse tecido algum comentário com o amigo sobre a nova empreitada.

Ao contrário, João Henrique dos Santos tinha conhecimento do aterro sanitário que **CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA** estava pretendendo desenvolver em Paulínia/SP e dos problemas enfrentados com a compra dos terrenos, mas nada sabia acerca da exploração de lavra de água mineral.

De fato, no mesmo período em que supostamente havia adquirido as cotas da 2M do Brasil e o direito de lavra de água mineral, **CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA** recebia da Prefeitura Municipal de Paulínia/SP, tendo como prefeito, **EDSON MOURA**, em 04.12.2002, a doação para sua empresa Aldeia Consultoria e Empreendimentos Ambientais Ltda de um terreno (Lote nº 5 - A1D-2), ato considerado posteriormente ilegal pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo no julgamento da Tomada de Contas nº 800278/544/02 (fls. 2004).

Além disso, de acordo com a Representação Criminal nº 1.03.000.000950/2008 (fls. 2052/2085) e com os documentos trazidos aos autos pela defesa (fls. 4963/5018), **CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA** adquirira em dezembro de 2003, registrados em março de

2004, quatro lotes (nº 24, 25, 26 e 27 - discriminados nas escrituras de fls. 4974/4975) pelo valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) cada um deles, totalizando R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais) por uma área de mais de duzentos mil metros quadrados.

No entanto, em *agosto de 2005*, após os referidos lotes terem sido unificados e subdivididos, a área total foi desapropriada pela Prefeitura Municipal de Paulínia, pelo então prefeito, *EDSON MOURA*; tendo *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA* recebido dos cofres do município o valor de R\$ 5.500.000,00 (cinco milhões e quinhentos mil reais) pagos em 23.08.2005 e 22.09.2005 (conforme documentos de fls. 2081/2084), o que representa cerca cinco vezes mais que o valor originalmente pago pelo denunciado, pouco mais de um ano antes. Por isso, tal desapropriação acabou por ser noticiada ao Ministério Público Federal pela associação AMA PAULÍNIA (Representação Criminal nº 1.03.000.000950/2008 - fls. 2052/2085).

Embora a defesa de *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA* busque minimizar a vantajosa desapropriação, apresentando laudo de avaliação da área, produzido pela empresa SCAN ENGENHARIA LTDA, datado de julho de 2005, no qual se declara que o valor da área seria de R\$ 7.629.000,00 (sete milhões, seiscentos e vinte nove mil reais); verifica-se que o referido laudo de avaliação não traz sequer a identificação do responsável por sua elaboração. Além disso, consulta pública aos dados cadastrais da empresa, que a defesa denomina de “conceituada”, na Receita Federal (CNPJ 05.060.623/0001-73) [http://www.receita.fazenda.gov.br/PessoaJuridica/CNPJ/cnpjreva/Cnpjreva_Solicitacao.asp] revela que foi aberta em 09/05/2002 e baixada um mês após a elaboração do referido laudo de avaliação, em 17/08/2015.

Traz a defesa de *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA* também a alegação de que a Representação Criminal formulada pela associação AMA PAULÍNIA, a respeito desta desapropriação, teria sido arquivada pela Procuradoria da República (conforme documento de fls. 4962).

No entanto, do que se depreende do referido documento, trata-se de comunicação à Procuradoria da República de Campinas a respeito da Representação Criminal anteriormente feita ao Ministério Público Federal em São Paulo/SP. Novamente, em consulta pública ao sítio eletrônico do Ministério Público Federal, é possível verificar que a representação criminal nº 1.03.000.000950/2008-32 continua em trâmite, tendo sido recebida em 2013 pela Divisão Criminal Extrajudicial da Procuradoria da República de São Paulo [<http://apps.mpf.mp.br/aptusmpf/index2#/detalhe/100000000000017135323?modulo=0&sistema=portal>].

Por fim, outro aspecto fundamental para se constatar a falsidade dos documentos que forjam a negociação de cotas e de lavra de água mineral da 2M do Brasil é o fato de que até o início das fiscalizações nenhuma providência havia sido tomada para a cobrança dos valores. E quando se iniciou, em 2008, primeiramente foi com uma ação monitória, visto que *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA* alegou ter “perdido” dois milhões de reais em notas promissórias, o que novamente é muito pouco crível para um empresário experiente, que declarou ter cofres em casa e na empresa onde mantinha dois milhões de reais em espécie.

De acordo com os documentos apresentados nos autos, após a ação monitória, a suposta cobrança teria se iniciado em 2013. Convém relembrar aqui, conforme já explanado, que grande parte dos bens de *EDSON MOURA* e de suas empresas já está gravado com arrolamento da Receita Federal e não há garantias de que esta ação de cobrança de fato seja efetiva e não apenas mais uma simulação do grupo.

A defesa de *EDSON MOURA* E *EDSON MOURA JÚNIOR*, por sua vez, alega que os créditos tributários ainda não foram constituídos, pois houve recurso administrativo, por isso as informações presentes nos procedimentos fiscais respectivos (2M do Brasil e *EDSON MOU-*

RA pessoa física) não poderiam ser utilizados como provas. Não procede tal assertiva porque, primeiramente, o que se avalia neste momento não é a existência ou não do delito fiscal, mas sim a falsidade ideológica dos contratos, recibos e alteração contratual. Em segundo lugar, porque há outros documentos encartados no procedimento fiscal (como as DIPJ) passíveis de avaliação pelo juízo independentemente das análises do Fisco.

Não obstante os argumentos citados, ressalto ainda que, embora o procedimento administrativo fiscal da 2M do Brasil (nº 10830.002064/2007-19) ainda se encontre em contencioso administrativo, na verdade, em relação às infrações administrativas imputadas à empresa na fiscalização dos anos-calendário 2003/2004, observa-se da própria cópia do recurso administrativo trazida aos autos pela defesa, que não há questionamento específico sobre a ausência de contabilização do aumento do capital social. A defesa não questionou os fatos narrados que se relacionam ao súbito aumento de capital da empresa, mas sim a capitulação legal do Auto Infração, a forma de apuração do débito, bem como o agravamento da multa imposta (fls. 1697/1725).

Em resposta ao referido recurso administrativo, a Receita Federal deixa claro que: “a prova trazida pelo contribuinte refere-se apenas ao negócio jurídico e resume-se ao contrato. Tanto o contrato como o distrato são documentos particulares assinados pelas partes e duas testemunhas, são meio hábil de prova entre as partes apenas da realização do negócio jurídico, não servem para comprovar a efetiva transferência de numerário” (fls. 1758).

Em relação ao argumento de que *EDSON MOURA JÚNIOR* não poderia ser responsabilizado pela “mera assinatura” na 9ª alteração contratual da 2M do Brasil, visto se tratar de sócio apenas figurativo; conforme já explanado na análise dos mútuos com Edimon Ltda e *ERNESTO DONIZETE MODA*, não procede a alegação defensiva, pois restou perfeitamente delineado que *EDSON MOURA JÚNIOR* também era administrador de várias das empresas em conjunto com seu pai *EDSON MOURA*, desde 2002 e também porque se trata da apuração de delito de falsidade ideológica e não de atos da administração das empresas. O denunciado não está sendo responsabilizado por ser sócio formal da empresa, mas por ter consciente e livremente apostado sua assinatura no contrato que certamente leu e do qual conhecia o teor.

No que concerne à autoria das condutas de falsidade ideológica atribuídas a *ARTHUR AUGUSTO CAMPOS FREIRE*, inserir declaração falsa em três instrumentos de recibo, atestando que teria recebido de *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA*, em nome de *EDSON MOURA*, nas datas de 07.01.2005; 28.01.2005 e 07.02.2005, em dinheiro, R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) em cada ocasião; sua defesa alega que ocupava apenas a posição de “procurador (ou seja, advogado)” e que teria assinado documentos com arrimo nas procurações outorgadas a ele pelos seus contribuintes.

Tais assertivas, todavia, não procedem, primeiramente porque o próprio *ARTHUR AUGUSTO CAMPOS FREIRE* declarou em seu interrogatório e em seus memoriais que apenas se tornou advogado da família em 2007. Em segundo lugar, porque as condutas imputadas ao denunciado não dizem respeito a seus atos como procurador no bojo e para responder aos procedimentos administrativos fiscais, mas sim a seus atos em instrumentos particulares de recibos que assinou dando quitação parcial a negócio jurídico formulado entre *EDSON MOURA* e *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA*, plenamente ciente da falsidade do conteúdo dos documentos que assinava.

As circunstâncias acima descritas revelam a complexidade das relações negociais simuladas produzidas pelos envolvidos, algumas delas como objetivo explícito de fugir à possibilidade de responsabilização penal diante da impossibilidade de justificar frente ao Fisco as operações falsamente declaradas e constituídas nos documentos.

Por isso, a argumentação da defesa do réu *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA* de que: “se falsa fosse, a alteração contratual constituiria mero exaurimento do compromisso particular lavrado no mesmo ano e sobre a mesma compra de ações e direito de lavra, também acoimado de falso; não, um delito autônomo”; e ainda: “se o compromisso e a 9ª alteração seriam ideologicamente falsos, o distrato deles não poderia sê-lo”, pois restabeleceria o verdadeiro, não pode ser considerada adequada.

A 9ª *alteração contratual* não se constitui em mero exaurimento do compromisso particular de compra e venda porque ela reafirma, em outra categoria jurídica (contrato social registrado na JUCESP, que a torna pública e produz efeitos públicos) a falsidade. Além disso, conforme já explicitado, o *compromisso particular* traz outros elementos de falso não presentes na alteração contratual, ligados à compra e venda da lavra de água mineral. O fato de a falsidade ser reproduzida em documentos diversos não indica que sejam exaurimento uns dos outros, mas sim, várias falsidades levadas a efeito em bases materiais diferentes.

A falsidade não diz respeito às relações que estabelecem entre si os documentos, mas ao que foi inserido falsamente em cada um deles. A fim de que possa desfazer o negócio jurídico, o *distrato* parte da premissa de sua existência, pois não se pode extinguir o que não existiu. Logo, ao afirmar a existência, persiste na falsidade, e não há qualquer contradição aqui.

Diante de todo o exposto, por se tratar de delito realizado sobre base documental, considero comprovada a autoria das condutas de falsidade ideológica, a seguir descritas, *por aqueles que firmaram os referidos documentos*, do seguinte modo:

a) uma conduta de falsidade ideológica de *contrato particular de compromisso de compra e venda de quotas de sociedade a prazo*, datada de 15.09.2003, realizada por *EDSON MOURA* e *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA*;

b) uma conduta de falsidade ideológica de *Instrumento particular de 9ª alteração e consolidação contratual da empresa 2M do Brasil Indústria e Comércio Ltda*, datada de 30.12.2003, com registro na JUCESP em 22.10.2004, realizada por *EDSON MOURA*, *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA* e *EDSON MOURA JÚNIOR*, considerada em continuidade delitiva, para os dois primeiros, por ter ocorrido nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes com a conduta “a”;

c) três condutas de falsidade ideológica de *instrumentos particulares de recibo*, datadas de 07.01.2005; 28.01.2005 e 07.02.2005, realizadas por *ARTHUR AUGUSTO CAMPOS FREIRE*, consideradas em continuidade delitiva, por terem ocorrido nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes;

d) uma conduta de falsidade ideológica de *Distrato do contrato particular de compromisso de compra e venda de quotas de sociedade a prazo*, datada de 10.06.2005, realizada por *EDSON MOURA* e *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA*.

2.2.3.3. Incidência da agravante do artigo 61, inciso II, b, do Código Penal

Requer o Ministério Público Federal a incidência da *agravante do artigo 61, inciso II, b, do Código Penal*, qual seja, “ter o agente cometido o crime para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime” nas condutas de falsidade ideológica.

Analisando as condutas acima descritas, reconheço configurada para todas elas a referida agravante, na medida em que as falsificações dos contratos de mútuo, dos contratos sociais, dos recibos, do compromisso de compra e venda e do distrato serviram ao propósito de assegurar a execução, ocultar e garantir a impunidade tanto dos delitos de sonegação fiscal, quanto dos

próprios delitos de falsidade ideológica, visto que foram forjados contratos de mútuo que simulavam novação dos anteriores, recibos simulando pagamento parcial, distrato e alterações contratuais que buscavam reverter os negócios anteriores. Tudo isso para justificar a ausência de cobrança e garantir a impunidade diante da instauração dos procedimentos fiscais e da investigação criminal; além de encobrir a origem desconhecida de valores utilizados para aquisição de imóveis (como a destilaria Santo Expedito) e a integralização de capital social de empresas (como a IBRAFEM).

Embora as defesas aleguem que não há crédito tributário constituído, por isso não seria possível falar em delito de sonegação fiscal, é importante ressaltar que parte dos créditos tributários resultantes das sonegações de tributo identificados nos vários procedimentos administrativos fiscais descritos na denúncia não foram sequer contestados pelos contribuintes e já foram confessados e inseridos em sistema de parcelamento.

No PAF nº 10830.003803/2007-81 da Sauro Brasileira de Petróleo, anos-calendário 2002-2005, em que os mútuos com a Edimon Ltda e *ERNESTO DONIZETE MODA* não foram considerados, houve impugnação parcial e parcela dele está em contencioso administrativo. No entanto, outra parcela foi consolidada em parcelamento, o que significa confissão de dívida e constituição do crédito tributário.

Já no procedimento administrativo fiscal nº 10830.003811/2007-28 da empresa IBRAFEM, em que foram apurados R\$ 1.366.012,23 (um milhão, trezentos e sessenta e seis mil, doze reais e vinte e três centavos) em créditos tributários fruto de sonegação fiscal, houve desistência do contencioso, os créditos também foram incluídos em parcelamento e, diante da irregularidade nos pagamentos, já estavam em processo de exclusão em 05.02.2013 (fls. 4549).

É fundamental destacar que a inserção dos créditos em parcelamento não significa extinção da punibilidade penal e inexistência do delito de sonegação fiscal, mas apenas suspensão da pretensão punitiva do estado, a qual volta a existir no momento em que os créditos são excluídos do parcelamento.

2.3 *Quadrilha ou bando*

Narra a denúncia que os réus se associaram em quadrilha, de forma estável e permanente, para o fim de cometer crimes de falsidade ideológica e delitos contra a ordem tributária, incorrendo, assim, na conduta tipificada no artigo 288 (com redação anterior à dada pela Lei nº 12.850, de 2013) do Código Penal: “Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes”.

No tocante ao tipo penal, inicialmente, teço algumas considerações.

Trata-se de crime comum, que pode vir a ser praticado por qualquer pessoa; formal, na medida em que não exige resultado naturalístico, consumando-se com o aperfeiçoamento da convergência de vontades entre mais de três pessoas para o cometimento de crimes.

A prática ulterior desses delitos não é exigida, pois a mera associação para a mencionada finalidade já acarreta a lesão ao bem jurídico tutelado, consubstanciado na paz pública; de forma livre, uma vez que pode ser eleita qualquer via pelos agentes para associarem-se; plurissubjetivo, pois exige a associação mais de três pessoas para formar o bando. Referido delito não admite tentativa, visto que há necessidade da estabilidade e permanência.

Como bem dispõe Nelson Hungria, para que se caracterize o delito “é suficiente o mero fato de se associarem mais de três pessoas (no mínimo quatro) para o fim de cometer crimes, sem necessidade, sequer, do começo da atuação do mais ou menos extenso plano criminoso que os associados se hajam proposto”.

Nesse sentido a jurisprudência colacionada:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO ROMÊNIA. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO DO INSS. FRAUDE DE DOCUMENTOS E BENEFÍCIOS A COMUNIDADES CIGANAS. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. DELITO DE QUADRILHA. AUTÔNOMO. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS IDÔNEOS. NÃO OCORRÊNCIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. RECONHECIMENTO DA ILEGALIDADE DE UMA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. OUTRAS PROVAS COLHIDAS. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. RECURSO ORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. I – (...). II (...) III - Conforme orientação pacífica desta Corte, o delito de quadrilha é autônomo, prescindindo da concretização de qualquer crime anterior ou posterior. IV - Da leitura da inicial acusatória, constata-se que nela está descrito o fato típico imputado aos recorrentes, bem assim os indícios de materialidade e autoria. V (...) VI – (...) VII – (...). VIII - Recurso a que se nega provimento. (RHC 121093, RICARDO LEWANDOWSKI, STF).

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIMES DE ROUBO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. TESE DE ATIPICIDADE DA CONDUTA QUANTO AO ART. 288 DO CÓDIGO PENAL. COMPROVAÇÃO DE VÍNCULO ASSOCIATIVO ESTÁVEL DE MAIS DE TRÊS PESSOAS. IDENTIFICAÇÃO DE TODOS OS ENVOLVIDOS. DESNECESSIDADE. 1. Para o reconhecimento do crime de formação de quadrilha, basta a comprovação da existência de associação estável de mais de três pessoas, com a intenção de praticar crimes diversos, sendo, pois, prescindível a identificação efetiva de todos os membros da quadrilha ou bando. Precedentes. 2. Ordem denegada. (STJ - HC: 160290 MS 2010/0012159-5, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 14/02/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/02/2012).

*AÇÃO PENAL. Crime de quadrilha ou bando. Delito formal contra a paz pública. Circunstâncias elementares do tipo. Concurso de, pelo menos, quatro pessoas, finalidade específica dos agentes e estabilidade do consórcio. Exigência da prática ulterior de delito compreendido no projeto criminoso. Desnecessidade. Figura autônoma. Descrição suficiente dos fatos elementares. Denúncia apta. Impossibilidade de aprofundar a cognição dos fatos à luz da prova. HC denegado. Inteligência do art. 288 do Código Penal. Precedentes. *Crime formal, o delito de quadrilha ou bando consuma-se tanto que aperfeiçoada a convergência de vontade dos agentes e, como tal, independe da prática ulterior de qualquer delito compreendido no âmbito de suas projetadas atividades criminosas.* (STF - HC: 88978 DF, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 04/09/2007, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-106 DIVULG-20-09-2007 PUBLIC-21-09-2007 DJ 21-09-2007 PP-00043 EMENT VOL-02290-02 PP-00262 RTJ VOL-00203-03 PP-01164 RMDPPP v. 4, n. 20, 2007, p. 107-114).*

Por se tratar de delito que não deixa vestígios, sua materialidade delitiva deve ser inferida da comprovação de que houve associação prévia e vínculo estável entre os componentes, mais de três pessoas, para o cometimento de delitos. Por isso a análise de autoria e materialidade será feita em conjunto.

2.3.1 Autoria e Materialidade

As provas constantes dos autos denotam a existência de associação em quadrilha, de forma estável e permanente, no período de 2001 a 2005, pelo menos, de *EDSON MOURA, EDSON MOURA JÚNIOR, ERNESTO DONIZETE MODA, CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA e ARTHUR AUGUSTO CAMPOS FREIRE*, com o fito de cometer delitos contra a ordem tributária e de falsidade ideológica.

Conforme se verifica da denúncia, no período compreendido entre janeiro/2000 a dezembro/2005, em que foram fiscalizados pela Receita Federal *EDSON MOURA* e algumas de suas empresas: Sauro Brasileira de Petróleo S/A, IBRAFEM – Instituto Brasileiro do Futuro Empresário, TV Educativa de Paulínia, TV Educativa Cidade das Flores Ltda e 2M do Brasil Indústria e Comércio Ltda, apurou-se o vultoso valor de R\$ 32.517.320,28 (trinta e dois milhões, quinhentos e dezessete mil, trezentos e vinte reais e vinte e oito centavos) em créditos tributários resultantes de sonegação fiscal.

É fundamental destacar ainda que, no período de 01/01/1993 a 31/12/1996 e 01/01/2001 a 31/12/2008, o denunciado *EDSON MOURA* foi prefeito do município de Paulínia e alvo de inúmeros procedimentos investigativos (inquéritos civis e ações civis públicas) em que se apura condutas de desvio de recursos públicos do Município, dentre eles: ações civis públicas nº 428.01.2001.003194, 428.01.2004.001090, 428.01.2004.005335, 428.01.2005.007548, 428.01.1997.00930, 428.01.1998.000589, 428.01.1999.000246, 428.01.1999.000360 e 428.01.2001.000259. Ressalte-se que foi inclusive condenado em uma delas por improbidade administrativa, com decisão mantida em segunda instância, o que o impediu de disputar novamente o pleito eleitoral em 2012 (REsp nº 764.836).

Nesse contexto de atuação, na direção do grupo criminoso, *EDSON MOURA*, engendrou, com o auxílio de seu filho, *EDSON MOURA JÚNIOR*, seu funcionário de confiança *ARTHUR AUGUSTO CAMPOS FREIRE* e os empresários *ERNESTO DONIZETE MODA*, amigo de longa data, e *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA*, a falsificação de contratos de mútuo, de contratos simulando compra e venda e de recibos de valores, com a finalidade de justificar falsas operações de distribuição de lucro, origem de recursos omitidos da fiscalização e utilizados para aquisição de bens, além de aportes realizados para as empresas, sem origem declarada.

EDSON MOURA JÚNIOR, atuando nas empresas como administrador em conjunto com seu pai, pelo menos desde 2002, conforme já descrito, e como sócio das empresas Sauro Brasileira de Petróleo e 2M do Brasil Ltda, assinou alteração contratual da 2M do Brasil simulando sua saída da empresa, aumento não justificado do capital social e a venda de quotas a *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA*, em 2003. Ainda como sócio da Sauro Brasileira de Petróleo, assinou contratos de mútuo com a empresa Edimon Ltda, simulando novação de dívida, supostamente contraída em 2003, e não cobrada até o início da fiscalização tributária. Também declarou na Delegacia de Polícia Federal que a origem dos valores em dinheiro utilizados na compra da Destilaria Santo Expedito pela empresa Sauro seria um mútuo realizado com a empresa Edimon no valor de R\$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil reais), mesmo com a negativa de *ERNESTO DONIZETE MODA*. Posteriormente, por meio de *ARTHUR AUGUSTO CAMPOS FREIRE*, apresentou ao delegado de polícia federal responsável o falso contrato de mútuo assinado por seu pai e por *ERNESTO DONIZETE MODA*.

ERNESTO DONIZETE MODA é proprietário de 98% do capital social da Edimon Ltda., empresa também autuada pelo fisco por sonegação fiscal e investigada pelo Banco Central por realizar atividade de empréstimo de recursos financeiros que alegadamente seriam de fomento comercial (factoring) e transporte, sem autorização devida. Sua atuação constituiu em simular contratos de mútuo com a empresa Sauro Brasileira de Petróleo em 2003, no valor de R\$ 2.100.000,00 (dois milhões e cem mil reais) e suas novações em 2005, que teriam ultrapassado três milhões; além de simular o contrato de mútuo acima referido (de três milhões e meio de reais) entre sua pessoa física e a empresa Sauro para justificar a origem de valores usados por *EDSON MOURA* e *EDSON MOURA JÚNIOR* na aquisição de uma destilaria.

CARLOS EDUARDO MACEDO BARBOZA, também empresário do ramo das constru-

ções e do tratamento de resíduos, segundo ele próprio declarou em seu interrogatório, participou ativamente das condutas delituosas ao simular negócio jurídico de compra de cotas da empresa 2M do Brasil e dos direitos de lavra de água mineral, alegando ter transferido a *EDSON MOURA* R\$ 1.100.000,00 (um milhão e cem mil reais) em 2003 e R\$ 900.000,00 (novecentos mil reais) em 2005, todos em espécie e sem qualquer documento probatório da efetividade das transferências.

Ressalte-se novamente que ambos os credores de *EDSON MOURA*, *EDSON MOURA JÚNIOR* e de suas empresas apenas tomaram providências no sentido de, ainda que aparentemente, cobrarem as vultosas dívidas, quando foram chamados pela fiscalização tributária a comprovarem a legitimidade das declarações constantes dos documentos e das DIRPF de *EDSON MOURA* e DIPJ de suas empresas e, mais ainda, quando as investigações atingiram a seara penal e culminaram nesta ação penal, cuja denúncia foi oferecida em 2008.

ARTHUR AUGUSTO CAMPOS FREIRE, funcionário de confiança de *EDSON MOURA*, esteve presente em várias das negociações simuladas nestes autos: assinou como testemunha todos os documentos forjados da negociação com *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA* e assinou diretamente três instrumentos de recibo atestando ter recebido valores em dinheiro de *CARLOS ALBERTO*. Também foi apontado por *ERNESTO DONIZETE MODA* como a pessoa que teria retirado em sua empresa os valores dos mútuos simulados com a empresa Sauro Brasileira de Petróleo. Ele próprio declarou frente ao Delegado de Polícia Federal de Campinas a versão do mútuo de R\$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil reais) com a empresa Edimon Ltda e sustentou sua versão na acareação com *ERNESTO DONIZETE MODA*. Posteriormente, também entregou o falso contrato de mútuo elaborado, não com a empresa, mas com o próprio *ERNESTO DONIZETE MODA* nos autos do inquérito policial.

Resta claro, portanto, diante de todo o exposto nos autos, que os denunciados se uniram em quadrilha, de forma concertada e permanente, ao menos no período de 2001 a 2005, em que os delitos contra a ordem tributária e os delitos de falso foram identificados, para o cometimento destes crimes, através de *modus operandi* semelhante e de forma reiterada.

Não se trata de ações isoladas ocorridas em momentos diversos, como pretendem fazer crer os defensores. Sob a liderança de *EDSON MOURA* o esquema delitivo de simulação de negócios jurídicos e falsificação ideológica de documentos foi posto em prática com a participação de atores diversos, a fim de ocultar patrimônio e justificar renda advinda de origem desconhecida. Assim, as falsidades ideológicas aqui apuradas, cometidas em 2003, 2004 e 2005, tinham propósito bastante definido e se repetiram no decorrer do tempo.

As defesas alegam ausência de número de participantes necessário para que o delito se configure “mais de três pessoas”, primeiramente separando as condutas em torno de cada um dos negócios jurídicos que foram realizados e posteriormente alegando que neles não participaram mais de três pessoas.

Ocorre que, conforme já fundamentado, não se exige para a configuração do delito de quadrilha, nem a participação de todos os elementos em todas as condutas, nem que todos os elementos sejam conhecidos entre si, e nem mesmo que condutas delituosas tenham sido de fato consumadas. Trata-se de delito formal, cuja consumação é instantânea e basta o acordo de vontades para o cometimento de delitos.

Nesse sentido:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ARTIGO 288 DO CÓDIGO PENAL. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. CARTÕES CLONADOS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ILEGALIDADE DA

MEDIDA NÃO VERIFICADA. ILICITUDE DAS PROVAS DERIVADAS: INOCORRÊNCIA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PENA-BASE. PERDIMENTO DE BENS. 1. Apelação interposta pela defesa contra sentença que condenou os réus pela prática do crime de quadrilha ou bando, tipificado no art. 288 do CP. (...) 16. O crime de quadrilha ou bando, atualmente denominado associação criminosa, por sua natureza, é autônomo e se perfaz independentemente da prática dos crimes a que os agentes objetivam perpetrar a partir da união associativa, sendo prescindível a comprovação de que houve o cometimento de crimes por integrantes da associação. 17. *Desnecessária a comprovação dos crimes que os integrantes da associação teriam praticado em unidade de desígnios e, ainda que o fim do grupo criminoso fosse a prática de crimes.* 19. *Com o advento da Lei n. 12.850/2013, que deu nova redação ao artigo 288 do Código Penal, para a configuração do delito é necessária que a associação tenha o “fim específico de cometer crimes”. Ou seja, os integrantes da associação devem pretender a realização de delitos determinados.* 19. *Para a configuração do delito do artigo 288 do Código Penal, não é necessário que todos os agentes se conheçam, bastando que tenham ciência da existência dos demais e que tenham o propósito de integrar o bando, de forma estável e permanente, para o cometimento da empreitada criminosa.* 20. Materialidade delitiva comprovada pelo conjunto probatório, especialmente pelas conversas captadas em interceptações telefônicas, judicialmente autorizadas, indicativo da existência de um bando que efetuava clonagem de cartões mediante captação de trilhas e senhas de cartões verdadeiros inseridos em máquinas POS; pela apreensão de inúmeros cartões bancários e máquinas POS, nos endereços dos acusados e pelos laudos periciais que comprovam que diversas máquinas POS apreendidas na presente investigação realmente se encontravam adulteradas com a instalação de equipamentos capazes de capturar trilhas e senhas de cartões de crédito e débito. 21. Autoria delitiva comprovada nos autos. Interrogados na fase judicial, os acusados negaram participação no delito. Contudo, não trouxeram explicação plausível quanto ao conteúdo das gravações, as quais são incisivas da atividade ilícita desenvolvida em todas as suas fases pelos réus, e não deixam dúvida de que integravam quadrilha destinada à clonagem de cartões de créditos. 22. *Como se observa das interceptações, ainda que todos os acusados não se conheçam entre si, sabiam da existência dos demais membros do bando, sendo certo que a finalidade de todos era adulteração de máquinas POS, confecção de cartões clonados e utilização.* 23. Outros elementos probatórios colhidos no curso das investigações e do processo demonstram a existência da associação, conforme material apreendido nas diligências de busca e apreensão, bem como vigilância realizada por agentes policiais, pela qual foi possível acompanhar reunião entre membros da quadrilha. 24. *O tempo de duração da quadrilha, dos últimos meses de 2010 até abril de 2011, é relevante e confirma a estabilidade do grupo criminoso, manifestando o vínculo associativo perene, para a prática do crime de furto qualificado. A quantidade de pessoas envolvidas é caracterizadora da quadrilha.* (...) 31. Preliminares rejeitadas. Apelações improvidas. (ACR 00045233420114036181, DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/06/2016..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Neste caso, além de o número de envolvidos ser muito superior a três, sob a liderança do réu *EDSON MOURA* com a sua condição privilegiada de Prefeito Municipal, todos se uniram, ainda que em ações distintas, para favorecer *EDSON MOURA* e *EDSON MOURA JÚNIOR*, criando mecanismos forjados para que valores de origem desconhecida, não declarada, pudessem ser incorporados “legalmente” ao seu patrimônio por meio de suas empresas.

O *modus operandi* é exatamente o mesmo, para todos os “negócios” realizados pelos membros do grupo. Empresários experientes, com anos de trabalho no mercado, com várias empresas em seu nome, teriam realizado negócios de valores vultosos, em dinheiro, sem qual-

quer traço ou registro desses valores pelo sistema financeiro e, mais importante, sem garantia alguma de retorno. Conforme já amplamente detalhado, todas as cobranças formais dos débitos de *EDSON MOURA* e suas empresas somente foram realizadas após as negociações terem sido questionadas pela fiscalização da Receita Federal e ter se iniciado esta ação penal, a fim de dar mais uma aparência de legitimidade aos supostos negócios e empréstimos declarados.

Ressalte-se que não se trata de mera fraude fiscal cometida pelo sócio-administrador da empresa para a sonegação de tributos, sem o conhecimento dos demais sócios, como pretende insinuar a defesa de *EDSON MOURA JÚNIOR*. Trata-se de um esquema engendrado por *EDSON MOURA* com o aval de seu sócio *EDSON MOURA JÚNIOR* que assina documentos e sustenta frente à Polícia Federal a existência dos negócios, além do auxílio direto de seu procurador *ARTHUR AUGUSTO GOMES FREIRE*, com a finalidade de legitimar patrimônio de origem desconhecida, valores também de origem não declarada, utilizados para adquirir bens.

Portanto, não procede a alegação de ausência de mais de três membros para a configuração do delito de quadrilha ou bando, nem mesmo quando as condutas são separadas nos núcleos de negócios formalizados entre eles. Senão vejamos: nos empréstimos envolvendo a *ERNESTO DONIZETE MODA* e sua empresa *EDIMON*, estiveram diretamente envolvidos: *ERNESTO DONIZETE MODA*, *EDSON MOURA*, *EDSON MOURA JUNIOR* E *ARTHUR GOMES FREIRE*. Este último, ainda que não tenha participado diretamente na falsidade ideológica, neste caso, declarou explicitamente em sede policial que o mútuo teria ocorrido e que ele pessoalmente teria carregado os valores, mesmo quando acareado com *ERNESTO DONIZETE MODA*, que naquele momento negou a existência do empréstimo. Somente depois de suas declarações em sede de inquérito policial é que o contrato de mútuo com a pessoa física de *ERNESTO* foi apresentado à Polícia Federal e posteriormente ao Fisco.

É fundamental ressaltar aqui que, embora os delitos em análise nestes autos sejam os de falsidade ideológica e quadrilha ou bando, por ausência, na época da denúncia, de constituição definitiva dos créditos tributários apurados pela Receita Federal, isso não significa que as condutas em análise nestes autos não tenham gerado também delitos de sonegação fiscal. Depreende-se inclusive das informações de fls. 4541/4553 que vários débitos tributários foram confessados por *EDSON MOURA* e *EDSON MOURA JÚNIOR* e suas empresas, visto que parte deles foi incluída em parcelamento, que pode vir a ser pago ou rescindido. A existência do parcelamento apenas suspende a persecução penal e não significa inexistência do delito. Logo, o espectro de atuação da quadrilha concretamente abrange mais do que as condutas de falsidade ideológica apurados neste processo.

No que concerne ao negócio envolvendo *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA*, participaram diretamente: *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA*, *EDSON MOURA*, *EDSON MOURA JÚNIOR* e *ARTHUR AUGUSTO GOMES FREIRE*. Neste caso, *ARTHUR* participou diretamente das condutas de falsidade ideológica ao assinar recibos declarando pagamentos de *EDSON MOURA* para *CARLOS ALBERTO* a fim de simular quitação parcial da dívida após o Fisco ter questionado isso.

Cabe ressaltar ainda que o delito de quadrilha ou bando é juridicamente independente dos delitos que venham a ser cometidos pelos agentes reunidos no agrupamento, subsistindo autonomamente, ainda que os demais delitos sejam indeterminados ou que sequer tenham sido cometidos.

Nesse sentido é a manifestação do Superior Tribunal de Justiça no julgado abaixo, em que não se recebeu a denúncia pelo delito de quadrilha ante a inexistência do “cometimento de crimes”, mas restaram fixados parâmetros fundamentais de configuração do delito:

QUESTÃO DE ORDEM QUESTÃO DE ORDEM. CORTE ESPECIAL. DENÚNCIA CONTRA CONSELHEIRO DE TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL E EX-GOVERNADOR. AÇÃO PENAL AVOCADA DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU NA QUAL MAIS OITO CO-AUTORES RESTARAM DENUNCIADOS POR DIVERSOS DELITOS QUE NÃO SÓ OS DESCRITOS NA PRESENTE AÇÃO PENAL. DELITO DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA REJEITADO PELA CORTE ESPECIAL QUANTO AO ACUSADO DETENTOR DO FORO PRIVILEGIADO. ATUAL POSICIONAMENTO DA CORTE ESPECIAL. POSSIBILIDADE, NECESSIDADE E UTILIDADE DE DESMEMBRAMENTO DO FEITO. APLICAÇÃO DO ART. 8º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDA QUE BUSCA GARANTIR A CELERIDADE E RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO, ALÉM DE TORNAR EXEQUÍVEL A PRÓPRIA INSTRUÇÃO CRIMINAL DE MODO A VIABILIZAR A PERSECUTIO CRIMINIS IN IUDICIO. RISCO DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EM RELAÇÃO A ALGUNS DELITOS. ESTÁGIOS PROCESSUAIS DIVERSOS ENTRE AS AÇÕES PENAS. OBSERVÂNCIA DA AMPLA DEFESA E DO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. DIVERSOS PRECEDENTES DA SUPREMA CORTE. INCONVENIÊNCIA DA REGRA DO SIMULTANEOUS PROCESSUS (...) 5. Ocorre que, quanto ao delito de quadrilha ou bando, verifica-se a falta do elemento subjetivo do tipo “para o fim de cometer crimes”, revelador de um especial fim de agir. Destarte, não há elementos para o recebimento da denúncia quanto ao delito em espécie, haja vista que, nos termos da peça acusatória, o acusado juntou-se com mais de três pessoas para cometer crime (peculato). 6. Realmente, a Corte Especial no julgamento da Denun na APn.549/SP, DJe 18/11/2009, corroborando entendimento do STF, decidiu que: (...) IX - A conduta típica prevista no art. 288 do Código Penal consiste em associarem-se, unirem-se, agruparem-se, mais de três pessoas (mesmo que na associação existam inimputáveis, mesmo que nem todos os seus componentes sejam identificados ou ainda, que algum deles não seja punível em razão de alguma causa pessoal de isenção de pena), em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes (Luiz Régis Prado in “Curso de Direito Penal Brasileiro – Volume 3”, Ed. Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2006, página, 606). A estrutura central deste crime reside na consciência e vontade de os agentes organizarem-se em bando ou quadrilha com a finalidade de cometer crimes. Trata-se de crime autônomo, de perigo abstrato, permanente e de concurso necessário, inconfundível com o simples concurso eventual de pessoas. “Não basta, como na co-participação criminosa, um ocasional e transitório concerto de vontades para determinado crime: é preciso que o acordo verse sobre uma duradoura atuação em comum, no sentido da prática de crimes não precisamente individuados.” (Nelson Hungria in “Comentários ao Código Penal”- Volume IX, ed. Forense, 2ª edição, 1959, página 178). Pouco importa que os seus componentes não se conheçam reciprocamente, que haja um chefe ou líder, que todos participem de cada ação delituosa, o que importa, verdadeiramente, é a vontade livre e consciente de estar participando ou contribuindo de forma estável e permanente para as ações do grupo (Rogério Greco in “Código Penal Comentado”, Ed. Impetus, 2ª edição, 2009, página 682). A associação delitiva não precisa estar formalizada, é suficiente a associação fática ou rudimentar (Luiz Régis Prado in “Curso de Direito Penal Brasileiro – Volume 3”, Ed. Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2006, página, 607). X - “CRIME DE QUADRILHA - ELEMENTOS DE SUA CONFIGURAÇÃO TÍPICA. - O crime de quadrilha constitui modalidade delituosa que ofende a paz pública. A configuração típica do delito de quadrilha ou bando deriva da conjugação dos seguintes elementos caracterizadores: (a) concurso necessário de pelo menos quatro (4) pessoas (RT 582/348 - RT 565/406), (b) finalidade específica dos agentes voltada ao cometimento de delitos (RTJ 102/614 - RT 600/383) e (c) exigência de estabilidade e de permanência da associação criminosa (RT 580/328 - RT 588/323 - RT 615/272)”. - A existência de motivação política subjacente ao comportamento delituoso dos agentes não descaracteriza o elemento subjetivo do tipo consubstanciado no art. 288 do CP, eis que, para a configuração do delito de quadrilha, basta a vontade de associação criminosa - manifestada por mais de três pessoas -, dirigida à prática de delitos indeterminados, sejam estes, ou não,

da mesma espécie. - O crime de quadrilha é juridicamente independente daqueles que venham a ser praticados pelos agentes reunidos na societas delinquentium (RTJ 88/468). O delito de quadrilha subsiste autonomamente, ainda que os crimes para os quais foi organizado o bando sequer venham a ser cometidos. (...) (HC 72.992/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello DJ 14/11/1996). (...) (Denun na APn.549/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/10/2009, DJe 18/11/2009). (QOAPN 200601886538, LUIZ FUX, STJ - CORTE ESPECIAL, DJE DATA:07/12/2010..DTPB:.)

Dessa forma, apurada a participação de mais de 03 (três) pessoas, associadas de forma estável, para a realização de crimes de sonegação fiscal e falsidade ideológica, já identificados, no período de 2001 a 2005, fica caracterizado o delito de quadrilha ou bando por parte dos réus: *EDSON MOURA*, *EDSON MOURA JÚNIOR*, *ARTHUR AUGUSTO CAMPOS FREIRE*, *ERNESTO DONIZETE MODA* e *CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA*, em concurso material com os delitos de falsidade ideológica.

3. Dosimetria da pena

3.1 EDSON MOURA

3.1.1 Falsidade Ideológica

a) três condutas de falsidade ideológica dos contratos de mútuo de R\$ 700 mil reais entre Edimon Ltda e Sauro Brasileira de Petróleo, datados de 20.03.2003; 24.07.2003 e 15.10.2003:

Passo à análise das diretrizes apontadas no art. 59 do Código Penal.

Na *primeira fase de aplicação da pena*, no tocante à culpabilidade do acusado, entendida como a reprovabilidade da conduta típica e ilícita, verificou-se que foi *anormal* para o tipo, visto que o réu, ciente de sua condição de prefeito municipal de Paulínia, agente político e representante máximo, tinha o dever de agir com honestidade e retidão, ao invés de procurar, por meio dos mecanismos de falso, esconder movimentações financeiras e renda de origem não comprovada.

À minguia de elementos quanto à conduta social e à personalidade da agente, deixo de valorá-las. Nada a comentar sobre o comportamento da vítima. A fim de evitar *bis in idem*, deixo de valorar os motivos do delito neste momento da dosimetria, visto que serão apreciados na segunda fase.

Quanto às *circunstâncias*, extrapolam a normalidade, visto que se trata de atuação devidamente planejada que recaiu sobre transações comerciais e financeiras complexas, envolvendo terceiros e pessoas jurídicas diversas.

As *consequências* são *graves* visto que envolveram a simulação de negócios de elevados valores, no presente caso, mais de dois milhões de reais.

Embora o réu seja investigado em vários inquéritos policiais e ações penais e já tenha sido condenado em segunda instância por atos de improbidade administrativa, anoto que, nos termos da Súmula 444 do E. Superior Tribunal de Justiça, “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Por isso, observando as diretrizes dos artigos 59 e 60 do Código Penal, fixo a pena-base acima do mínimo legal em *01 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão e 30 (trinta) dias-multa*.

Na *segunda fase*, não há atenuantes. Incide, no entanto, a agravante genérica prevista no artigo 61, II, do Código Penal, conforme fundamentação no item 2.2.3.3. Aumento, pois, a pena em 1/6, fixando-a em *02 (dois) anos, 01 (mês) e 20 (vinte) dias de reclusão e 35 (trinta)*

e cinco) dias-multa.

Na *terceira fase*, inexistem causas de diminuição. Incide, no entanto, a regra prevista no artigo 71 do Código Penal, porquanto os delitos foram praticados em nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar e modo de execução. Impõe-se, assim, um aumento da pena de 1/6 (um sexto), o que resulta em *02 (dois) anos e 05 (cinco) meses e 28 (vinte e oito) dias de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa*, a qual torno definitiva.

b) três condutas de falsidade ideológica dos contratos de mútuo nos valores de R\$ 1.014.902,97; R\$ 1.112.573,01 e R\$ 1.056.083,78, entre Edimon Ltda e Sauro Brasileira de Petróleo, datados de 07.10.2005:

Passo à análise das diretrizes apontadas no art. 59 do Código Penal.

Na *primeira fase de aplicação da pena*, no tocante à culpabilidade do acusado, entendida como a reprovabilidade da conduta típica e ilícita, verificou-se que foi *anormal* para o tipo, visto que o réu, ciente de sua condição de prefeito municipal de Paulínia, agente político e representante máximo, tinha o dever de agir com honestidade e retidão, ao invés de procurar, por meio dos mecanismos de falso, esconder movimentações financeiras e renda de origem não comprovada.

À míngua de elementos quanto à conduta social e à personalidade da agente, deixo de valorá-las. Nada a comentar sobre o comportamento da vítima. A fim de evitar *bis in idem*, deixo de valorar os motivos do delito neste momento da dosimetria, visto que serão apreciados na segunda fase.

Quanto às *circunstâncias*, extrapolam a normalidade, visto que se trata de atuação devidamente planejada que recaiu sobre transações comerciais e financeiras complexas, envolvendo terceiros e pessoas jurídicas diversas.

As *consequências* são *graves* visto que envolveram a simulação de negócios de elevados valores, no presente caso, mais de três milhões de reais.

Embora o réu seja investigado em vários inquéritos policiais e ações penais e já tenha sido condenado em segunda instância por atos de improbidade administrativa, anoto que, nos termos da Súmula 444 do E. Superior Tribunal de Justiça, “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Por isso, observando as diretrizes dos artigos 59 e 60 do Código Penal, fixo a pena-base acima do mínimo legal em *01 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão e 30 (trinta) dias-multa*.

Na *segunda fase*, não há atenuantes. Incide, no entanto, a agravante genérica prevista no artigo 61, II, do Código Penal, conforme fundamentação no item 2.2.3.3. Aumento, pois, a pena em 1/6, fixando-a em *02 (dois) anos, 01 (mês) e 20 (vinte) dias de reclusão e 35 (trinta e cinco) dias-multa*.

Na *terceira fase*, inexistem causas de diminuição. Incide, no entanto, a regra prevista no artigo 71 do Código Penal, porquanto os delitos foram praticados em nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar e modo de execução. Impõe-se, assim, um aumento da pena de 1/6 (um sexto), o que resulta em *02 (dois) anos e 05 (cinco) meses e 28 (vinte e oito) dias de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa*, a qual torno definitiva.

c) uma conduta de falsidade ideológica do contrato de mútuo no valor de R\$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil reais), entre ERNESTO DONIZETE MODA e Sauro Brasileira de Petróleo, datado de 03.05.2005:

Passo à análise das diretrizes apontadas no art. 59 do Código Penal.

Na *primeira fase de aplicação da pena*, no tocante à culpabilidade do acusado, entendida como a reprovabilidade da conduta típica e ilícita, verificou-se que foi *anormal* para o tipo, visto que o réu, ciente de sua condição de prefeito municipal de Paulínia, agente político e representante máximo, tinha o dever de agir com honestidade e retidão, ao invés de procurar, por meio dos mecanismos de falso, esconder movimentações financeiras e renda de origem não comprovada.

À minguia de elementos quanto à conduta social e à personalidade da agente, deixo de valorá-las. Nada a comentar sobre o comportamento da vítima. A fim de evitar *bis in idem*, deixo de valorar os motivos do delito neste momento da dosimetria, visto que serão apreciados na segunda fase.

Quanto às *circunstâncias*, extrapolam a normalidade, visto que se trata de atuação devidamente planejada que recaiu sobre transações comerciais e financeiras complexas, envolvendo terceiros, pessoas jurídicas diversas e declarações falsas prestadas à autoridade policial.

As *consequências* são *graves* visto que envolveram a simulação de negócios de elevados valores, no presente caso, mais três milhões de reais.

Embora o réu seja investigado em vários inquéritos policiais e ações penais e já tenha sido condenado em segunda instância por atos de improbidade administrativa, anoto que, nos termos da Súmula 444 do E. Superior Tribunal de Justiça, “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Por isso, observando as diretrizes dos artigos 59 e 60 do Código Penal, fixo a pena-base acima do mínimo legal em *01 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão e 30 (trinta) dias-multa*.

Na *segunda fase*, não há atenuantes. Incide, no entanto, a agravante genérica prevista no artigo 61, II, do Código Penal, conforme fundamentação no item 2.2.3.3. Aumento, pois, a pena em 1/6, fixando-a em *02 (dois) anos, 01 (mês) e 20 (vinte) dias de reclusão e 35 (trinta e cinco) dias-multa*.

Na *terceira fase*, inexistem causas de diminuição e de aumento da pena. Fixo a pena definitiva em *02 (dois) anos, 01 (mês) e 20 (vinte) dias de reclusão e 35 (trinta e cinco) dias-multa*.

d) uma conduta de falsidade ideológica de contrato particular de compromisso de compra e venda de quotas de sociedade a prazo, datada de 15.09.2003, em continuidade delitiva com e) uma conduta de falsidade ideológica de Instrumento particular de 9ª alteração e consolidação contratual da empresa 2M do Brasil Indústria e Comércio Ltda, datada de 30.12.2003, com registro na JUCESP em 22.10.2004:

Passo à análise das diretrizes apontadas no art. 59 do Código Penal.

Na *primeira fase de aplicação da pena*, no tocante à culpabilidade do acusado, entendida como a reprovabilidade da conduta típica e ilícita, verificou-se que foi *anormal* para o tipo, visto que o réu, ciente de sua condição de prefeito municipal de Paulínia, agente político e representante máximo, tinha o dever de agir com honestidade e retidão, ao invés de procurar, por meio dos mecanismos de falso, esconder movimentações financeiras e renda de origem não comprovada.

À minguia de elementos quanto à conduta social e à personalidade da agente, deixo de valorá-las. Nada a comentar sobre o comportamento da vítima. A fim de evitar *bis in idem*, deixo de valorar os motivos do delito neste momento da dosimetria, visto que serão apreciados na segunda fase.

Quanto às *circunstâncias*, extrapolam a normalidade, visto que se trata de atuação devidamente planejada que recaiu sobre transações comerciais e financeiras complexas, envolvendo

terceiros e pessoas jurídicas diversas, além de registro público.

As *consequências* são *graves* visto que envolveram a simulação de negócios de elevados valores, no presente caso, mais três milhões de reais.

Embora o réu seja investigado em vários inquéritos policiais e ações penais e já tenha sido condenado em segunda instância por atos de improbidade administrativa, anoto que, nos termos da Súmula 444 do E. Superior Tribunal de Justiça, “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Por isso, observando as diretrizes dos artigos 59 e 60 do Código Penal, fixo a pena-base acima do mínimo legal em *01 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão e 30 (trinta) dias-multa*.

Na *segunda fase*, não há atenuantes. Incide, no entanto, a agravante genérica prevista no artigo 61, II, do Código Penal, conforme fundamentação no item 2.2.3.3. Aumento, pois, a pena em 1/6, fixando-a em *02 (dois) anos, 01 (mês) e 20 (vinte) dias de reclusão e 35 (trinta e cinco) dias-multa*.

Na *terceira fase*, inexistem causas de diminuição. Incide, no entanto, a incidência da regra prevista no artigo 71 do Código Penal entre as condutas descritas como “d” e “e”, porquanto os delitos foram praticados nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar e modo de execução. Impõe-se, assim, um aumento da pena de 1/6 (um sexto), o que resulta em *02 (dois) anos e 05 (cinco) meses e 28 (vinte e oito) dias de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa, a qual torno definitiva*.

f) uma conduta de falsidade ideológica de Distrato do contrato particular de compromisso de compra e venda de quotas de sociedade a prazo, datada de 10.06.2005:

Passo à análise das diretrizes apontadas no art. 59 do Código Penal.

Na *primeira fase de aplicação da pena*, no tocante à culpabilidade do acusado, entendida como a reprovabilidade da conduta típica e ilícita, verificou-se que foi *anormal* para o tipo, visto que o réu, ciente de sua condição de prefeito municipal de Paulínia, agente político e representante máximo, tinha o dever de agir com honestidade e retidão, ao invés de procurar, por meio dos mecanismos de falso, esconder movimentações financeiras e renda de origem não comprovada.

À minguia de elementos quanto à conduta social e à personalidade da agente, deixo de valorá-las. Nada a comentar sobre o comportamento da vítima. A fim de evitar *bis in idem*, deixo de valorar os motivos do delito neste momento da dosimetria, visto que serão apreciados na segunda fase.

Quanto às *circunstâncias*, extrapolam a normalidade, visto que se trata de atuação devidamente planejada que recaiu sobre transações comerciais e financeiras complexas, envolvendo terceiros e pessoas jurídicas diversas.

As *consequências* são *graves* visto que envolveram a simulação de negócios de elevados valores, no presente caso, mais três milhões de reais.

Embora o réu seja investigado em vários inquéritos policiais e ações penais e já tenha sido condenado em segunda instância por atos de improbidade administrativa, anoto que, nos termos da Súmula 444 do E. Superior Tribunal de Justiça, “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Por isso, observando as diretrizes dos artigos 59 e 60 do Código Penal, fixo a pena-base acima do mínimo legal em *01 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão e 30 (trinta) dias-multa*.

Na *segunda fase*, não há atenuantes. Incide, no entanto, a agravante genérica prevista

no artigo 61, II, do Código Penal, conforme fundamentação no item 2.2.3.3. Aumento, pois, a pena em 1/6, fixando-a em *02 (dois) anos, 01 (mês) e 20 (vinte) dias de reclusão e 35 (trinta e cinco) dias-multa*.

Na *terceira fase*, inexistem causas de diminuição e de aumento da pena. Fixo a pena definitiva em *02 (dois) anos, 01 (mês) e 20 (vinte) dias de reclusão e 35 (trinta e cinco) dias-multa*.

3.1.2 *Quadrilha ou bando*

Na *primeira fase de aplicação da pena*, no tocante à culpabilidade do acusado, entendida como a reprovabilidade da conduta típica e ilícita, verificou-se que foi anormal para o tipo, visto que o réu ciente de sua condição de prefeito municipal de Paulínia, agente político e representante máximo, tinha o dever de agir com honestidade e retidão, ao invés de se utilizar de sua influência política e econômica para se aliar a terceiros na promoção de delitos diversos.

À minguia de elementos quanto à conduta social e à personalidade da agente, deixo de valorá-las. Nada a comentar sobre o comportamento da vítima.

Os motivos da associação em quadrilha foram *anormais* à espécie, visto que, além do cometimento de delitos de sonegação fiscal e falsidade ideológica, objetivou-se ocultar o recebimento de valores de origem desconhecida e garantir a impunidade dos delitos cometidos.

Quanto às *circunstâncias*, extrapolam a normalidade, visto que restaram envolvidos sujeitos de elevado poder econômico e influência social, durante um período prolongado (2001 a 2005), com a utilização de terceiros alheios ao bando (funcionários, advogados) e de pessoas jurídicas diversas.

As *consequências* são graves para a sociedade, diante do prejuízo ao erário já identificado no caso das sonegações fiscais do réu e de suas empresas, apuradas em mais de trinta bilhões de reais, e do prejuízo à administração pública que representa o envolvimento de agentes públicos e empresários conceituados no cometimento de delitos.

Embora o réu seja investigado em vários inquéritos policiais e ações penais e já tenha sido condenado em segunda instância por atos de improbidade administrativa, anoto que, nos termos da Súmula 444 do E. Superior Tribunal de Justiça, “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Por isso, observando as diretrizes dos artigos 59 e 60 do Código Penal, fixo a pena-base acima do mínimo legal em *02 (dois) anos e 02 (dois) meses de reclusão*.

Na *segunda fase*, não há atenuantes. Incide, no entanto, a agravante genérica prevista no artigo 62, I, do Código Penal, uma vez que o réu organizou a cooperação no crime. Aumento, pois, a pena em 1/6, fixando-a em *02 (dois) anos, 06 (seis) meses e 10 (dez) dias de reclusão*.

Na *terceira fase*, inexistem causas de diminuição e aumento. Assim torno a pena definitiva *02 (dois) anos, 06 (seis) meses e 10 (dez) dias de reclusão*.

3.1.3. *Aplicação da regra do artigo 69 do Código Penal, aos crimes de falsidade ideológica e quadrilha ou bando:*

Inicialmente, consigno que o delito de quadrilha ou bando é crime formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado, ou seja, consuma-se no momento em que se concretiza a convergência de vontades, independentemente da realização ulterior do fim visado.

Em síntese, a consumação se verifica no momento em que ao menos três pessoas se associam para a prática de crimes, ainda que nenhum delito venha a ser efetivamente praticado.

Portanto, a associação criminosa é juridicamente independente dos delitos que venham a ser cometidos pelos agentes reunidos no agrupamento espúrio, e subsiste autonomamente.

Por este motivo, os membros que praticarem os crimes para cuja execução a quadrilha foi constituída, sujeitam-se, nos termos do artigo 69 do Código Penal, à regra do concurso material.

Desta feita, procedo à somatória das penas aplicadas, o que resulta na pena de *14 (quatorze) anos, 03 (três) meses e 14 (catorze) dias de reclusão e 190 (cento e noventa) dias-multa, a qual torno definitiva.*

Ante as informações constantes dos autos sobre as condições financeiras e econômicas do réu, fixo o valor do dia-multa em 5 (cinco) salários mínimos vigentes à época dos fatos, corrigidos pelos índices oficiais até o efetivo pagamento.

3.1.4. Regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade

Tendo em vista a quantidade de pena aplicada, fixo como regime inicial de cumprimento, o *FECHADO*, nos termos do artigo 33, § 2º, “a”, do Código Penal.

3.1.5. Pena substitutiva

Nos termos do artigo 44, I, do Código Penal, tendo em vista a quantidade da pena privativa de liberdade aplicada, mostra-se inaplicável a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

3.2 EDSON MOURA JÚNIOR

3.2.1 Falsidade Ideológica

a) uma conduta de falsidade ideológica de Instrumento particular de 9ª alteração e consolidação contratual da empresa 2M do Brasil Indústria e Comércio Ltda, datada de 30.12.2003, com registro na JUCESP em 22.10.2004:

Passo à análise das diretrizes apontadas no art. 59 do Código Penal.

Na *primeira fase de aplicação da pena*, no tocante à culpabilidade do acusado, entendida como a reprovabilidade da conduta típica e ilícita, verificou-se que foi *anormal* para o tipo, visto que o réu tinha ciência do papel de agente político de *EDSON MOURA*, prefeito municipal de Paulínia/SP, e que deveria agir com honestidade e retidão. Mesmo assim contribuiu deliberadamente para a criação de mecanismos de falso a fim de esconder movimentações financeiras e renda de origem não comprovada.

À míngua de elementos quanto à conduta social e à personalidade da agente, deixo de valorá-las. Nada a comentar sobre o comportamento da vítima. A fim de evitar *bis in idem*, deixo de valorar os motivos do delito neste momento da dosimetria, visto que serão apreciados na segunda fase.

Quanto às *circunstâncias*, extrapolam a normalidade, visto que se trata de atuação devidamente planejada que recaiu sobre transações comerciais e financeiras complexas, envolvendo terceiros e pessoas jurídicas diversas.

As *consequências* são graves visto que envolveram a simulação de negócios de elevados valores, no presente caso, mais três milhões de reais.

O réu não ostenta antecedentes criminais.

Por isso, observando as diretrizes dos artigos 59 e 60 do Código Penal, fixo a pena-base acima do mínimo legal em *01 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão e 30 (trinta) dias-multa.*

Na *segunda fase*, não há atenuantes. Incide, no entanto, a agravante genérica prevista no artigo 61, II, do Código Penal, conforme fundamentação no item 2.2.3.3. Aumento, pois, a pena em 1/6, fixando-a em *02 (dois) anos, 01 (mês) e 20 (vinte) dias de reclusão e 35 (trinta e cinco) dias-multa.*

Na *terceira fase*, inexistem causas de diminuição e de aumento da pena. Fixo a pena definitiva em *02 (dois) anos, 01 (mês) e 20 (vinte) dias de reclusão e 35 (trinta e cinco) dias-multa*.

b) três condutas de falsidade ideológica dos contratos de mútuo nos valores de R\$ 1.014.902,97; R\$ 1.112.573,01 e R\$ 1.056.083,78, datados de 07.10.2005:

Passo à análise das diretrizes apontadas no art. 59 do Código Penal.

Na *primeira fase de aplicação da pena*, no tocante à culpabilidade do acusado, entendida como a reprovabilidade da conduta típica e ilícita, verificou-se que foi *anormal* para o tipo, visto que o réu tinha ciência do papel de agente político de *EDSON MOURA*, prefeito municipal de Paulínia/SP, e que deveria agir com honestidade e retidão. Mesmo assim contribuiu deliberadamente para a criação de mecanismos de falso a fim de esconder movimentações financeiras e renda de origem não comprovada.

À minguia de elementos quanto à conduta social e à personalidade da agente, deixo de valorá-las. Nada a comentar sobre o comportamento da vítima. A fim de evitar *bis in idem*, deixo de valorar os motivos do delito neste momento da dosimetria, visto que serão apreciados na segunda fase.

Quanto às *circunstâncias*, extrapolam a normalidade, visto que se trata de atuação devidamente planejada que recaiu sobre transações comerciais e financeiras complexas, envolvendo terceiros e pessoas jurídicas diversas.

As *consequências* são *graves* visto que envolveram a simulação de negócios de elevados valores, no presente caso, mais de três milhões de reais.

O réu não ostenta antecedentes criminais.

Por isso, observando as diretrizes dos artigos 59 e 60 do Código Penal, fixo a pena-base acima do mínimo legal em *01 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão e 30 (trinta) dias-multa*.

Na *segunda fase*, não há atenuantes. Incide, no entanto, a agravante genérica prevista no artigo 61, II, do Código Penal, conforme fundamentação no item 2.2.3.3. Aumento, pois, a pena em 1/6, fixando-a em *02 (dois) anos, 01 (mês) e 20 (vinte) dias de reclusão e 35 (trinta e cinco) dias-multa*.

Na *terceira fase*, inexistem causas de diminuição. Incide, no entanto, a regra prevista no artigo 71 do Código Penal, porquanto os delitos foram praticados em nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar e modo de execução. Impõe-se, assim, um aumento da pena de 1/6 (um sexto), o que resulta em *02 (dois) anos e 05 (cinco) meses e 28 (vinte e oito) dias de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa*, a qual torno definitiva.

3.2.2 Quadrilha ou bando

Na *primeira fase de aplicação da pena*, no tocante à culpabilidade do acusado, entendida como a reprovabilidade da conduta típica e ilícita, verificou-se que foi *anormal* para o tipo, visto que o réu tinha ciência do papel de agente político de *EDSON MOURA*, prefeito municipal de Paulínia/SP, e que deveria agir com honestidade e retidão. Mesmo assim contribuiu deliberadamente para a criação de mecanismos de falso a fim de esconder movimentações financeiras e renda de origem não comprovada

À minguia de elementos quanto à conduta social e à personalidade da agente, deixo de valorá-las. Nada a comentar sobre o comportamento da vítima.

Os motivos da associação em quadrilha foram anormais à espécie, visto que, além do cometimento de delitos de sonegação fiscal e falsidade ideológica, objetivou-se ocultar o recebimento de valores de origem desconhecida e garantir a impunidade dos delitos cometidos.

Quanto às *circunstâncias*, extrapolam a normalidade, visto que restaram envolvidos sujeitos de elevado poder econômico e influência social, durante um período prolongado (2001 a 2005), com a utilização de terceiros alheios ao bando (funcionários, advogados) e de pessoas jurídicas diversas.

As *consequências* são graves para a sociedade, diante do prejuízo ao erário já identificado no caso das sonegações fiscais do réu, de seu pai e de suas empresas, apuradas em mais de trinta bilhões de reais, e do prejuízo à administração pública que representa o envolvimento de agentes públicos e empresários conceituados no cometimento de delitos.

O réu não ostenta antecedentes criminais.

Por isso, observando as diretrizes dos artigos 59 e 60 do Código Penal, fixo a pena-base acima do mínimo legal em *02 (dois) anos e 02 (dois) meses de reclusão*.

Na *segunda fase*, não há atenuantes nem agravantes, assim, mantenho a pena em *02 (dois) anos e 02 (dois) meses de reclusão*.

Na *terceira fase*, inexistem causas de diminuição e aumento. Assim torno a pena definitiva *02 (dois) anos e 02 (dois) meses de reclusão*.

3.2.3. Aplicação da regra do artigo 69 do Código Penal aos crimes de Falsidade Ideológica ou Quadrilha ou Bando:

Inicialmente, consigno que o delito de quadrilha ou bando é crime formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado, ou seja, consuma-se no momento em que se concretiza a convergência de vontades, independentemente da realização ulterior do fim visado.

Em síntese, a consumação se verifica no momento em que ao menos três pessoas se associam para a prática de crimes, ainda que nenhum delito venha a ser efetivamente praticado.

Portanto, a associação criminosa é juridicamente independente dos delitos que venham a ser cometidos pelos agentes reunidos no agrupamento espúrio, e subsiste autonomamente.

Por este motivo, os membros que praticarem os crimes para cuja execução a quadrilha foi constituída, sujeitam-se, nos termos do artigo 69 do Código Penal, à regra do concurso material.

Desta feita, procedo à somatória das penas aplicadas, o que resulta na pena de *06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão e 75 (setenta e cinco) dias-multa, a qual torno definitiva*.

Ante as informações constantes dos autos sobre as condições financeiras e econômicas do réu, fixo o valor do dia-multa em 5 (cinco) salários mínimos vigentes à época dos fatos, corrigidos pelos índices oficiais até o efetivo pagamento.

3.2.4. Regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade

Ante a quantidade de pena aplicada, fixo como regime inicial de cumprimento o *SEMIA-BERTO*, nos termos do artigo 33, § 2º, “b”, e § 3º, do Código Penal, por considerá-lo o mais adequado à finalidade de prevenção e reeducação da pena.

3.2.5. Pena substitutiva

Nos termos do artigo 44, I, do Código Penal, tendo em vista a quantidade da pena privativa de liberdade aplicada, mostra-se inaplicável a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

3.3 CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA

3.3.1 Falsidade Ideológica

a) uma conduta de falsidade ideológica de contrato particular de compromisso de

compra e venda de quotas de sociedade a prazo, datada de 15.09.2003, em continuidade delitiva com b) uma conduta de falsidade ideológica de Instrumento particular de 9ª alteração e consolidação contratual da empresa 2M do Brasil Indústria e Comércio Ltda, datada de 30.12.2003, com registro na JUCESP em 22.10.2004:

Passo à análise das diretrizes apontadas no art. 59 do Código Penal.

Na *primeira fase de aplicação da pena*, no tocante à culpabilidade do acusado, entendida como a reprovabilidade da conduta típica e ilícita, verificou-se que foi *anormal* para o tipo, visto que o réu, empresário, tinha ciência do papel de agente político de *EDSON MOU-RA*, prefeito municipal de Paulínia/SP, e que deveria agir com honestidade e retidão. Mesmo assim contribuiu deliberadamente para a criação de mecanismos de falso a fim de esconder movimentações financeiras e renda de origem não comprovada.

À minguia de elementos quanto à conduta social e à personalidade da agente, deixo de valorá-las. Nada a comentar sobre o comportamento da vítima. A fim de evitar *bis in idem*, deixo de valorar os motivos do delito neste momento da dosimetria, visto que serão apreciados na segunda fase.

Quanto às *circunstâncias*, extrapolam a normalidade, visto que se trata de atuação devidamente planejada que recaiu sobre transações comerciais e financeiras complexas, envolvendo terceiros e pessoas jurídicas diversas, além de registro público.

As *consequências* são *graves* visto que envolveram a simulação de negócios de elevados valores, no presente caso, mais três milhões de reais.

O réu não ostenta antecedentes criminais.

Por isso, observando as diretrizes dos artigos 59 e 60 do Código Penal, fixo a pena-base acima do mínimo legal em *01 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão e 30 (trinta) dias-multa*.

Na *segunda fase*, não há atenuantes. Incide, no entanto, a agravante genérica prevista no artigo 61, II, do Código Penal, conforme fundamentação no item 2.2.3.3. Aumento, pois, a pena em 1/6, fixando-a em *02 (dois) anos, 01 (mês) e 20 (vinte) dias de reclusão e 35 (trinta e cinco) dias-multa*.

Na *terceira fase*, inexistem causas de diminuição. Incide, no entanto, a incidência da regra prevista no artigo 71 do Código Penal entre as condutas descritas como “a” e “b”, porquanto os delitos foram praticados nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar e modo de execução. Impõe-se, assim, um aumento da pena de 1/6 (um sexto), o que resulta em *02 (dois) anos e 05 (cinco) meses e 28 (vinte e oito) dias de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa, a qual torno definitiva*.

c) uma conduta de falsidade ideológica de Distrato do contrato particular de compromisso de compra e venda de quotas de sociedade a prazo, datada de 10.06.2005:

Passo à análise das diretrizes apontadas no art. 59 do Código Penal.

Na *primeira fase de aplicação da pena*, no tocante à culpabilidade do acusado, entendida como a reprovabilidade da conduta típica e ilícita, verificou-se que foi *anormal* para o tipo, visto que o réu, empresário, tinha ciência do papel de agente político de *EDSON MOU-RA*, prefeito municipal de Paulínia/SP, e que deveria agir com honestidade e retidão. Mesmo assim contribuiu deliberadamente para a criação de mecanismos de falso a fim de esconder movimentações financeiras e renda de origem não comprovada.

À minguia de elementos quanto à conduta social e à personalidade da agente, deixo de valorá-las. Nada a comentar sobre o comportamento da vítima. A fim de evitar *bis in idem*, deixo de valorar os motivos do delito neste momento da dosimetria, visto que serão apreciados

na segunda fase.

Quanto às *circunstâncias*, extrapolam a normalidade, visto que se trata de atuação devidamente planejada que recaiu sobre transações comerciais e financeiras complexas, envolvendo terceiros e pessoas jurídicas diversas.

As *consequências* são *graves* visto que envolveram a simulação de negócios de elevados valores, no presente caso, mais três milhões de reais.

O réu não ostenta antecedentes criminais.

Por isso, observando as diretrizes dos artigos 59 e 60 do Código Penal, fixo a pena-base acima do mínimo legal em *01 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão e 30 (trinta) dias-multa*.

Na *segunda fase*, não há atenuantes. Incide, no entanto, a agravante genérica prevista no artigo 61, II, do Código Penal, conforme fundamentação no item 2.2.3.3. Aumento, pois, a pena em 1/6, fixando-a em *02 (dois) anos, 01 (mês) e 20 (vinte) dias de reclusão e 35 (trinta e cinco) dias-multa*.

Na *terceira fase*, inexistem causas de diminuição e de aumento da pena. Fixo a pena definitiva em *02 (dois) anos, 01 (mês) e 20 (vinte) dias de reclusão e 35 (trinta e cinco) dias-multa*.

3.3.2 Quadrilha ou bando

Na *primeira fase de aplicação da pena*, no tocante à culpabilidade do acusado, entendida como a reprovabilidade da conduta típica e ilícita, verificou-se que foi anormal para o tipo, visto que o réu, empresário, tinha ciência do papel de agente político de *EDSON MOURA*, prefeito municipal de Paulínia/SP, e que deveria agir com honestidade e retidão. Mesmo assim contribuiu deliberadamente para a criação de mecanismos de falso a fim de esconder movimentações financeiras e renda de origem não comprovada

À míngua de elementos quanto à conduta social e à personalidade da agente, deixo de valorá-las. Nada a comentar sobre o comportamento da vítima.

Os motivos da associação em quadrilha foram *anormais* à espécie, visto que, além do cometimento de delitos de sonegação fiscal e falsidade ideológica, objetivou-se ocultar o recebimento de valores de origem desconhecida e garantir a impunidade dos delitos cometidos.

Quanto às *circunstâncias*, extrapolam a normalidade, visto que restaram envolvidos sujeitos de elevado poder econômico e influência social, durante um período prolongado (2001 a 2005), com a utilização de terceiros alheios ao bando (funcionários, advogados) e de pessoas jurídicas diversas.

As *consequências* são graves para a sociedade, diante do prejuízo ao erário já identificado no caso das sonegações fiscais do líder do grupo, *EDSON MOURA*, e de suas empresas, apuradas em mais de trinta bilhões de reais, e do prejuízo à administração pública que representa o envolvimento de agentes públicos e empresários conceituados no cometimento de delitos.

O réu não ostenta antecedentes criminais.

Por isso, observando as diretrizes dos artigos 59 e 60 do Código Penal, fixo a pena-base acima do mínimo legal em *02 (dois) anos e 02 (dois) meses de reclusão*.

Na *segunda fase*, não há atenuantes nem agravantes, assim, mantenho a pena em *02 (dois) anos e 02 (dois) meses de reclusão*.

Na *terceira fase*, inexistem causas de diminuição e aumento. Assim torno a pena definitiva *02 (dois) anos e 02 (dois) meses de reclusão*.

3.3.3 Aplicação da regra do artigo 69 do Código Penal aos crimes de Falsidade Ideológica ou Quadrilha ou Bando:

Inicialmente, consigno que o delito de quadrilha ou bando é crime formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado, ou seja, consuma-se no momento em que se concretiza a convergência de vontades, independentemente da realização ulterior do fim visado.

Em síntese, a consumação se verifica no momento em que ao menos três pessoas se associam para a prática de crimes, ainda que nenhum delito venha a ser efetivamente praticado.

Portanto, a associação criminosa é juridicamente independente dos delitos que venham a ser cometidos pelos agentes reunidos no agrupamento espúrio, e subsiste autonomamente.

Por este motivo, os membros que praticarem os crimes para cuja execução a quadrilha foi constituída, sujeitam-se, nos termos do artigo 69 do Código Penal, à regra do concurso material.

Desta feita, procedo à somatória das penas aplicadas, o que resulta na pena de *06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão e 75 (setenta e cinco) dias-multa, a qual torno definitiva*.

Ante as informações constantes dos autos sobre as condições financeiras e econômicas do réu, fixo o valor do dia-multa em 5 (cinco) salários mínimos vigentes à época dos fatos, corrigidos pelos índices oficiais até o efetivo pagamento.

3.3.4. Regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade

Ante a quantidade de pena aplicada, fixo como regime inicial de cumprimento o *SEMIA-BERTO*, nos termos do artigo 33, § 2º, “b”, e § 3º, do Código Penal, por considerá-lo o mais adequado à finalidade de prevenção e reeducação da pena.

3.3.5. Pena substitutiva

Nos termos do artigo 44, I, do Código Penal, tendo em vista a quantidade da pena privativa de liberdade aplicada, mostra-se inaplicável a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

3.3 ERNESTO DONIZETE MODA

3.3.1 Falsidade Ideológica

a) três condutas de falsidade ideológica dos contratos de mútuo de R\$ 700 mil reais entre Edimon Ltda e Sauro Brasileira de Petróleo, datados de 20.03.2003; 24.07.2003 e 15.10.2003:

Passo à análise das diretrizes apontadas no art. 59 do Código Penal.

Na *primeira fase de aplicação da pena*, no tocante à culpabilidade do acusado, entendida como a reprovabilidade da conduta típica e ilícita, verificou-se que foi *anormal* para o tipo, visto que o réu, empresário, tinha ciência do papel de agente político de *EDSON MOURA*, prefeito municipal de Paulínia/SP, e que deveria agir com honestidade e retidão. Mesmo assim contribuiu deliberadamente para a criação de mecanismos de falso a fim de esconder movimentações financeiras e renda de origem não comprovada.

À minguia de elementos quanto à conduta social e à personalidade da agente, deixo de valorá-las. Nada a comentar sobre o comportamento da vítima. A fim de evitar *bis in idem*, deixo de valorar os motivos do delito neste momento da dosimetria, visto que serão apreciados na segunda fase.

Quanto às *circunstâncias*, extrapolam a normalidade, visto que se trata de atuação devidamente planejada que recaiu sobre transações comerciais e financeiras complexas, envolvendo terceiros e pessoas jurídicas diversas.

As *consequências* são *graves* visto que envolveram a simulação de negócios de elevados valores, no presente caso, mais de dois milhões de reais.

O réu não ostenta antecedentes criminais.

Por isso, observando as diretrizes dos artigos 59 e 60 do Código Penal, fixo a pena-base acima do mínimo legal em *01 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão e 30 (trinta) dias-multa*.

Na *segunda fase*, não há atenuantes. Incide, no entanto, a agravante genérica prevista no artigo 61, II, do Código Penal, conforme fundamentação no item 2.2.3.3. Aumento, pois, a pena em 1/6, fixando-a em *02 (dois) anos, 01 (mês) e 20 (vinte) dias de reclusão e 35 (trinta e cinco) dias-multa*.

Na *terceira fase*, inexistem causas de diminuição. Incide, no entanto, a regra prevista no artigo 71 do Código Penal, porquanto os delitos foram praticados em nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar e modo de execução. Impõe-se, assim, um aumento da pena de 1/6 (um sexto), o que resulta em *02 (dois) anos e 05 (cinco) meses e 28 (vinte e oito) dias de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa*, a qual torno definitiva.

b) três condutas de falsidade ideológica dos contratos de mútuo nos valores de R\$ 1.014.902,97; R\$ 1.112.573,01 e R\$ 1.056.083,78, entre Edimon Ltda e Sauro Brasileira de Petróleo, datados de 07.10.2005:

Passo à análise das diretrizes apontadas no art. 59 do Código Penal.

Na *primeira fase de aplicação da pena*, no tocante à culpabilidade do acusado, entendida como a reprovabilidade da conduta típica e ilícita, verificou-se que foi *anormal* para o tipo, visto que o réu, empresário, tinha ciência do papel de agente político de *EDSON MOURA*, prefeito municipal de Paulínia/SP, e que deveria agir com honestidade e retidão. Mesmo assim contribuiu deliberadamente para a criação de mecanismos de falso a fim de esconder movimentações financeiras e renda de origem não comprovada.

À míngua de elementos quanto à conduta social e à personalidade da agente, deixo de valorá-las. Nada a comentar sobre o comportamento da vítima. A fim de evitar *bis in idem*, deixo de valorar os motivos do delito neste momento da dosimetria, visto que serão apreciados na segunda fase.

Quanto às *circunstâncias*, extrapolam a normalidade, visto que se trata de atuação devidamente planejada que recaiu sobre transações comerciais e financeiras complexas, envolvendo terceiros e pessoas jurídicas diversas.

As *consequências* são *graves* visto que envolveram a simulação de negócios de elevados valores, no presente caso, mais de três milhões de reais.

O réu não ostenta antecedentes criminais.

Por isso, observando as diretrizes dos artigos 59 e 60 do Código Penal, fixo a pena-base acima do mínimo legal em *01 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão e 30 (trinta) dias-multa*.

Na *segunda fase*, não há atenuantes. Incide, no entanto, a agravante genérica prevista no artigo 61, II, do Código Penal, conforme fundamentação no item 2.2.3.3. Aumento, pois, a pena em 1/6, fixando-a em *02 (dois) anos, 01 (mês) e 20 (vinte) dias de reclusão e 35 (trinta e cinco) dias-multa*.

Na *terceira fase*, inexistem causas de diminuição. Incide, no entanto, a regra prevista no artigo 71 do Código Penal, porquanto os delitos foram praticados em nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar e modo de execução. Impõe-se, assim, um aumento da pena de 1/6 (um sexto), o que resulta em *02 (dois) anos e 05 (cinco) meses e 28 (vinte e oito) dias de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa*, a qual torno definitiva.

c) uma conduta de falsidade ideológica do contrato de mútuo no valor de R\$ 3.500.000,00

(três milhões e quinhentos mil reais), entre ERNESTO DONIZETE MODA e Sauro Brasileira de Petróleo, datado de 03.05.2005:

Passo à análise das diretrizes apontadas no art. 59 do Código Penal.

Na *primeira fase de aplicação da pena*, no tocante à culpabilidade do acusado, entendida como a reprovabilidade da conduta típica e ilícita, verificou-se que foi *anormal* para o tipo, visto que o réu, empresário, tinha ciência do papel de agente político de EDSON MOURA, prefeito municipal de Paulínia/SP, e que deveria agir com honestidade e retidão. Mesmo assim contribuiu deliberadamente para a criação de mecanismos de falso a fim de esconder movimentações financeiras e renda de origem não comprovada.

À minguia de elementos quanto à conduta social e à personalidade da agente, deixo de valorá-las. Nada a comentar sobre o comportamento da vítima. A fim de evitar *bis in idem*, deixo de valorar os motivos do delito neste momento da dosimetria, visto que serão apreciados na segunda fase.

Quanto às *circunstâncias*, extrapolam a normalidade, visto que se trata de atuação devidamente planejada que recaiu sobre transações comerciais e financeiras complexas, envolvendo terceiros, pessoas jurídicas diversas e declarações falsas prestadas à autoridade policial.

As *consequências* são *graves* visto que envolveram a simulação de negócios de elevados valores, no presente caso, mais três milhões de reais.

O réu não ostenta antecedentes criminais.

Por isso, observando as diretrizes dos artigos 59 e 60 do Código Penal, fixo a pena-base acima do mínimo legal em *01 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão e 30 (trinta) dias-multa*.

Na *segunda fase*, não há atenuantes. Incide, no entanto, a agravante genérica prevista no artigo 61, II, do Código Penal, conforme fundamentação no item 2.2.3.3. Aumento, pois, a pena em 1/6, fixando-a em *02 (dois) anos, 01 (mês) e 20 (vinte) dias de reclusão e 35 (trinta e cinco) dias-multa*.

Na *terceira fase*, inexistem causas de diminuição e de aumento da pena. Fixo a pena definitiva em *02 (dois) anos, 01 (mês) e 20 (vinte) dias de reclusão e 35 (trinta e cinco) dias-multa*.

3.3.2 *Quadrilha ou bando*

Na *primeira fase de aplicação da pena*, no tocante à culpabilidade do acusado, entendida como a reprovabilidade da conduta típica e ilícita, verificou-se que foi *anormal* para o tipo, visto que o réu, empresário, tinha ciência do papel de agente político de EDSON MOURA, prefeito municipal de Paulínia/SP, e que deveria agir com honestidade e retidão. Mesmo assim contribuiu deliberadamente para a criação de mecanismos de falso a fim de esconder movimentações financeiras e renda de origem não comprovada.

À minguia de elementos quanto à conduta social e à personalidade da agente, deixo de valorá-las. Nada a comentar sobre o comportamento da vítima.

Os motivos da associação em quadrilha foram *anormais* à espécie, visto que, além do cometimento de delitos de sonegação fiscal e falsidade ideológica, objetivou-se ocultar o recebimento de valores de origem desconhecida e garantir a impunidade dos delitos cometidos.

Quanto às *circunstâncias*, extrapolam a normalidade, visto que restaram envolvidos sujeitos de elevado poder econômico e influência social, durante um período prolongado (2001 a 2005), com a utilização de terceiros alheios ao bando (funcionários, advogados) e de pessoas jurídicas diversas.

As *consequências* são graves para a sociedade, diante do prejuízo ao erário já identificado

no caso das sonegações fiscais do líder do grupo, *EDSON MOURA*, e de suas empresas, apuradas em mais de trinta bilhões de reais, e do prejuízo à administração pública que representa o envolvimento de agentes públicos e empresários conceituados no cometimento de delitos.

O réu não ostenta antecedentes criminais.

Por isso, observando as diretrizes dos artigos 59 e 60 do Código Penal, fixo a pena-base acima do mínimo legal em *02 (dois) anos e 02 (dois) meses de reclusão*.

Na *segunda fase*, não há atenuantes nem agravantes, assim, mantenho a pena em *02 (dois) anos e 02 (dois) meses de reclusão*.

Na *terceira fase*, inexistem causas de diminuição e aumento. Assim torno a pena definitiva *02 (dois) anos e 02 (dois) meses de reclusão*.

3.3.3 Aplicação da regra do artigo 69 do Código Penal aos crimes de Falsidade Ideológica ou Quadrilha ou Bando:

Inicialmente, consigno que o delito de quadrilha ou bando é crime formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado, ou seja, consoma-se no momento em que se concretiza a convergência de vontades, independentemente da realização ulterior do fim visado.

Em síntese, a consumação se verifica no momento em que ao menos três pessoas se associam para a prática de crimes, ainda que nenhum delito venha a ser efetivamente praticado.

Portanto, a associação criminosa é juridicamente independente dos delitos que venham a ser cometidos pelos agentes reunidos no agrupamento espúrio, e subsiste autonomamente.

Por este motivo, os membros que praticarem os crimes para cuja execução a quadrilha foi constituída, sujeitam-se, nos termos do artigo 69 do Código Penal, à regra do concurso material.

Desta feita, procedo à somatória das penas aplicadas, o que resulta na pena de *09 (nove) anos, 03 (três) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão e 115 (cento e quinze) dias-multa, a qual torno definitiva*.

Ante as informações constantes dos autos sobre as condições financeiras e econômicas do réu, fixo o valor do dia-multa em 5 (cinco) salários mínimos vigentes à época dos fatos, corrigidos pelos índices oficiais até o efetivo pagamento.

3.3.4. Regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade

Tendo em vista a quantidade de pena aplicada, fixo como regime inicial de cumprimento, o *FECHADO*, nos termos do artigo 33, § 2º, “a”, do Código Penal.

3.3.5. Pena substitutiva

Nos termos do artigo 44, I, do Código Penal, tendo em vista a quantidade da pena privativa de liberdade aplicada, mostra-se inaplicável a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

3.4 ARTHUR AUGUSTO CAMPOS FREIRE

3.4.1 Falsidade Ideológica

a) três condutas de falsidade ideológica de instrumentos particulares de recibo, datadas de 07.01.2005; 28.01.2005 e 07.02.2005, realizadas por ARTHUR AUGUSTO CAMPOS FREIRE:

Passo à análise das diretrizes apontadas no art. 59 do Código Penal.

Na *primeira fase de aplicação da pena*, no tocante à culpabilidade do acusado, entendida como a reprovabilidade da conduta típica e ilícita, verificou-se que foi *anormal* para o tipo, visto que o réu, funcionário de confiança, tinha ciência do papel de agente político de *EDSON*

MOURA, prefeito municipal de Paulínia/SP, e que deveria agir com honestidade e retidão. Mesmo assim contribuiu deliberadamente para a criação de mecanismos de falso a fim de esconder movimentações financeiras e renda de origem não comprovada.

À míngua de elementos quanto à conduta social e à personalidade da agente, deixo de valorá-las. Nada a comentar sobre o comportamento da vítima. A fim de evitar *bis in idem*, deixo de valorar os motivos do delito neste momento da dosimetria, visto que serão apreciados na segunda fase.

Quanto às *circunstâncias*, extrapolam a normalidade, visto que se trata de atuação devidamente planejada que recaiu sobre transações comerciais e financeiras complexas, envolvendo terceiros e pessoas jurídicas diversas.

As *consequências* são *graves* visto que envolveram a simulação de negócios de elevados valores, no presente caso, mais de três milhões de reais.

Embora haja outros apontamentos nas folhas de antecedentes do réu, anoto que, nos termos da Súmula 444 do E. Superior Tribunal de Justiça, “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Por isso, observando as diretrizes dos artigos 59 e 60 do Código Penal, fixo a pena-base acima do mínimo legal em *01 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão e 30 (trinta) dias-multa*.

Na *segunda fase*, não há atenuantes. Incide, no entanto, a agravante genérica prevista no artigo 61, II, do Código Penal, conforme fundamentação no item 2.2.3.3. Aumento, pois, a pena em 1/6, fixando-a em *02 (dois) anos, 01 (mês) e 20 (vinte) dias de reclusão e 35 (trinta e cinco) dias-multa*.

Na *terceira fase*, inexistem causas de diminuição. Incide, no entanto, a regra prevista no artigo 71 do Código Penal, porquanto os delitos foram praticados em nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar e modo de execução. Impõe-se, assim, um aumento da pena de 1/6 (um sexto), o que resulta em *02 (dois) anos e 05 (cinco) meses e 28 (vinte e oito) dias de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa*, a qual torno definitiva.

3.4.2 *Quadrilha ou bando*

Na *primeira fase de aplicação da pena*, no tocante à culpabilidade do acusado, entendida como a reprovabilidade da conduta típica e ilícita, verificou-se que foi anormal para o tipo, visto que o réu, funcionário de confiança, tinha ciência do papel de agente político de *EDSON MOURA*, prefeito municipal de Paulínia/SP, e que deveria agir com honestidade e retidão. Mesmo assim contribuiu deliberadamente para a criação de mecanismos de falso a fim de esconder movimentações financeiras e renda de origem não comprovada.

À míngua de elementos quanto à conduta social e à personalidade da agente, deixo de valorá-las. Nada a comentar sobre o comportamento da vítima.

Os motivos da associação em quadrilha foram *anormais* à espécie, visto que, além do cometimento de delitos de sonegação fiscal e falsidade ideológica, objetivou-se ocultar o recebimento de valores de origem desconhecida e garantir a impunidade dos delitos cometidos.

Quanto às *circunstâncias*, extrapolam a normalidade, visto que restaram envolvidos sujeitos de elevado poder econômico e influência social, durante um período prolongado (2001 a 2005), com a utilização de terceiros alheios ao bando (funcionários, advogados) e de pessoas jurídicas diversas.

As *consequências* são *graves* para a sociedade, diante do prejuízo ao erário já identificado no caso das sonegações fiscais do líder do grupo, *EDSON MOURA*, e de suas empresas, apuradas em mais de trinta bilhões de reais, e do prejuízo à administração pública que representa

o envolvimento de agentes públicos e empresários conceituados no cometimento de delitos.

O réu não ostenta antecedentes criminais.

Por isso, observando as diretrizes dos artigos 59 e 60 do Código Penal, fixo a pena-base acima do mínimo legal em *02 (dois) anos e 02 (dois) meses de reclusão*.

Na *segunda fase*, não há atenuantes nem agravantes, assim, mantenho a pena em *02 (dois) anos e 02 (dois) meses de reclusão*.

Na *terceira fase*, inexistem causas de diminuição e aumento. Assim torno a pena definitiva *02 (dois) anos e 02 (dois) meses de reclusão*.

3.4.3 Aplicação da regra do artigo 69 do Código Penal aos crimes de Falsidade Ideológica ou Quadrilha ou Bando:

Inicialmente, consigno que o delito de quadrilha ou bando é crime formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado, ou seja, consuma-se no momento em que se concretiza a convergência de vontades, independentemente da realização ulterior do fim visado.

Em síntese, a consumação se verifica no momento em que ao menos três pessoas se associam para a prática de crimes, ainda que nenhum delito venha a ser efetivamente praticado.

Portanto, a associação criminosa é juridicamente independente dos delitos que venham a ser cometidos pelos agentes reunidos no agrupamento espúrio, e subsiste autonomamente.

Por este motivo, os membros que praticarem os crimes para cuja execução a quadrilha foi constituída, sujeitam-se, nos termos do artigo 69 do Código Penal, à regra do concurso material.

Desta feita, procedo à somatória das penas aplicadas, o que resulta na pena de *04 (quatro) anos, 07 (sete) meses e 28 (vinte e oito) dias de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa, a qual torno definitiva*.

Ante as informações constantes dos autos sobre as condições financeiras e econômicas do réu, fixo o valor do dia-multa em 5 (cinco) salários mínimos vigente à época dos fatos, corrigidos pelos índices oficiais até o efetivo pagamento.

3.4.4. Regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade

Ante a quantidade de pena aplicada, fixo como regime inicial de cumprimento o *SEMIA-BERTO*, nos termos do artigo 33, § 2º, “b”, e § 3º, do Código Penal, por considerá-lo o mais adequado à finalidade de prevenção e reeducação da pena.

3.4.5. Pena substitutiva

Nos termos do artigo 44, I, do Código Penal, tendo em vista a quantidade da pena privativa de liberdade aplicada, mostra-se inaplicável a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

4. Dispositivo

Diante do exposto, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** a pretensão punitiva estatal para:

a) **RECONHECER A EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE** do réu **JOSÉ CARLOS BUENO DE QUEIROZ DOS SANTOS**, já qualificado, em relação ao delito do artigo 1º, incisos I e II, da Lei 8.137/90, com base no artigo 69 da Lei 11.941/09.

b) **RECONHECER A EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE** do réu **EDSON MOURA**, já qualificado, em relação ao delito do artigo 1º, incisos I e II, da Lei 8.137/90, com base no artigo 69 da Lei 11.941/09.

c) **condenar o réu EDSON MOURA**, já qualificado, como incurso nas sanções do artigo

288 do código Penal, c.c. art. 62, I, do CP; e nas sanções do artigo 299 do Código Penal, c.c. art. artigo 61, II, do Código Penal, por três vezes, na forma do artigo 71 do CP; do artigo 299, c.c. art. artigo 61, II, do Código Penal, por três vezes, na forma do artigo 71 do CP; do artigo 299 do CP, c.c. art. artigo 61, II, do Código Penal; do artigo 299 do CP, c.c. art. artigo 61, II, do Código Penal, por duas vezes, na forma do artigo 71 do CP; do artigo 299 do CP, c.c. art. artigo 61, II, do Código Penal, todos na forma do artigo 69 do Código Penal. Fixo a pena privativa de liberdade em *14 (quatorze) anos, 03 (três) meses e 14 (catorze) dias de reclusão*, a ser cumprida desde o início no regime *FECHADO*, e *190 (cento e noventa) dias-multa*. Fixo o valor do dia-multa em 5 (cinco) salários mínimos vigentes à época dos fatos, devidamente corrigidos até o efetivo pagamento.

d) *condenar o réu EDSON MOURA JÚNIOR*, já qualificado, como incurso nas sanções do artigo 288 do código Penal; e nas sanções do artigo 299 do Código Penal, c.c. art. artigo 61, II, do Código Penal; do artigo 299 do CP, c.c. art. artigo 61, II, do Código Penal, por três vezes, na forma do artigo 71 do CP; todos na forma do artigo 69 do Código Penal. Fixo a pena privativa de liberdade em *06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão*, a ser cumprida desde o início no regime *SEMIABERTO*, e *75 (setenta e cinco) dias-multa*. Fixo o valor do dia-multa em 5 (cinco) salários mínimos vigentes à época dos fatos, devidamente corrigidos até o efetivo pagamento.

e) *condenar o réu CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOZA*, já qualificado, como incurso nas sanções do artigo 288 do código Penal; e nas sanções do artigo 299 do Código Penal, c.c. art. artigo 61, II, do Código Penal, por duas vezes, na forma do artigo 71 do CP; do artigo 299 do Código Penal, c.c. art. artigo 61, II, do Código Penal; todos na forma do artigo 69 do Código Penal. Fixo a pena privativa de liberdade em *06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão*, a ser cumprida desde o início no regime *SEMIABERTO*, e *75 (setenta e cinco) dias-multa*. Fixo o valor do dia-multa em 5 (cinco) salários mínimos vigentes à época dos fatos, devidamente corrigidos até o efetivo pagamento.

e) *condenar o réu ERNESTO DONIZETE MODA*, já qualificado, como incurso nas sanções do artigo 288 do código Penal; e nas sanções do artigo 299 do Código Penal, c.c. art. artigo 61, II, do Código Penal, por três vezes, na forma do artigo 71 do CP; do artigo 299, c.c. art. artigo 61, II, do Código Penal, por três vezes, na forma do artigo 71 do CP; do artigo 299 do CP, c.c. art. artigo 61, II, do Código Penal; todos na forma do artigo 69 do Código Penal. Fixo a pena privativa de liberdade em *09 (nove) anos, 03 (três) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão*, a ser cumprida desde o início no regime *FECHADO*, e *115 (cento e quinze) dias-multa*. Fixo o valor do dia-multa em 5 (cinco) salários mínimos vigentes à época dos fatos, devidamente corrigidos até o efetivo pagamento.

e) *condenar o réu ARTHUR AUGUSTO CAMPOS FREIRE*, já qualificado, como incurso nas sanções do artigo 288 do código Penal; e nas sanções do artigo 299 do Código Penal, c.c. art. artigo 61, II, do Código Penal, por três vezes, na forma do artigo 71 do CP; todos na forma do artigo 69 do Código Penal. Fixo a pena privativa de liberdade em *04 (quatro) anos, 07 (sete) meses e 28 (vinte e oito) dias de reclusão*, a ser cumprida desde o início no regime *SEMIABERTO*, e *40 (quarenta) dias-multa*. Fixo o valor do dia-multa em 5 (cinco) salários mínimos vigentes à época dos fatos, devidamente corrigidos até o efetivo pagamento.

4.1 Custas processuais

Os réus deverão arcar com o pagamento das custas processuais.

4.2. Direito de apelar em liberdade

Nos termos previstos no artigo 387 do Código de Processo Penal, os réus poderão ape-

lar em liberdade, uma vez que não estão presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, preponderando o princípio da presunção da inocência (artigo 5º, LVII, da Constituição da República).

4.3. Reparação de dano

Em que pese a regra expressa do art. 387, inciso IV, do CPP, deixo de fixar valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, porquanto a pessoa jurídica lesada já está executando judicialmente seu crédito. Eventual fixação de indenização no corpo desta sentença significaria admitir a dupla cobrança, o que é vedado pelo ordenamento jurídico.

4.4 Deliberações finais

Proceda-se à correção do nome do acusado *ARTHUR AUGUSTO CAMPOS FREIRE*, na autuação.

Transitada em julgado, a Secretaria deverá inserir os nomes dos sentenciados no rol dos culpados e oficiar ao E. TRE para os fins do art. 15, III, da CF/88.

Após o trânsito em julgado, oficie-se ainda ao departamento competente para fins de estatísticas e antecedentes criminais, e remetam-se os autos ao SEDI para as devidas anotações.

Publique-se, registre-se e intimem-se.

Campinas (SP), 03 de outubro de 2017.

Juíza Federal VALDIRENE RIBEIRO DE SOUZA FALCÃO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

0001359-45.2013.4.03.6002

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Réu: WALTER PARAISO RIBEIRO DE NAVARRO FILHO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE DOURADOS - MS
Juíza Federal: ANA LÚCIA PETRI BETTO
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/06/2017

Trata-se de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Federal em face da WALTER PARAISO RIBEIRO DE NAVARRO FILHO para que o réu seja condenado ao pagamento de indenização no valor de R\$100.000,00 (cem mil reais), a título de reparação pelo dano moral coletivo decorrente de manifestações discriminatórias em artigo publicado em 02/11/2012, no periódico “O Tempo”.

Em julgamento de agravo de instrumento, foi declarada a competência da Justiça Federal de Dourados para o feito (fl. 60/63).

Contestação às fls. 97/113. Réplica às fls. 150.

Justiça gratuita deferida (fl. 152/153).

Produzida prova documental e testemunhal, inclusive depoimento pessoal do requerido (fl. 279/281) e com as alegações finais, tanto do autor (fl. 294/304) como do réu (306/338), vieram os autos conclusos.

É o relatório. Decido.

A liberdade de expressão constitui um direito fundamental, insculpido no art. 5º, IX, da Constituição Federal de 1988:

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:

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

No entanto, não se pode atribuir primazia absoluta à liberdade de expressão, em especial num cenário de uma sociedade pluralista, como é a brasileira (art. 3º I, IV e 4º, VIII e art. 5º, XLI, todos da CF/88).

Por tal razão, o próprio texto constitucional já prevê alguns limites a essa liberdade, a exemplo da vedação ao anonimato, do direito de resposta, da proteção à imagem, à honra, à intimidade e à privacidade.

O arcabouço principiológico de nosso sistema constitucional não admite, no núcleo essencial do direito à liberdade de expressão, manifestações de intolerância e de incitação à discriminação e ao ódio, sob pena de desvirtuamento dos objetivos e princípios fundamentais da República.

Em tal contexto principiológico, a liberdade de expressão não pode ser aplicada para amparar expressões capazes de denegrir e incitar o ódio contra minorias e grupos populacionais que, em pleno 2017, lutam para ver garantidos seus direitos mínimos, como é o caso dos índios (art. 231, da CF).

Deste modo, ao Poder Judiciário cabe o controle dos abusos cometidos em nome desta liberdade, ponderando os valores em embate no caso concreto.

Então vejamos.

No caso em tela, o réu redigiu o seguinte texto que foi veiculado em 08 de novembro de 2012, no site do Jornal “O Tempo”, cuja autoria admite em seu depoimento pessoal:

“Guarani Kaiowá é o c... Meu nome agora é Enéas p...”

“Tem coisa mais chata, hipócrita, brega e programa de índio que este pessoal do Facebook adotando o nome Guarani Kaiowá? Gente cuja relação com o verde se resume à alface do McDonald’s... Mais ou tão

Uma dessas chatas do Facebook reclamou da minha gozação dizendo que todo brasileiro é guarani kaiowá. Eu não! Nunca nem ouvi falar e, se é pra escolher, prefiro descender dos tapaxotas ou tapaxanas. Mas bom mesmo é de destapar...

Guarani, só meu time em Campinas, campeão brasileiro de 1978.

Como diriam o Marechal Rondon e os irmãos Villas Boas, “Índio bom é índio morto!” “Matar, se preciso for, morrer, nunca!”

Tudo em São Paulo tem nome de índio. Consciência pesada dos bandeirantes: Anhanguera, Ibirapuera, Canindé, Aricanduva, Morumbi, Jabaquara, Tucuruvi, Tatuapé e agora Haddad, da tribo dos Ali Babás... Ô raça!

Por falar na terra de Maluf e do PT, o que está acontecendo em São Paulo? Acho que a Lei do Desarmamento não pegou por lá. Principalmente quando tem eleição. É assim: Lula liga pro Zé Dirceu, que liga pro Gilberto Carvalho; daí pro Genoíno, que liga pro Marcos Valério, que liga pros presídios e manda matar o Celso Daniel; quer dizer, matar policiais e concorrentes, em troca de banho de sol, visita íntima e regalias mensais.

Outra paulistana, aquela maconheira da Rita Lee, tem até modinha cantando: “Se Deus quiser, um dia eu quero ser índio, viver pelado, pintado de verde, num eterno domingo, ser um bicho preguiça, espantar turista e tomar banho de sol...”

Credo! Fico pelado só para fins de reprodução, odeio domingo, preguiça é pecado; sou viajante (turista, gosto nem de ver) e banho de sol, repito, é coisa pra petista.

Viver pelado, pintado de verde, também é bom não. Imaginem se me confundem com um palmeirense.

E chamar índio de preguiçoso é preconceito, ignorância histórica. Índio é correligionário do ócio criativo... Ou, simplesmente do ócio, pronto.

Tem mais. Estes petistas, ambientalistas de Facebook, de passeata e de domingo, partidários dos Espelinhos & Miçangas (Guaranis Kaiowá), também enchem o saco dizendo que todo mundo lamenta os estragos do furacão nos EUA e fala nada sobre Cuba. Ô raça!

É aquela piada: “Barak Obama e Gordon Brown estão num jantar na Casa Branca. Um dos convidados aproxima-se e pergunta: ‘De que é que estão conversando de forma tão animada?’ ‘Estamos fazendo planos para a terceira Guerra Mundial’, diz Obama.

‘Uau!’, exclama o convidado: ‘E quais são esses planos?’

‘Vamos matar 14 milhões de argentinos e um dentista’, responde Obama. O convidado, confuso, pergunta: ‘Um... dentista? Por que é que vão matar um dentista?’

Brown dá uma palmada nas costas de Obama e exclama: ‘Não te disse? Ninguém vai perguntar pelos argentinos!’

Argentino, cubano, tudo boliviano!

E se Nova York acabar, onde vou comer meus “hot dogs” do Nathan’s? No Haiti? Façam-me o favor... Misericórdia! Jesus me chicoteia!

Quando Darwin, Lévi-Strauss e Diogo Mainardi descobriram o Brasil, tiraram várias conclusões sobre os guaranis kaiowá, um povo pescador de baiacus, que captura borboletas, retalha suas asas e coloca-as em cinzeiros de vidro para espantar, melhor, para vender aos turistas.

Protéria ignara! Os guaranis kaiowá não passam de recolhedores de mel no meio do mato. É o povo mais primitivo do mundo, nem chegou à Idade da Pedra. Petistas “avant la lettre”! Comem cupim. Intimidam até malária! Pigmeus, parecem formigas gigantes e caracterizam-se pela insuportável pneumatose intestinal, o que faz deles companhia deveras desagradável. Além de incestuosos, trocam os filhos por um reles anzol. Por isso, o Brasil é assim, uma mistura de índios flatulentos com criminosos portugueses...

Andam nus, exibindo suas vergonhas; os homens portam nem mesmo um estojo peniano. As mulheres são libidinosas e se vão com qualquer um. As moças tomam banhos coletivos, fazem suas necessidades nas moitas, fumam juntas e entregam-se a brincadeiras de gosto duvidoso, como cuspir uma na cara da outra.

PS: A vadiagem dos guaranis kaiowá pelo menos é lucrativa. Ontem, troquei um canivete suíço (falso) por várias toras de mogno de sua reserva.”

Pois bem, a simples leitura da peça permite concluir que seu teor ultrapassou a esfera de mera crítica e/ou humor em relação à campanha de demarcação de terras indígenas, difundida por meio das redes sociais.

Com efeito, resta claro o viés ofensivo e pejorativo aos índios guarani kaiowás, em tom evidentemente discriminatório, o que não pode, de maneira alguma, ser albergado no espectro da liberdade de expressão.

Deste modo, é possível concluir que o texto em questão gerou prejuízo à imagem e à moral dos indivíduos, coletivamente considerados, como uma realidade massificada.

Evidente que uma coletividade de índios pode sofrer ofensa à honra, à sua dignidade, à sua boa reputação, à sua história, costumes e tradições, o que não importa exigir que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação tal qual fosse um indivíduo isolado, sendo, pois, prescindível a prova da dor, do sentimento, ou do abalo psicológico sofridos pelo indivíduo.

Diante do cenário descrito, entendo pela ocorrência de dano moral coletivo, certo que o art. 1º da Lei 7.347/85 assim dispõe:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por *danos morais* e patrimoniais causados:

- I - ao meio-ambiente;
- II - ao consumidor;
- III - à ordem urbanística;
- IV - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
- V - por infração da ordem econômica e da economia popular;
- VI - à ordem urbanística.

No que tange à fixação do quantum da indenização por dano moral, há consenso no sentido de que esta deve imprimir caráter pedagógico à condenação imposta ao ofensor, e, ao mesmo tempo, evitar que o fato se traduza em via de enriquecimento indevido para a parte ofendida.

Deve-se considerar, ainda, as circunstâncias do caso concreto, a gravidade do dano, a situação econômica das partes envolvidas e, quando cabível, o grau de culpa daquele que praticou o ato danoso.

O dano moral foi tutelado pela nossa Constituição Federal no inciso X do artigo 5º e o valor a ser fixado deve estar em consonância com a função pedagógica e compensatória na qual a doutrina alerta para que seja aplicado de forma justa e equilibrada, assim como observar

aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade.

Dito isso, entendo que o valor pretendido pelo MPF, de cem mil reais, supera a capacidade econômica do réu, já que este inclusive perdeu o emprego junto ao periódico “O Tempo”, em virtude da coluna objeto da demanda, pelo que fixo a indenização relativa ao dano moral coletivo em R\$50.000,00 (*cinquenta mil reais*).

DISPOSITIVO

À luz do exposto, *JULGO PROCEDENTE* o pedido de indenização por danos morais coletivos, condenando WALTER PARAISO RIBEIRO DE NAVARRO FILHO a recolher ao Fundo de Reparação de Interesses Difusos Lesados (art. 13 da Lei 7.347/85) a quantia de R\$ 50.000,00 (*cinquenta mil reais*), *devendo tal valor ser corrigido monetariamente pelos índices da tabela de precatórios da Justiça Federal e juros de mora de 1% ao mês, a contar da publicação da sentença. (Súmula 362 do STJ).*

Sem condenação em honorários advocatícios (art.18 da Lei n. 7.347/85).

Sem custas, considerando a isenção das partes.

Oportunamente, arquivem-se com as formalidades de estilo.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Dourados (MS), de junho de 2017.

Juíza Federal Substituta ANA LÚCIA PETRI BETTO

PROCEDIMENTO COMUM

0008805-39.2013.4.03.6119

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Réu: EVANDRO GOMES CORREIA FILHO

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE GUARULHOS - SP

Juíza Federal: CAROLLINE SCOFIELD AMARAL

Disponibilização da Sentença: REGISTRO EM TERMINAL 08/02/2018

1) RELATÓRIO

Trata-se de ação regressiva ajuizada pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL em face de EVANDRO GOMES CORREIA FILHO, em que se busca o ressarcimento das parcelas vencidas e vincendas de pensão por morte paga aos dependentes de Andreia Cristina Bezerra Nobrega.

Em síntese, narrou que o réu foi condenado pela morte de sua ex-companheira, Andreia Cristina Bezerra Nobrega, e que ao filho do casal, Lucas Macedo Nobrega Correia, foi concedida pensão por morte. Sustentou que atos ilícitos extraordinários violam premissas estruturais da Previdência Social e distorcem as equações de custeio do sistema. O consequente ônus, no seu entender, não deve ser assumido por todos os membros da sociedade, mas por aquele que o causou. Afirmou que o benefício pago deve ser considerado como dano e que existe nexo de causalidade com o ato praticado pelo réu. Embasou sua pretensão no art. 927 do Código Civil. Ressaltou que neste processo busca-se tanto o ressarcimento das despesas decorrentes da concessão do benefício, como a colaboração com políticas públicas voltadas à prevenção e repressão dos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Inicial acompanhada de documentos (fls. 54/626).

Deferiu-se a antecipação dos efeitos da tutela (fls. 631/632).

Citado, o réu (preso) deixou transcorrer *in albis* o prazo para contestação. Atuando como curadora especial, a Defensoria Pública da União contestou às fls. 748/751 para defender que a concessão de benefício previdenciário não pode ser considerada dano e que a ação regressiva requer previsão legal específica. Ponderou que a responsabilidade civil disciplinada pelo Código Civil tampouco poderia justificar a pretensão inicial, na medida em que se refere aos prejuízos sofridos diretamente pelo ato ilícito (o filho da segurada). Sublinhou que ainda não teria transitado em julgado a decisão condenatória do processo criminal.

Réplica às fls. 754/760.

É o relatório do necessário.

Fundamento e Decido.

2) FUNDAMENTAÇÃO

No caso em comento, cumpre perquirir se há pertinência na pretensão regressiva da autarquia previdenciária e, para tanto, analiso a questão como se o réu efetivamente tivesse cometido o ato de homicídio da segurada Andreia Cristina Bezerra Nobrega, conforme decisão de primeira instância do processo acima mencionado.

De acordo com a autarquia previdenciária, o fundamento para a procedência da ação regressiva seria a responsabilidade civil, tratada no art. 927 do Código Civil:

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

Ocorre que a concessão de benefício previdenciário não pode ser considerada como dano. Na verdade, ela decorre de relação jurídica previdenciária e o INSS, ao conceder a pensão por morte, limitou-se a cumprir seu mister legal de garantir ao dependente da segurada as mínimas e necessárias condições de subsistência.

A ocorrência de homicídios, mesmo aqueles praticados no âmbito familiar, em desfavor da mulher, infelizmente não é novidade em nossa história. Pelo contrário, a violência contra a mulher é sintoma perverso de uma sociedade que ainda manifesta os resquícios de valores arcaicos, machistas, patriarcais.

Sobre a longa história de violência contra a mulher, as autoras Piosiadlo & Fonseca & Gessner lecionam:

A construção da masculinidade e da feminilidade se dá sobre os homens e as mulheres, sobre corpos biológicos masculinos ou femininos que estão imersos num social que transforma e são transformados por estas pessoas, por isso as relações sociais entre elas, inclusive as relações afetivas, vão se conformando legitimadas social e historicamente.

Nesta construção social de papéis masculino e feminino, pesquisadores reconhecem registros de subalternidade feminina e de violência conjugal no Brasil desde o período colonial. À época ... os maridos deviam se mostrar dominadores, voluntariosos no exercício da vontade patriarcal, insensíveis e egoístas. As mulheres, por sua vez, apresentavam-se como fiéis submissas e recolhidas. Sua tarefa mais importante era a procriação. É provável que os homens tratassem suas mulheres como máquinas de fazer filhos, submetidas às relações sexuais mecânicas e despidas de expressões de afeto.

O contexto de violência doméstica continuou imbricado na sociedade brasileira. Como é possível perceber em registros mais posteriores, no século XIX, o tratamento dado às mulheres continuava remetendo ao tratamento dado a um objeto:

Existia um alto nível de violência nas relações conjugais. Não só violência física, na forma de surras e açoites, mas violência do abandono, do desprezo, do malquerer. Os fatores econômicos e políticos que estavam envolvidos na escolha matrimonial deixavam pouco espaço para que afinidade sexual ou o afeto tivessem grande peso nessa decisão.

E em outros registros percebia-se que no Brasil imperial, sob o pretexto do adultério, o assassinato de mulheres era legítimo. Apenas em 1916, o novo Código Civil passou a considerar o adultério de ambos os cônjuges razão para desquite. No entanto, a alteração da lei não modificou o costume de matar a esposa ou companheira.

O crime passional, antes, era perdoado com base nos direitos superiores do homem sobre a mulher. O matador da mulher era visto com complacência, compaixão e, alguns eram absolvidos ao serem julgados pelo tribunal do júri, com base nesses direitos superiores. Quando os homens descobrem a traição por parte da companheira, transformam-se em juízes e executores. E os relatos sobre violência continuam no século XX. Na década de 1950:

... os homens tinham autoridade e poder sobre as mulheres e eram responsáveis pelo sustento de esposa e dos filhos. A mulher ideal era definida a partir dos modelos femininos tradicionais - ocupações domésticas e cuidado dos filhos e do marido - das características próprias de 'feminilidade' como instinto materno, pureza, resignação e doçura (...). As aventuras extraconjugais das mulheres eram severamente punidas.

O processo de urbanização, vivenciado no século XX, e o acesso ao trabalho assalariado por parte das mulheres trouxe consigo uma grande mudança no comportamento feminino. Mas apesar da mudança de comportamento de parte da sociedade em direção a não aceitação de

violências que, anteriormente, eram naturalizadas, crimes cometidos por maridos contra suas esposas continuavam a ser justificados como legítima defesa da honra. “Fumar, usar biquíni e assistir Malu Mulher nesses tempos podia acabar em morte”.

(...)

O período que se estende do final dos anos 1970 aos primeiros anos da década de 1980 marcou a transformação na forma de a sociedade brasileira olhar para a violência contra a mulher. Num período de transição para a democracia, após 20 anos de regime militar, os direitos relativos à cidadania começavam a ser reconhecidos, porém, um discurso que falasse em igualdade de direitos para homens e mulheres mostrava-se insuficiente para sensibilizar a todos - sociedade e governo - na luta pelo fim da discriminação contra a mulher. Por isso, inicialmente, a fala articulou-se em torno dos homicídios, mas logo passou a revelar outras formas de violência que eram praticadas contra a mulher. O movimento de mulheres alertava que os homicídios não eram atos isolados, motivados por uma paixão descontrolada, mas o ato final de uma relação baseada em agressões, humilhações e ameaças frequentes e que termina em assassinato. Assim, agressões que eram socialmente aceitas e até mesmo justificáveis (violência sexual e violência nas relações conjugais, especialmente, os espancamentos, maus-tratos e ameaças), a partir de um dado momento, puderam ser denunciadas e combatidas.

O tema foi ganhando corpo e passou a ser objeto de denúncias e de campanhas para a prevenção e a punição, atingindo status de problema público estimulando a formulação de políticas para o atendimento das vítimas, nos âmbitos da saúde, da segurança e da justiça, bem como a proposição de legislação que criminaliza o assédio sexual, alimentando as tentativas de tipificação penal da violência doméstica contra a mulher. Dando visibilidade à luta pela condenação de maridos violentos, o movimento feminista passou a lutar pela igualdade e pelo fim da discriminação das mulheres. (in PIOSIADLO, Laura Christina Macedo; FONSECA, Rosa Maria Godoy Serpa da; GESSNER, Rafaela. Subalternidade de gênero: refletindo sobre a vulnerabilidade para violência doméstica contra a mulher. Esc. Anna Nery, Rio de Janeiro, v. 18, n. 4, p. 728-733, dez. 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-81452014000400728&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 23 nov. 2017. <http://dx.doi.org/10.5935/1414-8145.20140104>.) Negrito nosso.

A busca pela igualdade de gênero é luta antiga e atual, não sendo possível negar a necessidade de se empreender esforços no sentido de garantir segurança à mulher, seja no convívio social, seja no doméstico. Tampouco não se ignora os elevados índices de violência registrados em nosso país. Segundo o Atlas da Violência 2016 elabora pelo IPEA e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160405_nt_17_atlas_da_violencia_2016_finalizado.pdf), treze mulheres são assassinadas por dia no Brasil, sendo que o feminicídio apresentou um crescimento de 11,6% entre 2004 a 2014.

Delineia-se tal cenário para deixar evidenciado que mesmo a concessão de benefícios previdenciários em caso de morte decorrente de um crime desta natureza representa elemento que certamente foi considerado no cálculo do equilíbrio econômico dos orçamentos da seguridade social. De outro lado, certo é que o INSS, ao arrecadar a contribuição previdenciária da segurada falecida, foi previamente compensado pelos gastos decorrentes da pensão por morte.

O ilícito penal, mesmo o abjeto – como no caso em tela – não pode ser considerado de tal forma excepcional que justifique a ação regressiva. Entender o contrário é permitir ao INSS a criação de nova fonte de custeio sem a lei necessária para tanto.

Ainda que assim não fosse e se pudesse considerar como dano a concessão de benefício previdenciário, não existe nexo de causalidade com o ato cometido pelo réu. Isto porque

o Brasil adota a Teoria do Dano Direto e Imediato, segundo a qual o nexo de causalidade só pode ser considerado presente quando o dano é o efeito necessário de uma causa. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A NEGLIGÊNCIA DO ESTADO E O ATO ILÍCITO PRATICADO POR FORAGIDO DE INSTITUIÇÃO PRISIONAL. AUSÊNCIA.

1. A imputação de responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva, supõe a presença de dois elementos de fato (a conduta do agente e o resultado danoso) e um elemento lógico-normativo, o nexo causal (que é lógico, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencibilidade, entre os elementos de fato; e é normativo, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito).

2. *Ora, em nosso sistema, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil [art. 403 do CC/2002], a teoria adotada quanto ao nexo causal é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva (...). Essa teoria, como bem demonstra Agostinho Alvim (Da Inexecução das Obrigações, 5ª ed., nº 226, p. 370, Editora Saraiva, São Paulo, 1980), só admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa' (STF, RE 130.764, 1ª Turma, DJ de 07.08.92, Min. Moreira Alves).*

3. No caso, não há como afirmar que a deficiência do serviço do Estado tenha sido a causa direta e imediata do ato ilícito praticado pelo foragido. A violência contra a recorrida, que produziu os danos reclamados, ocorreu mais de dez meses após o foragido ter se evadido do presídio. Ausente o nexo causal, fica afastada a responsabilidade do Estado. Precedentes do STF (RE 130.764, 1ª T., Min. Moreira Alves, DJ de 07.08.92; RE 369.820-6, 2ª T., Min. Carlos Velloso, DJ de 27.02.2004; RE 341.776-2, 2ª T., Min. Gilmar Mendes, DJ de 17.04.2007) e do STJ (REsp 858.511/DF, 1ª T., relator para acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 19.08.2008).

4. Recurso especial a que se dá provimento. (STJ, Primeira Turma, Ministro Teori Albino Zavascki, REsp 719.738, j. em 16/09/2008, grifo nosso)

A concessão da pensão por morte (acaso pudesse ser considerada como dano) não é efeito necessário do ato ilícito praticado pelo réu. Ela decorre, na realidade, do preenchimento de requisitos previamente estipulados em lei no âmbito de uma relação jurídico previdenciária. Imagine-se, por hipótese, que Andreia não detivesse a qualidade de segurada ao momento de sua morte, assim, se evidencia que a concessão do benefício em favor do dependente não é decorrência direta e imediata do feminicídio.

Ou seja, a análise do caso impõe o reconhecimento da ausência dos elementos necessários à caracterização da responsabilidade civil (dano e nexo de causalidade).

Oportunamente, cumpre salientar que tal conclusão é corroborada pela análise sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, que permite, apenas excepcionalmente, o direito de regresso contra os responsáveis em casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho. Acaso o fundamento para a ação regressiva fosse a responsabilidade civil prevista no art. 927 do Código Civil, não haveria necessidade da especificação contida no art. 120 da Lei nº 8.213/1991.

Ou seja, sob qualquer ângulo que se analise a questão, a ação de regresso não pode ser fundamentada na responsabilidade civil.

E, ainda que se deva buscar a repressão de crimes desta natureza, não se pode obrigar o réu a suportar ônus sem nenhuma lei que justifique tal proceder, sob pena de ofensa direta

ao princípio da legalidade. Impor tal obrigação ao réu é ir de encontro à previsibilidade das consequências do ato praticado, o que não se pode admitir.

Sem passar despercebido o alto grau de reprovabilidade da conduta adotada pelo réu, não se pode olvidar que a aplicação do direito deve ter como norte a segurança jurídica e o respeito ao princípio constitucional da legalidade. Neste sentido o sensível voto proferido pela Ministra Assusete Magalhães, que enfrentando caso semelhante, consignou:

É certo que, diante da situação fática dos autos, em que se cuida de violência doméstica contra a mulher, em crime brutal de homicídio – “11 facadas profundas” (fl. 751e) –, praticado pelo ex-companheiro, por motivo fútil, porquanto não se conformava com a separação, partilha de bens e guarda dos filhos, conforme destacado pelo Ministro HUMBERTO MARTINS, há, de fato, em todos nós, o desejo de impor, ao homicida, as mais duras penas.

Na condição de mulher e de mãe, todos esses fatos são para mim de profundo impacto. É lamentável e preocupante imaginar a situação desses menores, tão precocemente apartados da convivência e do auxílio materno.

Até hoje, após mais de trinta anos de judicatura, procuro, a cada dia, a cada julgamento, com a mesma preocupação e com o mesmo cuidado de outrora, manter vivo o entusiasmo pela justiça. Essa justiça, porém, não pode ser pautada por minhas convicções pessoais, firmadas segundo a minha condição, o meu gênero, a minha religião, sob pena de o julgado não se revestir da necessária imparcialidade.

O julgamento, para ser justo, deve, antes de tudo, vir orientado por um critério legal, até mesmo para a segurança dos próprios litigantes. Nesse sentido, merece lembrar a lição do sempre saudoso Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, que, ao afirmar a necessidade de observância das regras formais, por mais justa que seja a pretensão, deixou-nos valiosa lição: “PROCESSO CIVIL. AGRAVO DO ART. 544, CPC. CONHECIMENTO. COMPETÊNCIA. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PEÇA OBRIGATÓRIA. NORMA COGENTE. JUNTADA. DEVER DO AGRAVANTE, NÃO MAIS DA SERVENTIA. COMPLEMENTO DO TRASLADO ATRAVÉS DO AGRAVO DITO Documento: 1367383 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 02/02/2017 Página 8 3 de 87 Superior Tribunal de Justiça ‘REGIMENTAL’. INVIABILIDADE. FORMALISMO. NECESSIDADE. AGRAVO DESPROVIDO. I – É de competência do Superior Tribunal de Justiça verificar os pressupostos de admissibilidade do agravo contra decisão denegatória de recurso especial, e não do tribunal de origem. II – A ausência de qualquer das peças elencadas no art. 544, CPC, importa na inadmissibilidade do agravo. Trata-se de norma cogente, estando tanto as partes como julgador vinculados a tal comando. Assim, a juntada das peças é requisito essencial ao conhecimento do agravo. III – Por mais justa que seja a pretensão recursal, não podem ser desconsiderados os pressupostos recursais. O aspecto formal é importante em matéria processual, não por amor ao formalismo, mas para segurança das próprias partes. Assim não fosse, ter-se-ia que conhecer dos milhares de processos irregulares que aportam a este Tribunal, em nome de princípio constitucional do acesso à tutela jurisdicional. IV – A juntada das peças, nos termos da nova legislação, passou a cargo do agravante, principal interessado no processo, e não mais da serventia judicial. Ademais, a complementação do traslado na oportunidade da interposição do agravo dito ‘regimental’ não produz o efeito de suprir a irregularidade, segundo a jurisprudência da Corte” (STJ, AgRg no Ag 150.796/MG, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, DJU de 08/06/1998).

Espero, como cidadã, que sejam criados mecanismos de fato eficazes no combate à violência contra a mulher, e que, num futuro muito próximo, um crime de tal natureza – que ultrapassa, no seu efeito, a esfera individual da falecida, para atingir diretamente os seus filhos, agora, órfãos de mãe – não valha mais a pena.

Em conclusão, entendo que, na espécie, considerando a legislação atualmente em vigor, especialmente a previsão dos arts. 120 e 121 da Lei 8.213/91 – que é específica para os casos

de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicadas para a proteção individual e coletiva –, não é possível a sua aplicação aos demais casos, que exigem lei específica, como não deixa dúvida a existência de projeto de lei em andamento, no Congresso Nacional.

Entender de outro modo implicaria admitir a possibilidade de busca de ressarcimento, pelo INSS, não apenas nas hipóteses de violência contra a mulher, mas também em todos os outros casos de homicídio, dos quais derive obrigação de pagar benefício previdenciário.

No caso – como afirma a divergência –, o caráter político-pedagógico dessa ação regressiva não pode superar a reserva de lei. (STJ, Segunda Turma, Voto vencido da Ministra Assusete Magalhães, REsp 1.431.150)

Concluindo, inclusive por respeito ao princípio da legalidade, mostra-se inviável o acolhimento da pretensão inicial.

3) *DISPOSITIVO*

Diante do exposto, julgo *IMPROCEDENTE* o pedido formulado, e resolvo o mérito do processo, nos termos do artigo 487, inciso I do Código de Processo Civil.

Sem custas, por isenção legal. Considerando o patrocínio dos interesses da parte ré pela Defensoria Pública da União, deixo de condenar o INSS ao pagamento de honorários advocatícios, tendo em vista que ambos pertencem à mesma Fazenda Pública. Tal entendimento encontra-se em consonância com a Súmula nº 421 do Superior Tribunal de Justiça e jurisprudência, senão vejamos:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPOSSIBILIDADE. DEFENSORIA PÚBLICA FEDERAL. LIDE CONTRA INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA - INEP. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA CORTE ESPECIAL MEDIANTE UTILIZAÇÃO DA SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO STJ 8/2008.

1. 'Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença' - Súmula 421/STJ.
2. Também não são devidos honorários advocatícios à Defensoria Pública quando ela atua contra pessoa jurídica de direito público que integra a mesma Fazenda Pública.
3. Orientação reafirmada pela Corte Especial, no julgamento do REsp. 1.199.715/RJ, submetido ao rito do art. 543-C do CPC.
4. Agravo Regimental não provido. (AgReg no REsp 1444300/CE, Segunda Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, J. em 20.05.2014)

Considerando a possibilidade de reforma do julgamento, mantenho, por cautela, o bloqueio do veículo de propriedade do réu.

Com o trânsito em julgado, arquivem-se os autos.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Cumpra-se.

Guarulhos (SP), de novembro de 2017.

Juíza Federal Substituta CAROLLINE SCOFIELD AMARAL

PROCEDIMENTO COMUM**0024999-82.2015.4.03.6301**

Autor: ANTONIO DE FREITAS COSTA

Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: RICARDO DE CASTRO NASCIMENTO

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/11/2017

ANTONIO DE FREITAS COSTA, nascido em 04/02/1960, propôs a presente ação, originalmente perante o Juizado Especial Federal de São Paulo, em face do *INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (INSS)*, visando o reconhecimento de tempo especial de trabalho com exposição ao agente químico chumbo e ao agente físico ruído, com a consequente concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, desde o requerimento administrativo em 15/04/2014 (fls. 101), e o pagamento dos atrasados. Requereu, também, os benefícios da justiça gratuita. Foram juntados documentos (fls. 12/150, fls. 155/158 e fls. 167/219).

Alegou períodos especiais não reconhecidos na via administrativa, laborados como operador de máquina de empasto, relativos aos dois vínculos empregatícios com a empresa Durex Industrial S/A (antiga Auto Asbestos S/A) de 22/05/1978 a 13/10/1981 e de 19/06/1985 a 17/11/1994. O reconhecimento dos respectivos tempos especiais autorizaria a concessão do benefício.

Em face do valor da causa, o Juizado Especial Federal de São Paulo deu-se por incompetente para o julgamento da causa (fls. 257) e os autos foram distribuídos para esta Juízo.

Foram ratificados os atos processuais realizados perante o Juizado Especial Federal de São Paulo (fls. 264) e concedidos os benefícios da justiça gratuita (fls. 269).

O INSS apresentou contestação (fls. 271/284).

A parte autora apresentou réplica (fls. 286/303).

O INSS nada requereu (fls. 304).

É o relatório. Passo a decidir.

Na via administrativa, o INSS reconheceu 30 anos, 08 meses e 23 dias de tempo de contribuição (fls. 149), período insuficiente para a concessão da aposentadoria proporcional, considerando o pedágio. Não reconheceu como tempo especial o período laborado na empresa Durex Industrial S.A. (de 22/05/1978 a 13/10/1981 e de 19/06/1985 a 17/11/1994), conforme contagem de fls. 146/148.

Em matéria de comprovação de tempo especial, deve-se aplicar a legislação vigente à época da prestação de serviço, pois a incorporação do tempo de serviço ocorre dia a dia, mês a mês, e não apenas quando do requerimento do benefício.

Se o trabalhador esteve exposto a agentes nocivos e a empresa preencheu corretamente a documentação segundo a lei então vigente, não pode o INSS negar-lhe a concessão do benefício, fazendo retroagir exigências inexistentes na época da prestação de serviços.

O período em que a parte autora pretende reconhecer como especial, o enquadramento dava-se de acordo com a atividade profissional do segurado ou pela exposição do segurado a agentes nocivos, por presunção legal. O Poder Executivo expedia um Anexo ao Regulamento de Benefícios da Previdência Social, no qual constava a lista das atividades profissionais e os agentes considerados nocivos (Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79). O Anexo ao Decreto nºs

53.831/64 foi contemplado expressamente com status de lei pela Lei nº 5.527/68.

A Lei nº 9.032/95 pôs fim à presunção legal, passando a exigir prova de fato da exposição habitual e permanente aos agentes nocivos.

No caso dos autos, o período de trabalho pretendido como especial pelo autor é regido pela presunção legal, de acordo com a atividade profissional e o agente nocivo indicado.

O tempo de trabalho na empresa Durex Industrial S.A., (de 22/05/1978 a 13/10/1981 e de 19/06/1985 a 17/11/1994) está comprovado nos autos pelas anotações nas Carteiras de Trabalho e Previdência Social (CTPS) do autor (fls. 59 e 68) e pelos dados do Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS (fl. 144).

A função por ele desempenhada, operador de máquina de empasto (fabricação de acumuladores elétricos, setor de empastamento de placas – cf. informação às fls. 167/168), submetia o autor à exposição de pó de chumbo, em altas concentrações, conforme formulário DSS 8030 fornecido pela empresa (fl. 170) e laudo técnico das condições de trabalho, emitido em 17/03/1988 (fls.176/183).

No laudo técnico mencionado, aponta-se exposição a pó de chumbo em quantidades 276 vezes superiores aos limites estabelecidos pela NR-15 do MTE (fl. 181).

O chumbo é agente químico listado pela Portaria Interministerial MTE/MS/MPS Nº 9, de 07 de outubro de 2014, integrante do Grupo 2B, como possivelmente carcinogênico para humanos.¹

A indústria de baterias automotivas é conhecida pela exposição de seus trabalhadores ao chumbo em níveis acima do permitido, tanto é que tem passado, nos últimos anos, por reformulações em seu modo de produção com o fito de reduzir o grau de insalubridade. Tais mudanças só começaram vir à tona após os dois períodos de trabalho do autor.

A simples informação no laudo técnico presente nos autos, sobre uso de Equipamento de Proteção Individual - EPI, não é suficiente para afastar a nocividade da exposição ao agente químico.

No julgamento do Recurso Extraordinário em Agravo (ARE) 664.335, em 04.12.2014, com repercussão geral reconhecida, o E. STF afirmou que caberá ao Judiciário verificar, no caso concreto, se a utilização do EPI descaracterizou (neutralizou) a nocividade da exposição ao alegado agente nocivo (químico, biológico etc.). Na hipótese de divergência ou dúvida sobre a real eficácia do EPI, a decisão deve ser pelo reconhecimento do direito ao benefício de aposentadoria especial, como no caso dos autos. Nesse sentido destaco jurisprudência relativa ao tema:

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. REVISIONAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL. EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS. CHUMBO. OBSERVÂNCIA DA LEI VIGENTE À ÉPOCA PRESTAÇÃO DA ATIVIDADE. EPI EFICAZ. MULTIPLICIDADE DE TAREFAS. I - *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: II - Tese 1 - regra geral: O direito à aposentadoria especial pressupõe a efeti-*

¹ Disponível em <http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/65/MPS-MTE-MS/2014/9.htm>

va 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. III - 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. IV - No tocante a outros agentes (químicos, biológicos, etc.) pode-se dizer que a multiplicidade de tarefas desenvolvidas pelo autor demonstra a impossibilidade de atestar a utilização do EPI durante toda a jornada diária; normalmente todas as profissões, como a da autora, há multiplicidade de tarefas, que afastam a afirmativa de utilização do EPI em toda a jornada diária, ou seja, geralmente a utilização é intermitente. V - Devem ser mantidos os termos a sentença quanto ao reconhecimento de atividades sob condições especiais os períodos de 20.12.1984 a 15.05.1985 e de 01.01.2000 a 19.04.2007, na empresas Baterias Ajax Ltda e Ind. Tudor SP de Baterias Ltda, haja vista o contato com chumbo, conforme formulário e PPP, de forma habitual e permanente, agente nocivo previsto no código 1.2.4, 1.2.11 e 1.2.10 dos Decretos nº 53.831/64 e 83.080/79 e Decreto 3.048/99. VI - O §2º do art.68 do Decreto 8.123/2013, que deu nova redação do Decreto 3.048/99, a exposição, habitual e permanente, às substâncias químicas com potencial cancerígeno justifica a contagem especial, independentemente de sua concentração. (...) (APELREEX 00072072020124036108, DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, TRF3 - DÉCIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/05/2016) – Grifei.

Assim, a exposição do autor ao chumbo, nos períodos pretendidos (de 22/05/1978 a 13/10/1981 e de 19/06/1985 a 17/11/1994), relativos ao seu trabalho como operador de máquina de empasto na empresa Durex Industrial S.A., devem ser reconhecidos como especiais, enquadrando-se no código 1.2.4 do Anexo ao Decreto nº 53.831/64 (código 1.2.4.) e também código 1.2.4 do Anexo ao Decreto nº 83.080/89, pois, nos períodos, havia presunção legal de exposição ao agente nocivo.

Nesse sentido, menciono entendimento do E. TRF da 3ª Região:

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. ATIVIDADE INSALUBRE. EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS. *CHUMBO*. COMPROVAÇÃO. OBSERVÂNCIA DA LEI VIGENTE À ÉPOCA PRESTAÇÃO DA ATIVIDADE. PPP. EPI EFICAZ. INOCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. I - No que tange 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. II - *Deve ser tido por especial o período de 12.12.1998 a 24.12.2008, haja vista o contato com chumbo, conforme PPP, agente nocivo previsto no código 1.2.4, 1.2.11 e 1.2.10 dos Decretos nº 53.831/64 e 83.080/79 e Decreto 3.048/99. III - Nos termos do §2º do art.68 do Decreto 8.123/2013, que deu nova redação do Decreto 3.048/99, a exposição, habitual e permanente, às substâncias químicas com potencial cancerígeno justifica a contagem especial, independentemente de sua concentração. (...).* (AC 00014027520154036110, DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, TRF3 - DÉCIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/05/2017) – Grifei.

Prejudicado o pedido de especialidade pela exposição ao agente ruído, pois já reconhecido o tempo especial pretendido pelo autor em razão de sua exposição ao agente químico chumbo, sendo suficiente para solucionar a questão controvertida.

Ademais, no caso dos autos, não há laudo técnico para identificar a intensidade do ruído a que o autor esteve exposto. Conforme informação de fls. 186/187, a empresa Durex S.A. encerrou o setor de produtivo de fabricação acumuladores elétricos em novembro de 1994, desativando as demais unidades industriais até 2006. Ainda que possível a prova pericial por similaridade ou indireta, para o caso como o dos autos (REsp. 1.370.229), uma vez reconhecido o tempo especial pretendido, desnecessário a produção de prova pericial requerida pelo autor.

Considerando o tempo especial ora reconhecido com a consequente conversão e os tempos de contribuição comum, conforme os dados do Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS e dos dados constantes das CTPSs juntadas, o autor conta com *35 anos, 10 meses e 8 dias* na data de seu requerimento administrativo (15/04/2014), conforme tabela abaixo:

Processo: 0005284-84-2012-4-03-6310		Idade? (S/N) S					
Autor: ANTONIO DE FREITAS COSTA		Sexo (M/F):					
Réu: INSS		Rural/Urbano? (RU)					
		00/01/1900					
Tempo de Atividade							
	Atividades profissionais	Esp	Período		Atividade comum		
			admissão	saída	a	m	d
1	GRADENE		21/03/1978	11/04/1978	-	-	21
2	DUREX	ESP	22/05/1978	13/10/1981	-	-	-
3	ELETROFLEX		13/02/1982	14/06/1985	3	4	2
4	DUREX	Esp	19/06/1985	17/11/1994	-	-	-
5	ENERMEX		18/11/1994	19/06/1996	1	7	2
6	PER CONTR		01/11/1997	30/04/1998	-	5	30
7	ALPHAVILLE LTDA		12/05/1998	29/09/1999	1	4	18
8	PER CONTR		01/04/2000	31/05/2004	4	2	1
9	MARIA DA SILVA ME		01/06/2004	16/08/2005	1	2	16
10	JOAO CARLOS DI GENIO		13/10/2006	26/04/2007	-	6	14
11	EMPREENHEIRA AVANTES		14/05/2007	10/06/2008	1	-	27
12	CONSORCIO VIA AMARELA		21/01/2009	20/05/2010	1	3	30
13	MAC EMPREENDIMENTOS		04/01/2011	10/09/2013	2	8	7
14	PER CONTR		01/04/2014	15/04/2014	-	-	15
Soma:					14	41	183
Correspondente ao número de dias:					6.453		
Tempo total:					17	11	3
Conversão: 1,40					17	11	5
Tempo total de atividade (ano, mês e dia):					35	10	8

PEDAGIO? S	S
Carência em todos vínculos?	S
Ar tempo Lei 9378/99 e EC	N
Carência Necessária:	
Idade em outra data? D	15/04/2014
Coefficiente de cálculo:	100%

Tempo de cumprimento do pedágio: 32 anos, 4 meses

Nesta data 54 anos.

O autor reúne tempo de contribuição necessário ao acolhimento do pedido de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição.

Diante do exposto, *julgo procedente* o pedido para a) reconhecer como tempo especial o período laborado na empresa Durex Industrial S.A. (antiga Auto Asbestos S.A. de 22/05/1978 a 13/10/1981 e de 19/06/1985 a 17/11/1994) e sua conversão em tempo comum; b) reconhecer como tempo de contribuição comum de na data de seu requerimento administrativo (15/04/2014), conforme planilha acima transcrita; c-) conceder aposentadoria por tempo de contribuição partir de 15/04/2014; d-) condenar o INSS no pagamento dos atrasados do benefício ora concedido.

As prestações em atraso devem ser pagas a partir de 15/04/2014 e serão apuradas em liquidação de sentença, com correção monetária e juros na forma do Manual de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal em vigor na data da execução, mas com observância do

decidido pelo Supremo Tribunal Federal, com força de repercussão geral, no RE nº 870947/SE, no que toca à correção monetária.

Condeno o réu ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência no percentual mínimo sobre valor da condenação, a ser definido após liquidação da sentença, nos termos do art. 85, §3º, inciso III, e §4º, inciso II, do CPC, observada a Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça.

Não é hipótese de reexame necessário, vez que, embora ilíquida, é evidente que a condenação, mesmo com todos os seus acréscimos, não alcançará a importância de 1000 salários mínimos (artigo 496, § 3º, do Novo Código de Processo Civil).

Custas na forma da Lei.

P.R.I.

São Paulo, 05 de outubro de 2017.

Juiz Federal RICARDO DE CASTRO NASCIMENTO

PROCEDIMENTO COMUM

0004331-17.2016.4.03.6120

Autor: GERALDO VIRGILIO GODOY

Ré: UNIÃO FEDERAL

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

Juiz Federal: MÁRCIO CRISTIANO EBERT

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/09/2017

Os presos eram dez. Entre eles, seis rapazes do Colina. Foram tirados das celas, postos em fila e escoltados até um salão. No caminho, ouviram uma piada de um cabo: “São esses aí os astros do show?”. A plateia, sentada em torno de mesas, chegava perto de cem pessoas. Eram oficiais e sargentos, tanto do Exército como da Marinha e Aeronáutica. Numa das extremidades do salão havia uma espécie de palco, e nele o “tenente Ailton” presidia a sessão com um microfone e um retroprojeto: “Agora vamos dar a vocês uma demonstração do que se faz clandestinamente no país”.

(...)

Os presos foram enfileirados perto do palco, e o “tenente Ailton” identificou-os para os convidados. Tinha três sargentos por acólitos. Com a ajuda de slides, mostrou desenhos de diversas modalidades de tortura. Em seguida os presos tiveram que ficar só de cuecas.

(...)

Maurício Vieira de Paiva, 24 anos, quintanista de engenharia, foi ligado a um magneto pelos dedos mínimos das mãos. Era a máquina de choques elétricos. Depois de algumas descargas, o tenente-mestre ensinou que devem dosar as voltagens de acordo com a duração dos choques. Chegou a recitar algumas relações numéricas, lembrando que o objetivo do interrogador é obter informações e não matar o preso.

(...)

No pau-de-arara penduraram Zezinho, que estava na PE por conta de crimes militares. Ailton explicou — enquanto os saldados demonstravam — que essa modalidade de tortura ganhava eficácia quando associada a golpes de palmatória ou aplicações de choques elétricos, cuja intensidade aumenta se a pessoa está molhada.

“Começa a fazer efeito quando o preso já não consegue manter o pescoço firme e imóvel. Quando o pescoço dobra, é que o preso está sofrendo”, ensinou o tenente-professor.

O Exército brasileiro tinha aprendido a torturar¹.

I – RELATÓRIO

Trata-se de ação de conhecimento proposta por Geraldo Virgilio Godoy contra a União, por meio da qual o autor pretende a condenação da ré ao pagamento de danos morais e o reconhecimento da condição de anistiado político. Em resumo, a inicial narra que em 12 de fevereiro de 1971 o autor foi preso pela Operação Bandeirante, sob a acusação de integrar a cédula comunista denominada Ala Vermelha do PC do B. Num primeiro momento foi recolhido ao DOI-CODI da capital paulista, onde foi submetido a extensas sessões de interrogatório, no curso das quais foi torturado. Como resistia às investidas para delatar colegas de ideologia, recebeu tapas, chutes, choques elétricos, sentou-se na cadeira do dragão — suplício que será detalhado na fundamentação — e ameaças variadas. Doze dias depois foi transferido ao DOPS, onde passou a conviver com outros presos que também foram submetidos a sessões de tortura, iguais senão piores que as do autor. Além disso, as condições nas celas do DOPS eram as mais

¹ A Ditadura Envergonhada/ Elio Gaspari — São Paulo : Companhia das Letras, 2002, p. 360-362.

degradantes possíveis, com celas úmidas, superlotadas, infestadas de baratas, constantemente iluminadas para prejudicar o sono dos presos, comida da pior qualidade etc. Em maio de 1971 o autor foi colocado em liberdade condicional, ficando obrigado a comparecer semanalmente no DOPS para justificar suas atividades e proibido de se ausentar da Capital, restrições que só foram levantadas em setembro de 1972, quando foi absolvido pela Justiça Militar. Contudo, sua prisão continuou repercutindo, uma vez que “... até que cessou o regime militar, teve que trabalhar sem qualquer registro ou vínculo, sem contar que teve que permanecer em total anonimato, haja vista que o medo e a intranquilidade de ser novamente submetido a toda violência. Isso trouxe prejuízos no correspondente a fins previdenciários que diminuíram o valor a ser percebido pelo requerente quando se aposentou”.

Com base nesses fatos, o autor pede a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais não inferior a R\$ 80 mil, acrescida de juros moratórios e correção monetária desde a data da prisão, bem como o reconhecimento da condição de anistiado político, nos termos do art. 2º, I da Lei 10.559/2002. A inicial (fls. 02-12) foi instruída com os documentos das fls. 13-74.

Em sua contestação (fls. 80-85) a União começa sustentando a falta de interesse de agir quanto ao pedido de reconhecimento da condição de anistiado político, uma vez que a pretensão não foi antecedida de requerimento administrativo. Quanto ao pedido de indenização por danos materiais, sustentou inicialmente que a pretensão prescreveu. E mesmo que assim não fosse, “Quem praticou os atos supostamente ocorridos, narrados na inicial, foram os militares que se colocaram à força no poder e agiram desconsiderando toda a ordem jurídica vigente, tendo-a alterado a seu bel prazer e conforma mandava sua ditadura”. Além disso, não há prova cabal de que o autor foi torturado.

Em réplica (fls. 92-95) o autor rechaçou as preliminares agitadas pela ré. Argumentou que o reconhecimento judicial da condição de anistiado político prescinde de prévio requerimento administrativo, bem como que o pedido de indenização ora proposto é imprescritível.

Em 2 de março último tomei o depoimento pessoal do autor. Na sequência, os autos vieram conclusos para sentença.

II - FUNDAMENTAÇÃO

De início, afasto a preliminar de carência da ação levantada pela ré quanto ao pedido do reconhecimento da condição de anistiado. Sim, pois “Inexigível prévio requerimento administrativo para ajuizamento da ação, dado o princípio da ampla proteção e acesso ao Judiciário, que permite imediata formulação de pretensão judicial, até porque, de forma inequívoca as rés provaram, no curso do processo, nutrir firme resistência ao pedido do autor”. (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1335439 - 0002106-64.2006.4.03.6123, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 16/08/2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/08/2012²).

A tese de prescrição também deve ser rejeitada. A jurisprudência se consolidou no sentido de que “São imprescritíveis as ações de reparação de dano ajuizadas em decorrência de perseguição, tortura e prisão, por motivos políticos, durante o Regime Militar, afastando, por conseguinte, a prescrição quinquenal prevista no art. 1º do Decreto 20.910/32 (STJ, 1ª Turma, AGA 970753, rel. Min. Denise Arruda, DJE 12.11.2008)”.

Faço um rápido desvio para registrar que apesar da tranquilidade com o que o tema é tratado nos tribunais, tenho certa dificuldade em considerar imprescritíveis violações a di-

2 Decisão proferida em feito que trata de matéria similar a dos presentes autos

reitos cujos titulares poderiam ter reclamado reparação oportunamente. Claro que o termo inicial não pode estar localizado em momento anterior à reintrodução do regime democrático — não se cogitaria de propor uma ação tal qual a presente durante a ditadura — mas em algum momento posterior a promulgação da atual Constituição, ocasião a partir da qual os óbices que impediam a livre busca pela reparação de atos ilícitos praticados durante o regime de exceção foram sendo eliminados. E dentre o conjunto de marcos históricos que em um ou outro momento já foram ventilados (por exemplo, a promulgação da Constituição ou a Lei 9.140/1995, que reconheceu como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979³), tenho que o mais adequado é a promulgação da Lei nº 10.559/2002. Essa norma regulamentou o art. 8º do ADCT, dispositivo da Constituição que previu o direito à indenização por atos estatais de exceção, institucionais ou complementares, cuja motivação tenha sido exclusivamente política, reconhecendo a responsabilidade da União Federal pela reparação dos danos sofridos.

Todavia, conforme sinalizei há pouco, nesse tema sou voz minoritária, para não dizer isolada. A jurisprudência é coesa, pacífica e até mesmo monótona no sentido de que as ações indenizatórias por danos morais decorrentes de atos de tortura praticada durante a ditadura são imprescritíveis, entendimento que evidentemente também deve ser aplicado ao presente caso.

Superadas as prefaciais, passo ao exame da matéria de fundo.

A cópia do dossiê extraído dos arquivos do Exército e juntada às fls. 18-71 comprovam a prisão do autor, seu recolhimento ao DOI-CODI em 12 de fevereiro de 1971, a realização de sucessivas e por vezes longas sessões de interrogatório — a primeira, realizada logo após sua prisão, teria se estendido de 15h15 até 23h40 —, sua transferência para o DOPS em 24 de fevereiro de 1971 e a concessão da liberdade em 14 de maio. A certidão da fl. 72 comprova que o réu foi absolvido das imputações que fundamentaram sua prisão (subversão e terrorismo).

Em seu depoimento pessoal o autor narrou que nos idos das décadas de 1960/1970 ingressou numa célula comunista clandestina. Na militância participou de atos como pichar muros com frases de apoio a Cuba e distribuir panfletos, ações que mais de uma vez resultaram na sua detenção por algumas horas. Contudo, em 1971, acabou preso em seu trabalho por agentes do DOI-CODI; — acredita que foi dedurado por um militante a respeito de seu envolvimento com o Partido Comunista. Foi então conduzido à sede do órgão em São Paulo, localizado numa delegacia da Rua Tutóia. Durante os doze dias em que ficou detido no DOI-CODI, foi submetido a inúmeras sessões de interrogatório, no curso das quais sofreu tortura.

Segue um resumo das declarações do autor a respeito de sua passagem pelo DOI-CODI da Rua Tutóia:

Lá no DOI-CODI não tem escapatória; todo mundo que já entrou lá foi torturado. E como já tinham uma ficha minha, já tinham falado a meu respeito, eu teria que abrir o bico. A primeira sessão de interrogatório durou 8 horas e 25 minutos. O DOI-CODI usava um sistema de interrogatório diário, a qualquer hora, já que lá a coisa funcionava 24 horas. Das celas a gente ouvia os gritos dos presos que estavam torturados. Para a tortura usavam a cadeira do dragão, um negócio tenebroso... a cadeira era feita de madeira tosca... as pernas eram presas com um sarrafo e as mãos eram amarradas nos braços da cadeira....o assento era de metal, ligado a uma resistência para esquentar o traseiro....além disso, davam choques nos dedos das mãos com magnetos. Passei várias vezes por isso, inclusive no primeiro interro-

3 Posteriormente a Lei nº 10.536/2002 estendeu o período até 15 de outubro de 1988.

gatório. Desde o momento que cheguei comecei a apanhar, recebi tapas na orelha e ordens de contar tudo. Perguntavam até coisa que eu não sabia. Resolvi que o negócio seria contar tudo a meu respeito, mas não entreguei ninguém.....não dei um único nome. Me amarrei na história que contei no primeiro dia e segui assim. Fiquei 12 dias no DOI-CODI e durante esse período fui interrogado e torturado diariamente, sem faltar, em horários variados. Quando não estava prestando depoimento ficava numa cela precária com outros presos, chamada de jaula, na qual sequer havia cama. Não fiquei com sequelas físicas das torturas, mas outros presos apanharam muito mais, a ponto de ficar com marcas. Depois de 12 dias fui transferido para o DOPS, onde fiquei preso mais um tempo. No DOPS as torturas cessaram. Havia um sistema pelo qual quem era torturado no DOI-CODI recebia um tratamento melhor no DOPS; prestava depoimento, mas não era mais torturado. Já os presos pelo DOPS eram torturados de forma brutal, apanhavam muito. Depois que fui solto fiquei em liberdade condicional até ser absolvido pela Justiça Militar.

Perguntado sobre os efeitos da prisão em sua vida profissional, o autor esclareceu que na época de sua prisão trabalhava sem registro para uma agência de publicidade. Como não tinha um vínculo formal com o estabelecimento, depois de solto nem procurou o antigo empregador.

A alegação do autor a respeito dos suplícios a que teria sido submetido nas dependências do DOI-CODI da Rua Tutoia se sustenta nos documentos oficiais que comprovam sua prisão e em seu depoimento pessoal. E isso é o que basta para a comprovação da tortura.

Embora praticada de forma sistemática, os governos da época nunca admitiram de forma aberta a prática da tortura. No máximo reconheciam a existência de casos isolados de militares excessivamente entusiasmados, que no afã de combater grupos terroristas passaram por cima dos manuais de procedimentos, dando a entender que a tortura era coisa de grupelhos de militares desatentos à hierarquia, e não uma prática corriqueira, executada com requintes de método e técnica. Nesse particular, a experiência do Brasil não se distingue do que se viu em quase todo o resto do mundo a partir do século XX: “Salvo na Alemanha hitlerista e na União Soviética dos expurgos de Stalin, todas as ditaduras que sancionaram a tortura negaram sua existência. Disso resulta uma ambiguidade que vai dos palanques das autoridades às cafuas⁴”.

Ainda sobre o tema, o comentário do jornalista Lucas Figueiredo⁵:

Nos quatro anos em que estive à frente da Presidência, Médici negou peremptoriamente a existência de tortura no país. Mas ao mesmo tempo nunca perdeu uma oportunidade de exaltar o trabalho dos homens envolvidos na repressão. A contradição nas palavras do presidente caía como uma senha nas masmorras do regime: a tortura seria tolerada, mas ninguém admitiria isso em público. Os agentes que operavam naquela circunstância, por sua vez, podiam dormir tranquilos, pois gozavam de prestígio com Médici. (...)

Ora, se a conduta oficial do governo era a de negar a prática da tortura, não se pode esperar que as violências praticadas contra os presos do regime estejam documentadas em papel timbrado. A comprovação da tortura nesses casos decorre da conjunção de indícios com aquilo que se sabe sobre a forma de atuação dos órgãos de repressão da época.

No caso dos autos, a comprovação da tortura se manifesta a partir de dois elementos que se articulam com o tempo de detenção do autor e o número de sessões de interrogatório a que submetido. Esses elementos são a) o órgão responsável pela prisão do autor (DOI-CODI)

4 A Ditadura Escancarada / Elio Gaspari — São Paulo : Companhia das Letras, 2002, p. 20.

5 Ministério do Silêncio. — Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 192.

e b) o local em que o autor ficou detido (sede do DOI-CODI da Rua Tutoia).

Os Destacamentos de Operações de Informações — DOI e o Centro de Operações de Defesa Interna — CODI eram unidades de inteligência coordenadas por militares instaladas em quase todos os Estados da Federação, com o objetivo de identificar e reprimir indivíduos e organizações que representassem ameaça ao regime. Os DOI-CODI, que tecnicamente eram departamentos distintos, mas que na prática funcionavam como um corpo único, foram o principal órgão de repressão oficial da ditadura.

Seu contingente era formado quase que exclusivamente por militares das Forças Armadas. Apesar dessa origem, os oficiais dos DOI-CODI não usavam farda e costumavam se identificar por codinomes, bem no espírito dos serviços de inteligência. Esses agentes atuavam com relativa independência, velada condescendência do governo e conhecida brutalidade no exercício da missão de combater a subversão. A própria sigla parece exalar a truculência que notabilizou essa estrutura, como bem percebido por Elio Gaspari⁶:

Seria muita ingenuidade acreditar que os generais Emilio Medici e Orlando Geisel criaram os DOIs (destacamento de operações de informações) sem terem percebido que a sigla se confundia com a terceira pessoa do singular do presente do indicativo do verbo *doer*. Por mais de dez anos essas três letras foram o símbolo da truculência, criminalidade e anarquia do regime militar.

Embora funcionassem em quase todos os estados da federação, o DOI-CODI de São Paulo, instalado em uma delegacia da Rua Tutoia, se destacou pelo volume de prisões e pela selvageria de seus agentes. Estima-se que cerca de cinco mil presos tenham passado pelas instalações do DOI-CODI na Rua Tutoia em São Paulo, dos quais 50 não saíram vivos. Aliás, foi em suas dependências que em 15 de outubro de 1975 o jornalista Vladimir Herzog foi morto, menos de 12 horas depois de ser detido. Na época a versão oficial era a de que o preso se suicidara com uma tira de pano; — Herzog foi o 38º suicida do DOI-CODI da Rua Tutoia. De tão emblemático para a história recente do país, em 2014 o prédio onde funcionava o DOI-CODI na Capital foi tombado para a futura criação de um memorial⁷. Pois foi nessa casa de horrores que o Prof. Mauro permaneceu doze dias detido sob a acusação de subversão e terrorismo, período em que foi submetido a sessões diárias de interrogatórios, às vezes mais de uma por dia, em horários dos mais variados.

Em suma, o exame dos documentos disponíveis à luz do contexto em que se desenvolveram os fatos corrobora a versão narrada na inicial, não havendo motivo para duvidar que as coisas tenham se passado exatamente do jeito que o autor contou.

Assentado que o autor foi vítima de tortura praticada pelo regime militar, resta definir se procedem os pedidos de condenação em danos morais e a declaração de anistiado político.

Quanto aos danos morais, a única dificuldade reside na definição do valor da indenização, uma vez que a simples prova do fato (tortura praticada durante a ditadura) é o que basta para condenação da União. A tortura, pelo que tem de ignóbil e desumano em sua essência, encerra o tipo de abalo que prescinde de demonstração.

Assim, comprovado dano, resta apenas quantificar a indenização justa para compensar o sofrimento experimentado pelo demandante, o que faço tomando como ponto de partida o

6 A Ditadura Escancarada p. 175

7 <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/predio-onde-funcionou-doi-codi-de-sao-paulo-e-tombado-5490.html>.

lúcido comentário de MARIA HELENA DINIZ⁸ sobre as dificuldades em avaliar pecuniariamente o dano moral:

A esse respeito, é preciso esclarecer que o direito não repara a dor, a mágoa, o sofrimento ou a angústia, mas apenas aqueles danos que resultarem da privação de um bem sobre o qual o lesado teria interesse reconhecido juridicamente. O lesado pode pleitear uma indenização pecuniária em razão de dano moral, sem pedir um preço para sua dor, mas um lenitivo que atenuie, em parte, as consequências do prejuízo sofrido, melhorando seu futuro, superando o déficit acarretado pelo dano. Não se pergunta: Quanto vale a dor dos pais que perdem um filho? Quanto valem os desgostos sofridos pela pessoa injustamente caluniada? porque não se pode avaliar economicamente valores dessa natureza. Todavia, nada obsta a que se dê reparação pecuniária a quem foi lesado nessa zona de valores. A fim de que ele possa atenuar alguns prejuízos irreparáveis que sofreu. Assim, com o dinheiro, o lesado poderia abrandar sua dor, propiciando-se alguma distração ou bem-estar. O dinheiro não aparece, portanto, como real correspondência equivalente, qualitativa ou quantitativamente, aos bens perdidos pelo lesado. Não há quantia capaz de corresponder, p. ex., ao sofrimento causado aos pais pela morte de um filho querido; ao abalo emocional pelo impacto de uma injúria; à humilhação ou contrariedade causada pela queda de crédito oriunda de uma calúnia ou difamação etc. A reparação pecuniária teria, no dano moral, uma função satisfatória ou compensatória e, concomitantemente, penal, visto ser encargo suportado por quem causou o dano moral (RTJ, 67:182). Não procede, portanto, essa objeção, pois nem mesmo na seara da responsabilidade por dano patrimonial se teria uma real equipolência entre o valor do objeto danificado e o da quantia de sua indenização. O lesado sempre prefere não ter sofrido qualquer lesão, logo o dinheiro que se lhe dê, qualquer que seja o montante indenizatório arbitrado, jamais faria com que se sentisse compensado. A impossibilidade de avaliação do dano moral, hodiernamente, como pontifica Antunes Varela, está quase que superada pelos critérios jurisprudenciais adotados para certas modalidades de danos morais (morte do filho, pais, parentes próximos etc.), que pelas circunstâncias concretas do caso (desgostos oriundos de uma intervenção cirúrgica desnecessária não deverão ser indenizados por quantia inferior ao preço da operação).

De fato, a indenização por dano moral serve para atenuar por meio de pecúnia o desgosto de quem foi lesado. Justamente por lhe faltar o caráter de recomposição do patrimônio desfalcado, o arbitramento do valor da indenização pelo dano moral é ato dos mais complexos. Na operação que busca arbitrar o justo valor, cabe ao julgador equilibrar, dentre outras variáveis, a extensão do dano, a razoabilidade, a proporcionalidade, a repercussão entre terceiros, o caráter pedagógico ou punitivo da indenização e a impossibilidade desta se constituir em fonte de enriquecimento indevido.

No caso dos autos, as provas mostram que o autor foi mantido detido nas dependências do DOI-CODI da Rua Tutoia por 12 dias, período em que foi submetido a diversos interrogatórios, no curso dos quais sofreu tortura. Depois disso, foi transferido ao DOPS, onde permaneceu preso por mais alguns dias até ser colocado em liberdade condicional. Durante sua estada no DOPS não foi mais alvo de tortura, de modo que o dano está concentrado no período em que esteve detido na cadeia da Rua Tutoia.

Se por um lado está claro que o autor passou por maus bocados enquanto permanecia sob a tutela do DOI-CODI, felizmente as torturas a que submetido não resultaram em sequelas físicas permanentes. Aliás, o autor foi claro em seu depoimento pessoal que o tratamento que lhe foi dispensado foi menos severo que o aplicado a presos avaliados pelos agentes como de

8 Curso de direito civil brasileiro, 7º volume : responsabilidade civil – 21 ed. rev. atual.— São Paulo : Saraiva, 2007, p. 93-94

maior periculosidade. Em razão disso, era devolvido à cela sem machucados aparentes, em condição muito mais favorável que outros companheiros de cárcere, em relação aos quais os inquisidores não demonstravam receio em deixar visíveis as marcas das sevícias.

Analizadas todas as circunstâncias do caso, me parece que o valor da indenização deve ficar abaixo do pleiteado pelo autor (R\$ 80 mil), porém sem dele se distanciar muito.

Assim, atento às peculiaridades do caso e invocando o princípio da razoabilidade, fixo os danos morais em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

O autor pede que o débito seja atualizado a partir da data de sua prisão, porém esse critério deve ser afastado por duas razões. A primeira porque desafia a regra aplicável à atualização de indenizações por ato extracontratual devida pela União. E a segunda porque a atualização nesses critérios é inexequível, uma vez que o termo inicial da correção monetária seria anterior à criação da moeda que se pretende corrigir.

Por conseguinte, o valor deverá ser atualizado a partir da data da citação, de acordo com o critério estabelecido no art. 1º - F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009 [Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança].

Superada a discussão sobre o dano moral, resta definir se o autor preenche os requisitos para o reconhecimento da condição de anistiado político.

A declaração da condição de anistiado político depende do enquadramento em alguma das situações expostas no art. 2º da Lei 10.559/2002:

Art. 2º São declarados anistiados políticos aqueles que, no período de 18 de setembro de 1946 até 5 de outubro de 1988, por motivação exclusivamente política, foram:

- I - atingidos por atos institucionais ou complementares, ou de exceção na plena abrangência do termo;
- II - punidos com transferência para localidade diversa daquela onde exerciam suas atividades profissionais, impondo-se mudanças de local de residência;
- III - punidos com perda de comissões já incorporadas ao contrato de trabalho ou inerentes às suas carreiras administrativas;
- IV - compelidos ao afastamento da atividade profissional remunerada, para acompanhar o cônjuge;
- V - impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica no S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e no S-285-GM5;
- VI - punidos, demitidos ou compelidos ao afastamento das atividades remuneradas que exerciam, bem como impedidos de exercer atividades profissionais em virtude de pressões ostensivas ou expedientes oficiais sigilosos, sendo trabalhadores do setor privado ou dirigentes e representantes sindicais, nos termos do § 20 do art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;
- VII - punidos com fundamento em atos de exceção, institucionais ou complementares, ou sofreram punição disciplinar, sendo estudantes;
- VIII - abrangidos pelo Decreto Legislativo no 18, de 15 de dezembro de 1961, e pelo Decreto-Lei no 864, de 12 de setembro de 1969;
- IX - demitidos, sendo servidores públicos civis e empregados em todos os níveis de governo ou em suas fundações públicas, empresas públicas ou empresas mistas ou sob controle estatal, exceto nos Comandos militares no que se refere ao disposto no § 50 do art. 8º do Ato das

Disposições Constitucionais Transitórias;

X - punidos com a cassação da aposentadoria ou disponibilidade;

XI - desligados, licenciados, expulsos ou de qualquer forma compelidos ao afastamento de suas atividades remuneradas, ainda que com fundamento na legislação comum, ou decorrentes de expedientes oficiais sigilosos.

XII - punidos com a transferência para a reserva remunerada, reformados, ou, já na condição de inativos, com perda de proventos, por atos de exceção, institucionais ou complementares, na plena abrangência do termo;

XIII - compelidos a exercer gratuitamente mandato eletivo de vereador, por força de atos institucionais;

XIV - punidos com a cassação de seus mandatos eletivos nos Poderes Legislativo ou Executivo, em todos os níveis de governo;

XV - na condição de servidores públicos civis ou empregados em todos os níveis de governo ou de suas fundações, empresas públicas ou de economia mista ou sob controle estatal, punidos ou demitidos por interrupção de atividades profissionais, em decorrência de decisão de trabalhadores;

XVI - sendo servidores públicos, punidos com demissão ou afastamento, e que não requereram retorno ou reversão à atividade, no prazo que transcorreu de 28 de agosto de 1979 a 26 de dezembro do mesmo ano, ou tiveram seu pedido indeferido, arquivado ou não conhecido e tampouco foram considerados aposentados, transferidos para a reserva ou reformados;

XVII - impedidos de tomar posse ou de entrar em exercício de cargo público, nos Poderes Judiciário, Legislativo ou Executivo, em todos os níveis, tendo sido válido o concurso.

No caso dos autos, o autor não era militar ou funcionário público, tampouco era titular de mandato. Na verdade, na época de sua prisão Geraldo Virgílio Godoy trabalhava sem registro em uma agência de publicidade. Embora depois de ser colocado em liberdade o autor não tenha retomado seu posto, não está claro se isso tem relação com sua prisão, tampouco há elementos que permitam inferir com alguma segurança que esse evento tenha embaraçado sua trajetória profissional.

Por conseguinte, rejeito o pedido de declaração da condição de anistiado.

Tudo somado, impõe-se o julgamento de parcial procedência do pedido.

III – DISPOSITIVO

Diante do exposto, *JULGO PROCEDENTE EM PARTE* o pedido, extinguindo o feito com resolução de mérito nos termos do art. 487, I do CPC, para o fim de condenar a União a pagar ao autor indenização de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), cifra que deverá ser atualizada a partir da citação de acordo com o critério estabelecido no art. 1º —F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009.

Tendo em vista a sucumbência recíproca, condeno o autor ao pagamento de honorários à ré e esta ao pagamento de honorários ao autor, em ambos os casos no montante de 10% do valor da condenação. Registro que embora do ponto de vista meramente econômico a sucumbência do autor pareça ser mais intensa que a da ré, o STJ tem orientação sólida no sentido de que o valor requerido a título de indenização por dano moral não constitui parâmetro seguro para o arbitramento de honorários: — em linhas gerais, essa é a ideia contida na súmula 326 da Corte: Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.

Fica suspensa a exigibilidade das custas e honorários devidos pelo autor enquanto persistirem as condições que ensejaram a concessão da AJG.

Revista do TRF3 - Ano XIX - n. 136 - Jan./Mar. 2018

A sentença não está sujeita ao reexame necessário.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Araraquara (SP), 31 de julho de 2017.

Juiz Federal Substituto MÁRCIO CRISTIANO EBERT

MANDADO DE SEGURANÇA

0004707-36.2016.4.03.6109

Impetrante: PPE FIOS ESMALTADOS S.A.

Impetrado: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM PIRACICABA - SP

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE PIRACICABA - SP

Juiz Federal: FERNANDO CEZAR CARRUSCA VIEIRA

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/11/2017

I - RELATÓRIO

Cuida-se de *MANDADO DE SEGURANÇA*, com *pedido de liminar*, impetrado por *PPE FIOS ESMALTADOS S.A.* (CNPJ n.º 62.255.682/0001-30) em face do *SENHOR DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM PIRACICABA/SP*, objetivando, *em síntese*, o reconhecimento do direito líquido e certo de aplicação da redução das alíquotas / incentivo do REINTEGRA impostas pelos Decretos n.º 8.415/2015 e Decreto n.º 8.543/15 somente após o decurso do lapso temporal de 90 (noventa) dias em respeito à *anterioridade nonagesimal* (§ 6º do art. 195 da CF), assegurando-se o direito de compensação dos valores indevidamente recolhidos a tal título, com incidência de juros e correção monetária pelos mesmos índices utilizados pelo Fisco federal, a par do ressarcimento das custas processuais.

Aduz que o *REINTEGRA – Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras* foi instituído pela Lei n.º 12.456/2011, com o objetivo de tornar o produto interno mais competitivo no mercado internacional, sendo que permite à empresa exportadora de bens manufaturados no país o recebimento de crédito equivalente a 3% da receita de exportação, a fim de que seja compensado com débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, ou seja objeto de ressarcimento.

Coloca que o benefício perdurou inicialmente até 31/12/2013, tendo sido reinstituído por intermédio da Lei n.º 13.043/14 e regulamentado pelo Decreto n.º 8.304/14 e pela Portaria n.º 428/14, a qual determinou a aplicação de percentual de 3% sobre a receita auferida pela pessoa jurídica produtora com a exportação para o exterior dos bens relacionados no Anexo único do Decreto regulamentador.

Pontua que, posteriormente, foi publicado o Decreto n.º 8.415/15, o qual reduziu as alíquotas anteriormente fixadas, bem como revogou o Decreto n.º 8.304/14, tendo determinado, inclusive, a produção de efeitos retroativos a 14/11/2014, e que, na sequência, foi editado o Decreto n.º 8.543/15 para estabelecer novas reduções.

Salienta que a situação exposta viola o princípio da anterioridade nonagesimal insculpido no §6º do art. 195 da CF/88, na medida em que a redução das alíquotas de incentivo acabam por majorar a carga tributária dos contribuintes.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 20/42, Mídia – fls. 41.

Às fls. 45/46 foi proferido despacho ordinatório, que determinou a exclusão de filial da impetrante sediada em Joinville do polo passivo, a par de outras determinações tendentes ao saneamento do feito, o que restou cumprido às fls. 49/65.

Interposto recurso de embargos de declaração (fls. 4/52), foi proferida decisão às fls. 67/68 que rejeitou o recurso.

Foi comunicada a interposição de recuso de agravo de instrumento (fls. 70/80).

Informações do impetrado às fls. 84/97, para sustentar a inadequação da via eleita, e a legalidade do ato apontado como coator.

A *FAZENDA NACIONAL* declarou-se ciente (fls. 98).

Manifestação do *MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL* às fls. 100/103 abstendo-se da análise do mérito do pedido.

Na oportunidade vieram os autos conclusos para *sentença*.

É a síntese de necessário.

FUNDAMENTO e DECIDO.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Do mandado de segurança.

Segundo preceitua o artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição da República, trata-se o mandado de segurança de ação colocada à disposição do indivíduo para a salvaguarda de direito líquido e certo coibido por ilegalidade ou abuso de poder, levados a efeito por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Sua concessão requer não apenas que haja o direito alegado, em verdade o que se exige é a precisão e a comprovação, no momento da impetração da ação, dos fatos e situações que ensejam o exercício do direito que se alega ter, ou seja, prova pré-constituída.

Tem a ação como objeto a correção de ato ou omissão ilegal de autoridade a direito do impetrante que deve se apresentar com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício quando a impetração.

Da declaração do direito de compensação tributária.

Inicialmente, quanto ao pleito de declaração do direito à compensação tributária, cumpre consignar que a via do mandado de segurança se mostra adequada ao fim pretendido, sobretudo na hipótese em que o impetrante comprova sua condição de credor tributário, eis que a Primeira Seção do C. STJ, no julgamento do REsp 1.111.164/BA, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, submetido ao rito dos recursos repetitivos, consolidou o entendimento segundo o qual nos casos em que se pleiteia o direito à compensação tributária, deve o impetrante, para o fim de comprovar seu interesse de agir, comprovar a sua condição de credor.

Ainda sobre o tema, eis o teor da Súmula 213 da jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça: “O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária”.

Na espécie, a condição de credor tributário do impetrante pode ser suficientemente inferida a partir dos documentos trazidos às fls. 41 - *Mídia*, na medida em que demonstrado o recolhimento das exações, cuja compensação é ora pretendida.

Por estas razões, *afasto* a preliminar de inadequação da via eleita.

Do prazo decadencial.

Com relação ao prazo decadencial para impetração, cumpre consignar que o mandado de segurança que visa à obtenção de declaração do direito à compensação de tributos indevidamente recolhidos, por seu *caráter preventivo*, não está sujeito a prazo decadencial para sua impetração (TRF da 3ª Região, 6ª Turma, AMS 317003, Rel. Des. Federal Mairan Maia, DJ 13.03.2014).

Do caso concreto.

No caso concreto, os impetrantes pleiteiam, em síntese, o reconhecimento do direito

líquido e certo de aplicação da redução das alíquotas / incentivo do REINTEGRA impostas pelos Decretos n.º 8.415/2015 e Decreto n.º 8.543/15 somente após o decurso do lapso temporal de 90 (noventa) dias em respeito à anterioridade nonagesimal (§ 6º do art. 195 da CF), assegurando-se o direito de compensação dos valores indevidamente recolhidos a tal título, com incidência de juros e correção monetária pelos mesmos índices utilizados pelo Fisco federal, a par do ressarcimento das custas processuais.

Presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, *passo ao exame do mérito*.

Sobre a pretensão concretamente deduzida nos autos, *cinge-se a controvérsia* ao exame da incidência ou não do *princípio da anterioridade nonagesimal* no âmbito da redução dos percentuais relativos aos custos fiscais a serem reintegrados à empresa exportadora, por meio do regime do REINTEGRA.

Alega a impetrante, em síntese, que os mencionados créditos reintegrados não se referem a simples redução dos benefícios do REINTEGRA, mas verdadeira majoração indireta das contribuições ao PIS e à COFINS, aplicando-se, portanto, a garantia prevista no §6º do art. 195 da CF/88.

Por sua vez, a autoridade coatora pontua que o REINTEGRA em questão se caracteriza como benefício fiscal operado mediante outorga de crédito, razão pela qual não se confundiria com isenção ou redução da base de cálculo de tributo.

É a *síntese da controvérsia*.

O incentivo fiscal denominado REINTEGRA foi inicialmente previsto na Lei n. 12.456/11 (fruto de conversão da MP 540/11), que, *in verbis*, assim dispôs em seus artigos 1º e 2º:

Art. 1º É instituído o Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (Reintegra), com o *objetivo de reintegrar valores referentes a custos tributários federais residuais existentes nas suas cadeias de produção*.

Art. 2º No âmbito do Reintegra, a pessoa jurídica produtora que efetue exportação de bens manufaturados no País poderá apurar valor para fins de ressarcir parcial ou integralmente o resíduo tributário federal existente na sua cadeia de produção.

§ 1º O valor será calculado mediante a *aplicação de percentual estabelecido pelo Poder Executivo sobre a receita decorrente da exportação de bens produzidos pela pessoa jurídica* referida no *caput*.

§ 2º O Poder Executivo poderá fixar o percentual de que trata o § 1º entre zero e 3% (três por cento), *bem como poderá diferenciar o percentual aplicável por setor econômico e tipo de atividade exercida*.

§ 3º Para os efeitos deste artigo, considera-se bem manufaturado no País aquele:

I - classificado em código da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (Típi), aprovada pelo Decreto no 6.006, de 28 de dezembro de 2006, relacionado em ato do Poder Executivo; e

II - cujo custo dos insumos importados não ultrapasse o limite percentual do preço de exportação, conforme definido em relação discriminada por tipo de bem, constante do ato referido no inciso I deste parágrafo.

§ 4º A pessoa jurídica utilizará o valor apurado para:

I - efetuar compensação com débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, observada a legislação específica aplicável à matéria; ou

II - solicitar seu ressarcimento em espécie, nos termos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

§ 5º Para os fins deste artigo, considera-se exportação a venda direta ao exterior ou à empresa comercial exportadora com o fim específico de exportação para o exterior.

....

§ 11. Do valor apurado referido no *caput*:

I - 17,84% (dezessete inteiros e oitenta e quatro centésimos por cento) corresponderão a crédito da Contribuição para o PIS/Pasep; e

II - 82,16% (oitenta e dois inteiros e dezesseis centésimos por cento) corresponderão a crédito da Cofins.

§ 12. *Não serão computados na apuração da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins os valores ressarcidos no âmbito do Reintegra.* (g. n.).

Posteriormente, assim dispôs a Lei n.º 13.043/14, que reinstituiu o REINTEGRA:

Seção VI

Do Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras
Art. 21. Fica *reinstituído o Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras - REINTEGRA, que tem por objetivo devolver parcial ou integralmente o resíduo tributário remanescente na cadeia de produção de bens exportados.* (grifo nosso).

Art. 22. No âmbito do Reintegra, a pessoa jurídica que exporte os bens de que trata o art. 23 poderá apurar crédito, mediante a aplicação de percentual estabelecido pelo Poder Executivo, sobre a receita auferida com a exportação desses bens para o exterior.

§ 1º O percentual referido no *caput* poderá variar entre 0,1% (um décimo por cento) e 3% (três por cento), admitindo-se diferenciação por bem.

§ 2º Excepcionalmente, poderá ser acrescido em até 2 (dois) pontos percentuais o percentual a que se refere o § 1º, em caso de exportação de bens em cuja cadeia de produção se verifique a ocorrência de resíduo tributário que justifique a devolução adicional de que trata este parágrafo, comprovado por estudo ou levantamento realizado conforme critérios e parâmetros definidos em regulamento.

§ 3º Considera-se também exportação a venda a empresa comercial exportadora - ECE, com o fim específico de exportação para o exterior.

§ 4º Para efeitos do *caput*, entende-se como receita de exportação:

I - o valor do bem no local de embarque, no caso de exportação direta; ou

II - o valor da nota fiscal de venda para ECE, no caso de exportação via ECE.

§ 5º Do crédito de que trata este artigo:

I - 17,84% (dezessete inteiros e oitenta e quatro centésimos por cento) serão devolvidos a título da Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - Contribuição para o PIS/Pasep; e

II - 82,16% (oitenta e dois inteiros e dezesseis centésimos por cento) serão devolvidos a título da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS.

§ 6º O valor do crédito apurado conforme o disposto neste artigo não será computado na base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep, da Cofins, do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL.

§ 7º Na hipótese de exportação efetuada por cooperativa ou por encomendante, admite-se que os bens sejam produzidos pelo cooperado ou pelo encomendado, respectivamente.

Art. 23. A apuração de crédito nos termos do Reintegra será permitida na exportação de bem que cumulativamente:

I - tenha sido industrializado no País;

II - esteja classificado em código da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI, aprovada pelo Decreto no 7.660, de 23 de dezembro de 2011, e relacionado em ato do Poder Executivo; e

III - tenha custo total de insumos importados não superior a limite percentual do preço de exportação, limite este estabelecido no ato de que trata o inciso II do *caput*.

§ 1º Para efeitos do disposto no inciso I do *caput*, considera-se industrialização, nos termos da legislação do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, as operações de:

I - transformação;

II - beneficiamento;

III - montagem; e

IV - renovação ou recondicionamento.

§ 2º Para efeitos do disposto no inciso III do *caput*:

I - os insumos originários dos demais países integrantes do Mercado Comum do Sul - MERCOSUL que cumprirem os requisitos do Regime de Origem do MERCOSUL serão considerados nacionais;

II - o custo do insumo importado corresponderá a seu valor aduaneiro, adicionado dos montantes pagos do Imposto de Importação e do Adicional sobre Frete para Renovação da Marinha Mercante, se houver;

III - no caso de insumo importado adquirido de empresa importadora, o custo do insumo corresponderá ao custo final de aquisição do produto colocado no armazém do fabricante exportador; e

IV - o preço de exportação será o preço do bem no local de embarque.

Art. 24. O crédito referido no art. 22 somente poderá ser:

I - compensado com débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, observada a legislação específica; ou

II - ressarcido em espécie, observada a legislação específica.

Art. 25. A ECE é obrigada ao recolhimento de valor correspondente ao crédito atribuído à empresa produtora vendedora se:

I - revender, no mercado interno, os produtos adquiridos para exportação; ou

II - no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data da emissão da nota fiscal de venda pela empresa produtora, não houver efetuado a exportação dos produtos para o exterior.

Parágrafo único. O recolhimento do valor referido no *caput* deverá ser efetuado:

I - acrescido de multa de mora ou de ofício e de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do mês subsequente ao da emissão da nota fiscal de venda dos produtos para a ECE até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e de 1% (um por cento) no mês do pagamento;

II - a título da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, nas proporções definidas no § 50 do art. 22; e

III - até o 100 (décimo) dia subsequente:

a) ao da revenda no mercado interno; ou

b) ao do vencimento do prazo estabelecido para a efetivação da exportação para o exterior.

Art. 26. O Reintegra não se aplica à ECE.

Art. 27. Poderão também fruir do Reintegra as pessoas jurídicas de que tratam os arts. 11-A e 11-B da Lei nº 9.440, de 14 de março de 1997, e o art. 1º da Lei nº 9.826, de 23 de agosto de 1999.

Art. 28. No caso de industrialização por encomenda, somente a pessoa jurídica encomendante poderá fruir do Reintegra

Art. 29. O Poder Executivo regulamentará o disposto nos arts. 21 a 28, contemplando a relação de que trata o inciso II do *caput* do art. 23.

Pela legislação em questão, verifica-se que o *REINTEGRA* é um incentivo fiscal instituído para desonerar o exportador produtor de bens manufaturados, a fim de estimular

as exportações. Tem por objetivo reintegrar valores referentes a custos tributários residuais – impostos pagos ao longo da cadeia produtiva e que não foram compensados. A partir do REINTEGRA seria possível para as empresas exportadoras efetuarem compensação de resíduos tributários com débitos próprios ou mesmo solicitarem seu ressarcimento em espécie, nos termos estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, a fim de contornar as dificuldades encontradas pelas empresas brasileiras exportadoras, proporcionando igualdade de condições em um ambiente de competição cada vez mais acirrada.

A legislação de regência atribuiu ao Poder Executivo, mediante decreto, a prerrogativa de aumentar ou reduzir a reintegração até o percentual limite de 3% sobre a receita decorrente da exportação de bens industriais exportados pelas empresas, bem como a de diferenciar os percentuais de acordo com o bem produzido.

De fato, a instituição do REINTEGRA revela medida de inequívoco intuito extrafiscal, através da qual se pretende estimular atividades de exportação, consideradas ideais¹ para fomento do desenvolvimento econômico nacional, *reduzindo a carga tributária sobre ela incidente, assim como eventuais resíduos*.

Nesse sentido, *para elucidação da questão controvertida, cumpre analisar a natureza jurídica dos valores reintegrados*.

Ab initio, considerando-se que a Lei n.º 12.546/11, e, atualmente a Lei n.º 13.043/14 proporciona para as empresas, tais como a impetrante, o ressarcimento de custos tributários residuais ou, em outros termos, resíduo tributário remanescente na cadeia de produção – impostos pagos ao longo da cadeia produtiva e que não foram compensados – incidentes, pois, sobre o exercício do respectivo objeto social (exportação de produtos manufaturados), *revela-se indene de dúvidas a constatação de que os valores decorrentes do incentivo fiscal se caracterizam como riqueza nova*, eis que reintegram *genericamente* as receitas decorrentes da atividade produtiva da impetrante, representando incremento de capacidade contributiva do contribuinte.

De fato, repisando o conceito de renda, temos que, segundo Marçal Justen Filho, “(...) a renda consiste numa diferença que tem em mente a riqueza pré-existente, as despesas efetivadas para a aquisição de riqueza nova e o ingresso que possa ser obtido a partir de então. Existem diversas teorias, até mesmo em nível de Direito Positivo, mas em todas elas prevalece esse conceito, prevalece a ideia de que há necessidade, para definir renda, de distinguir o conjunto das despesas, o conjunto dos investimentos, o conjunto dos desembolsos efetivados relativamente ao conjunto das receitas que são produzidas a partir desse desembolso; ou, eventualmente, até independentemente desse desembolso (...)”².

Assim, o que se afigurava como custo embutido, passa a incrementar o resultado das atividades operacionais na condição de saldo credor perante o Estado, *para livre fruição*, denotando evidente *capacidade contributiva*, nas perspectivas objetiva - manifestação de riqueza orientando a atividade de eleição, pelo legislador, de eventos que demonstrem aptidão para concorrer às despesas públicas - e *subjetiva* - expressa a aptidão de contribuir para as

1 PAULSEN, Leandro. Curso de direito tributário: completo. 4. Ed. Ver. Atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

2 JUSTEN FILHO, Marçal. Periodicidade do Imposto de Renda I, Mesa de Debates. Revista de Direito Tributário n.º 63. São Paulo: Malheiros, p. 17, citado por PAULSEN, Leandro. Impostos federais, estaduais e municipais. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

despesas públicas na medida das possibilidades econômicas de determinada pessoa³.

Sob este prisma, à luz do que se depreende das informações prestadas pela autoridade coatora, em se tratando o incentivo fiscal em questão, de subvenção corrente para custeio ou operação, a qual *não* exige uma aplicação específica dos recursos em investimentos, a pretensão de relacionar os valores decorrentes do REINTEGRA à apuração do PIS e da COFINS carece de amparo normativo, *sequer* podendo-se falar em interferência nos aspectos da norma tributária impositiva.

Dessa forma, na medida em que os valores genericamente reintegrados destinam-se a livre fruição pelo contribuinte favorecido, temos que estes recursos, a par de *não* se identificarem com a noção de custos ou investimentos para manutenção ou expansão da fonte produtora, *não* se colocam na perspectiva de repetição de indébito afeto às contribuições ao PIS e à COFINS. A referência a tais contribuições se dá *apenas* na perspectiva de fonte de financiamento do benefício fiscal em questão, como, aliás, depreende-se do exame do artigo 22, §5º da Lei n.º 13.043/14, o qual, *em momento algum*, trata de quaisquer dos aspectos das normas tributárias impositivas afetas a estas contribuições. Eis, assim, *in verbis*, o teor dos dispositivos:

Art. 22. No âmbito do Reintegra, a pessoa jurídica que exporte os bens de que trata o art. 23 poderá apurar crédito, mediante a aplicação de percentual estabelecido pelo Poder Executivo, sobre a receita auferida com a exportação desses bens para o exterior. (Vigência) (Regulamento)

§ 1º O percentual referido no *caput* poderá variar entre 0,1% (um décimo por cento) e 3% (três por cento), admitindo-se diferenciação por bem.

(...)

§ 5º *Do crédito de que trata este artigo:*

I - 17,84% (dezessete inteiros e oitenta e quatro centésimos por cento) *serão devolvidos a título da Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - Contribuição para o PIS/Pasep; e*

II - 82,16% (oitenta e dois inteiros e dezesseis centésimos por cento) *serão devolvidos a título da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS.*

Tanto é assim que os valores reintegrados derivam de simples aplicação do percentual definido sobre a receita auferida com a exportação de bens para o exterior, ou seja, não se verifica conexão específica, *mas meramente presumida, reflexa e indireta, em relação aos eventuais resíduos tributários remanescentes. Não há majoração de tributo.*

E, acerca das limitações constitucionais ao poder de tributar, importa mencionar que a Constituição da República estabeleceu a imunidade das receitas decorrentes de exportação em relação às contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico (artigo 149, §2º, I, incluído pela Emenda Constitucional n.º 33/2001).

Quanto ao *princípio da anterioridade nonagesimal*, a alínea “c” do inciso III do art. 150 da CRFB/88 dispõe sobre a impossibilidade de cobrança de tributo antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, e o §6º do artigo 195, também da Constituição, estabelece que as contribuições sociais de que trata referido dispositivo constitucional só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado.

3 COSTA, Regina Helena. Princípio da Capacidade Contributiva, 1ª. Ed. Malheiros, São Paulo, 1993, p. 26. Obra citada na Arguição de Inconstitucionalidade Cível n.º 0005067-86.2002.403.6100/SP (TRF 3ªR, Órgão Especial, Rel. Des. Federal Mairan Maia, DJ: 28/03/2012).

Neste contexto, tratando-se os valores reintegrados de créditos perante o Estado, decorrentes de simples aplicação do percentual definido sobre a receita auferida com a exportação de bens para o exterior, ou seja, *sem conexão específica*, mas meramente presumida, indireta e reflexa em relação aos eventuais resíduos tributários remanescentes na cadeia produtiva de exportação de determinados bens, *não* se afigura possível ampliar a limitação constitucional do poder de tributar, *in casu* o *princípio da anterioridade nonagesimal*, a fim de abranger hipótese *não* prevista pela Constituição da República.

Ademais, ainda que a redução de benefícios fiscais acarrete majoração dos custos da impetrante, ante a redução da devolução de resíduos tributários incidentes, tal contexto *não* se afigura apto a conduzir, *por vias transversas*, à ampliação de garantia *em perspectiva que desborda do texto constitucional*.

E mesmo o alcance previsto no § 6º do artigo 22, da Lei n.º 13.043/14⁴ afigura-se *inapto* para afastar as presentes conclusões, na medida em que prevista garantia de dedução de valor de crédito em face de determinados tributos por meio de aplicação de uma fórmula genérica, com parâmetros percentuais previamente conhecidos, *inclusive quanto ao aspecto de sua variabilidade*. Em outros termos, a alteração dos percentuais previstos nos limites daqueles aplicáveis de acordo com a legislação de regência *não* conduz à surpresa ou incidência direta ou imediata sobre as bases de outros tributos. A relação existente é meramente reflexa.

De outro giro, ressalte-se que, como preleciona a doutrina⁵, *não* há possibilidade de qualquer delegação de competência legislativa ao Executivo para que institua tributo, qualquer que seja, tampouco para que integre a norma tributária impositiva, ressalvadas apenas as atenuações através das quais a própria Constituição, de modo excepcional, autoriza a gradação de alíquotas pelo Executivo, nas condições e limites de lei (artigo 153, §1º) ou, simplesmente, sua redução ou restabelecimento (art. 177, §4º, b), o que está a reforçar, inclusive, o entendimento de que, em todos os demais casos sequer atenuação será possível, restando vedada a integração da norma tributária impositiva pelo Executivo, que deve se limitar a editar os regulamentos para fiel execução da lei, nos termos do disposto no artigo 84 da CRFB/88.

A vinculação do Executivo à lei em matéria tributária é tal que *não* está autorizado a inovar sequer em favor do contribuinte, pois a própria desoneração *pressupõe lei específica*, nos termos do artigo 150, §6º, da CRFB, que, *in verbis*, *dispõe que qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g*⁶.

Neste contexto, caso prevalente a tese exposta na exordial, a delegação de competência prevista no artigo 22 da Lei n.º 13.043/14 *sequer* ostentaria fundamento de validade.

Além disso, em âmbito infraconstitucional, há que se considerar em termos de interpretação da legislação tributária, que o artigo 111 do CTN estabelece que as regras atinentes à *suspensão ou exclusão do crédito tributário, a outorga de isenção e a dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias* devem ser consideradas como regras de exceção,

4 “O valor do crédito apurado conforme o disposto neste artigo não será computado na base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep, da Cofins, do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL”

5 Op. Cit.

6 Op. Cit.

aplicáveis nos limites daquilo que foi pretendido pelo legislador, considerando-se as omissões como “silêncio eloquente”, não se devendo integrá-las pelo recurso à analogia (STJ, 1ª Turma, RE 36.366-7, Rel. Min. Milton Pereira, 1993).

Tais premissas, por outro lado, *não* devem inadvertidamente conduzir à conclusão de que o Estado *não* estaria sujeito a limites.

Ora, sobre o tema, ressalte-se, por oportuno, o posicionamento de Karl Heinrich Friauf, citado por Humberto Ávila⁷:

Livre e responsável somente pode dispor quem está na situação de calcular as consequências tributárias de suas medidas. Onde o legislador puder minar como quiser os fundamentos tributários de um investimento por meio de regras retrospectivas, lá se transformariam a decisão empresarial em jogo de azar (Glucksspiel), a consultoria tributária em Astrologia. Ao jogo de azar e à Astrologia, porém, não pode uma coletividade, que se entende um Estado de Direito, forçar, em nenhum caso, seus cidadãos.

Neste contexto, indene de dúvidas se revela a impossibilidade de redução retroativa dos percentuais destinados à equação da reintegração deferida aos contribuintes.

Todavia, ainda que incidente a vedação ao caráter retrospectivo, infere-se da própria peça exordial que os decretos regulamentadores *não* reduziram percentuais em tal direção.

Neste sentido, como se percebe da redação dos incisos I a III do §7º do artigo 2º do Decreto n.º 8.415 de 27 de fevereiro de 2015, inclusive na posterior redação dada pelo Decreto n.º 8.543 de 21 de outubro de 2015, *a redução dos percentuais foi estabelecida para período posterior à edição das normas em cena*, sendo que, em todo caso, a edição dos atos posteriores manteve incólumes os percentuais fixados pelo ato regulamentador anterior *no que tange às competências já decorridas*. É o que se depreende da sucessão legislativa a seguir exposta:

Decreto n.º 8.415, de 27 de fevereiro de 2015.

Art. 2º A pessoa jurídica que exporte os bens de que trata o art. 5º poderá apurar crédito, mediante a aplicação do percentual de 3% (três por cento), sobre a receita auferida com a exportação desses bens para o exterior.

(...)

§ 7º O percentual de que trata o *caput* será de:

I - 1% (um por cento), entre 1º de março de 2015 e 31 de dezembro de 2016;

I - 1% (um por cento), entre 1º de março de 2015 e 30 de novembro de 2015; (*Redação dada pelo Decreto nº 8.543, de 2015*)

II - 2% (dois por cento), entre 1º de janeiro de 2017 e 31 de dezembro de 2017; e

II - 0,1% (um décimo por cento), entre 1º de dezembro de 2015 e 31 de dezembro de 2016; (*Redação dada pelo Decreto nº 8.543, de 2015*)

II - 0,1% (um décimo por cento), entre 1º de dezembro de 2015 e 31 de dezembro de 2016; e (*Redação dada pelo Decreto nº 9.148, de 2017*)

III - 3% (três por cento), entre 1º de janeiro de 2018 e 31 de dezembro de 2018.

III - 2% (dois por cento), entre 1º de janeiro de 2017 e 31 de dezembro de 2017; e (*Redação dada pelo Decreto nº 8.543, de 2015*)

III - 2% (dois por cento), entre 1º de janeiro de 2017 e 31 de dezembro de 2018. (*Redação dada pelo Decreto nº 9.148, de 2017*)

IV - 3% (três por cento), entre 1º de janeiro de 2018 e 31 de dezembro de 2018. (*Incluído pelo Decreto nº 8.543, de 2015*) (*Revogado pelo Decreto nº 9.148, de 2017*)

7 ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica. 4. Ed., rev., atual., e ampl. – São Paulo: Malheiros, 2016.

(...)

E em sede jurisprudencial, registro, por oportuno, o seguinte precedente do Pretório Excelso: (...) *A revisão ou revogação de benefício fiscal, por se tratar de questão vinculada à política econômica que pode ser revista pelo Estado a qualquer momento, não está adstrita à observância das regras de anterioridade tributária previstas na Constituição.* (...) STF. 2ª Turma. RE 617389 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 08/05/2012.

Destaque-se, *por outro lado*, que não se desconhece o julgado mencionado pelo contribuinte na peça exordial, qual seja, o proferido pela 1ª Turma do STF, por ocasião da apreciação do RE 564225 AgR/RS (Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 2/9/2014 - Info 757).

Ocorre, *entretanto*, que, a par da divergência de posicionamento existente no âmbito da própria Corte Suprema, o caso concreto, que consubstanciou a *causa de pedir* exposta no bojo do RE 564225 AgR/RS, referia-se, especificamente, à questão distinta do presente *writ* e atinente à revogação de ato normativo editado pelo Governo do Rio Grande do Sul, que havia reduzido a base de cálculo do ICMS, concedendo benefício fiscal por tempo indeterminado, sem observância das regras da anterioridade tributária.

Sob este aspecto, trago à colação o seguinte trecho do voto do i. Min. Luiz Fux:

(...) - Não, estou querendo conciliar, digamos assim, os princípios constitucionais, que limitam o poder de tributar, com - digamos assim - essa questão hoje tão importante da segurança jurídica que, no campo tributário, recebe o nomen iuris de surpresa fiscal. Então, nesse sentido, *tendo em vista esse quadro fático, muito embora já tenha havido uma base, mas ela foi reduzida, aumentou essa base de cálculo, e, a fortiori, aumentou-se o tributo que impõe exatamente.... Com a devida vênia da divergência, acompanho o voto do eminente Ministro-Relator.* (com destaques).

Sob este prisma, o suporte fático delineado no presente *writ* desassemelha-se da hipótese tratada no RE supracitado, na medida em que inexistente, no presente caso, uma *conexão específica*, mas, sim, uma referência meramente presumida, indireta ou reflexa em relação aos eventuais resíduos tributários remanescentes na cadeia produtiva de exportação de determinados bens. *Repise-se: sequer pode-se falar em interferência direta nos aspectos de norma tributária impositiva.*

Ademais, deve-se considerar que a fixação dos percentuais de incentivo respeitaram os parâmetros delineados pela legislação de regência, traduzindo-se os respectivos atos regulamentadores em regular exercício de prerrogativa estatal tendentes à análise e concessão de incentivos para estímulo, por consequência, das exportações, de acordo com a necessidade dos setores econômicos e da atividade exercida e regular alcance dos objetivos extrafiscais. Deste teor, o seguinte e ilustrativo julgado do E. TRF da 3ª Região:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. REINTEGRA. ART. 150, III, 'C', DA CF. LEI 12.546/2011. REGULAMENTAÇÃO. DECRETO 8.415/2015 E DECRETO 8.543/2015. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE NONAGESIMAL.

1. *O cerne da questão em debate cinge-se à constitucionalidade da imediata aplicação dos Decretos 8.415 e 8.543/2015, ao estabelecer os percentuais de valores a serem reintegrados, que no entender da impetrante configuraria aumento indireto de tributos, pela revogação de benefício fiscal, até então concedido.*

2. *A regulamentação ora combatida, na realidade, não tratou de redução da alíquota do benefício fiscal concedido pelo Governo, mas de sua devida fixação, uma vez que a Lei ins-*

tituidora do REINTEGRA previu expressamente o patamar dos percentuais que podem ser concedidos, ficando a sua fixação, dentro daqueles parâmetros, a critério do Poder Executivo.

3. Trata-se de benefício com características de incentivo fiscal, posto que a reintegração de valores referentes aos custos tributários residuais da cadeia produtiva de bens manufaturados, pelo exportador, visa estimular, por consequência, as exportações, de acordo com a necessidade dos setores econômicos e da atividade exercida.

4. A análise e definição da adequação da concessão desse incentivo, bem como de seus percentuais, dentro dos limites legais, encontram-se fora do alcance do presente julgado, não podendo o Judiciário imiscuir-se em questões decisórias de mérito administrativo, ficando limitado ao exame da legalidade dos atos.

5. A própria Lei 12.546/2011, em seu art. 2º, §2º, havia limitado entre zero e três por cento, o percentual a ser fixado pelo Poder Executivo.

6. Não houve a criação de um novo tributo nem o aumento indireto de carga tributária, mas apenas o exercício de prerrogativa legal, pela autoridade competente, em conformidade com os interesses administrativo-fiscais, de fixar os percentuais válidos para cada período, inexistindo na imediata aplicação dos indigitados Decretos, quaisquer ofensas ao princípio da anterioridade nonagesimal, tendo sido respeitados todos os critérios legais para a veiculação da medida.

7. Afastada a inconstitucionalidade em relação à alteração da alíquota do benefício fiscal, devidamente editado pelo Poder Executivo, por meio do Decreto 8415/15, alterado pelo Decreto 8543/15, dentro do seu âmbito de competência.

8. Apelação improvida. (TRF 3R, 6ª Turma, AS 364416-SP, Rel. Des. Federal Consuelo Yoshida, j. 20/10/2016) (g. n.).

Com efeito, a perspectiva extrafiscal do REINTEGRA, de forma intrínseca, exige e usufrui legitimamente de maior dinâmica instrumental para indução, ou não, dos comportamentos dos agentes econômicos, assim como para fins de eventuais rearranjos alinhados à capacidade estatal de subsidiar sua intervenção na economia.

Por estas razões, a *denegação* do pleito da impetrante é de rigor.

Destarte, entendo que a Impetrante *não* faz jus ao creditamento das diferenças decorrentes das alterações percentuais para futura compensação e/ou restituição desses valores, segundo o regramento legal vigente.

III - DISPOSITIVO

Ante o exposto, *DENEGO A SEGURANÇA* pleiteada, com resolução do mérito, com fulcro no artigo 487, inciso I do Código de Processo Civil.

Custas *ex lege*.

Indevidos honorários advocatícios (Artigo 25 da Lei 12.016/09).

Decisão *NÃO* sujeita ao duplo grau de jurisdição.

Oficie-se e intime-se a autoridade impetrada e a pessoa jurídica de representação processual da pessoa jurídica interessada para *ciência*.

Em caso de interposição de eventual recurso, proceda-se na forma do artigo 1.010, §1º ao §3º do NCPC.

Promova a Secretaria a devida consulta do andamento processual do recurso de agravo de instrumento interposto (fls. 71), e, caso pendente a tramitação, certifique-se, e *comunique-se* a presente sentença à (o) EXMO. (a) Sr. (a) Desembargador (a) Relator (a), como nossas homenagens e cautelas de praxe e estilo.

Por fim, sobrevindo o trânsito em julgado, intimem-se e remetam-se os autos ao arquivo com baixa.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Oficie-se.

Piracicaba (SP), de outubro de 2017.

Juiz Federal Substituto FERNANDO CEZAR CARRUSCA VIEIRA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA**0009452-86.2016.4.03.6100**

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ré: AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS.

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 25ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: DJALMA MOREIRA GOMES

Disponibilização da Sentença: REGISTRO EM TERMINAL 12/05/2017

Vistos em sentença.

Trata-se de Ação Civil Pública por meio da qual o *MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL* objetiva a condenação da *AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR* à obrigação de fazer “consistente em *alterar a Resolução Normativa nº 338/2013* (sem os destaques no original) para que passe a constar cobertura obrigatória pelo tempo indicado pelo médico ou psicólogo quando preenchidos um dos critérios já elencados na resolução, quais sejam: a) pacientes com diagnóstico primário ou secundário de transtornos neuróticos, transtornos relacionados com stress a transtornos somatoformes (CID F40 a F48); b) pacientes com diagnóstico primário ou secundário de síndromes comportamentais associadas a disfunções fisiológicas e a fatores físicos (CID F51 a F59); c) pacientes com diagnóstico primário ou secundário de transtornos do comportamento e emocionais da infância e adolescência (CID F90 a F98); d) pacientes com diagnóstico primário ou secundário de transtornos do desenvolvimento psicológico (CID F80, F81, F83, F88, F89); e) pacientes com diagnóstico primário ou secundário de transtornos do humor (CID F30 a F39); f) pacientes com diagnóstico primário ou secundário de transtornos mentais e comportamentais devido ou uso de substâncias psicoativas (CID F10 a F19); g) pacientes com diagnóstico primário ou secundário de transtornos específicos de personalidade (CID F60 a F69) e outros eventualmente incluídos”.

Narra o *Parquet* Federal, em suma, que a presente ação tem lastro no Inquérito Civil nº 1.34.001.006261/2014-01, instaurado (a partir da representação formulada por Aline de Cássia Antunes Pires) em face da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, em cujo procedimento restou apurado que a Agência Reguladora, através da *Resolução Normativa nº 338/2013*, *limitou, de modo inconstitucional*, a cobertura mínima obrigatória a ser garantida pelos planos de saúde em *12 sessões de psicoterapia anuais* (número ao depois ampliado para 18) quando o número de sessões deveria corresponder àquele indicado pelo profissional de saúde (médico ou psicoterapeuta).

Sustenta o autor da presente ACP que *a regulamentação produzida pela ANS está em desacordo com a Constituição Federal*, visto que a Carta Magna considera o direito à saúde como um dos direitos sociais garantidos (art. 6º), cujo direito, reputado como *fundamental*, é, nos termos do art. 196 da mesma Lei Maior, “um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas públicas 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”, direito esse que estaria sendo desprotegido ou insuficientemente protegido pela regulamentação ora objurgada.

Ademais, reputa o autor que tendo a Resolução 338/2013 sido editada com base no exercício da competência prevista no art. 4º da Lei 9.961/2000, cuja lei traça limites aos tratamentos a serem garantidos pelos planos privados de saúde – entre os quais não consta a limitação de sessões obrigatórias de psicoterapia – tais limitações não poderiam ser ampliadas pela norma regulamentadora.

Assim, assevera que “a ANS não poderia criar novas limitações não previstas em lei, pois não cabe ao intérprete estabelecer distinções onde o texto legal não o faz” e que “a ANS, ao limitar o número de sessões de psicologia, criou *norma abusiva e prejudicial* (destaquei) aos consumidores, uma vez que chancelou a conduta das operadoras de saúde em não arcar com número superior de sessões ainda que haja necessidade comprovada. Nítido, portanto, que a ANS exorbitou seu poder de regulamentação e normatização” (fl. 05).

Em suma, considera o autor desta ACP que a regulamentação estabelecida pela ANS está eivada de inconstitucionalidade e de ilegalidade “por ser *abusiva*”, uma vez que deveria exigir das operadoras de saúde o fornecimento da quantidade de sessões prescrita pelo respectivo profissional de saúde (médico ou psicoterapeuta) e não obrigá-las, tão somente, a oferecer uma quantidade mínima de sessões, mesmo que essa quantidade mínima estabelecida na Resolução seja inferior ao número de sessões indicado no caso concreto pelo profissional de saúde responsável pelo acompanhamento do paciente.

Com a inicial vieram documentos (fls. 08/213).

Citada, a ANS apresentou contestação batendo-se pela improcedência do pedido (fls. 225/246).

Argumenta que a pretensão, se acolhida, afrontaria o princípio da separação dos poderes insculpido no art. 2º da Carta Magna, vez que o Poder Judiciário estaria invadindo seara própria e exclusiva do Poder Executivo, a quem compete o exercício do Poder Regulamentar. Mais especificamente estaria, no caso concreto, invadindo a seara reservada pela Lei 9.656/98 à ANS, a quem compete promover a atualização do rol de procedimentos e eventos de saúde previstos na referida norma legal.

Aduzindo que há fundamentos técnicos para a limitação do número mínimo obrigatório das sessões de psicoterapia, cuja fixação comporta juízo de discricionariedade técnica, pediu que a ação fosse julgada improcedente, mas que, em caso de procedência, deveria ocorrer a delimitação da abrangência do provimento, cujos efeitos deveriam se circunscrever ao âmbito jurisdicional deste juízo.

Houve réplica (fls. 249/254).

Instadas a especificarem provas, as partes não requereram a produção de quaisquer outras provas (fls. 254 e 257/258).

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

Fundamento e DECIDO.

“Dabo mihi factum, dabo tibi ius”, isto é, uma vez trazido um fato a juízo, ao Poder Judiciário cabe aplicar o direito posto ao fato que lhe fora submetido, solucionando a controvérsia à luz do ordenamento jurídico.

Pois bem. O Ministério Público promove a presente Ação Civil Pública, em prol dos consumidores detentores de planos de saúde privados, os quais necessitem ou venham a necessitar de *tratamento psicoterápico ambulatorial*, insurgindo-se contra o disposto na Resolução Normativa nº 338/2013, da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, especificamente quanto ao ponto em que estabeleceu em *12 (doze) sessões anuais o limite mínimo obrigatório de sessões de psicoterapia* a serem fornecidas pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde (atualmente, a Resolução 387/2015 da ANS fixa esse limite em 18 sessões anuais), cujo limite, segundo o autor, extrapola os parâmetros da lei a que a inquinada Resolução visava a regulamentar (Lei 9.656, de 3 de junho de 1998), pedindo, pois, a *condenação* da ANS na

obrigação de fazer consistente em *alterar* essa Resolução para que da nova regulamentação *passse a constar que a cobertura obrigatória a ser fornecida pelo plano privado de assistência à saúde, em número de sessões anuais, será aquela prescrita pelo profissional de saúde (médico ou psicólogo) responsável pelo tratamento do paciente.*

O próprio autor define que o objeto da ação é a obtenção de provimento que estabeleça “a obrigatoriedade dos planos de saúde cobrirem as sessões de psicoterapia, conforme a necessidade de cada paciente e análise feita pelo médico ou psicólogo do caso concreto” (fl. 02).

Vale dizer, embora o autor tenha pedido a condenação da ANS em alterar sua Resolução (o que ao Poder Judiciário seria vedado em face do princípio da separação dos poderes – art. 2º da CF), o que de fato pretende, em última ratio, obter com esta ação, *É o reconhecimento judicial da ilegalidade do limite imposto pela Resolução da ANS (atualmente, Resolução 387/15), com a declaração de sua nulidade quanto ao número mínimo de sessões de psicoterapia obrigatórias a serem fornecidas* (atualmente, 18 sessões anuais) e a consequente determinação da prevalência da *obrigatoriedade de um atendimento sem limitações quanto ao número de sessões*, ficando o plano privado de assistência à saúde *obrigado a fornecer tantas sessões anuais de psicoterapia quantas constarem da prescrição* que, em cada caso concreto, for feita pelo respectivo profissional de saúde responsável pelo tratamento do paciente.

E é nesse escopo que passo a apreciar a pretensão deduzida.

De início, observo que a Ação Civil Pública é instrumento judicial adequado à proteção dos interesses coletivos e difusos¹, estando o Ministério Público legitimado a manejá-la, nos termos do art. 129, III, da Constituição da República.

De outro lado, não prospera a pretensão da ré, no sentido de que a decisão a ser proferida nestes autos irradie eficácia apenas e tão somente no âmbito territorial deste juízo. É que, sendo de âmbito nacional os efeitos do ato impugnado, por decorrência lógica, a eficácia da decisão aqui proferida também terá necessária e obrigatoriamente âmbito nacional, sob pena de fragmentação do sistema jurídico nacional.

Com essas observações, passo ao exame da pretensão.

O Rol de Procedimentos e Eventos de Saúde 2016, estabelecido pela Resolução 387/2015 da ANS, que substituiu a Resolução 338/2013, da mesma agência reguladora, dispõe, com base em suas Diretrizes de Utilização para cobertura de Procedimentos de Saúde Suplementar (Anexo II à Resolução), o seguinte:

108. SESSÃO DE PSICOTERAPIA

Cobertura mínima obrigatória de 18 sessões, por ano de contrato, quando preenchido pelo menos um dos seguintes critérios:

Referida normatização foi produzida, conforme se anuncia em seu título, “em vista do que dispõe o § 4º do artigo 10 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998; o inciso III do artigo 4º e o inciso II do artigo 10, ambos da Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000”.

Vale dizer, referida norma veio a lume para *regulamentar* o § 4º do artigo 10 da Lei 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, assim como o inciso III do artigo 4º e o inciso II do artigo 10, ambos da Lei 9.961/2000, que criou a ANS.

Ora, se a normatização tem o objetivo por ela anunciado, por óbvio deve circunscrever-se aos referidos textos legais, não podendo deles desbordar para inovar o ordenamento jurídico.

1 Carvalho Filho, José dos Santos, *in* Manual de Direito Administrativo, Atlas, 26.ª edição, p. 1066.

E esse desbordamento aconteceu, conforme se verá.

A Lei 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, estabelece em seu art. 1º que as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde deverão oferecer ao consumidor Plano Privado de Assistência à Saúde que seja capaz de proporcionar ao seu consumidor serviço de assistência à saúde sem limite financeiro.

Diz o art. 1º e seu inciso I:

Art. Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Vale dizer, ao oferecer ao consumidor um Plano de Saúde, a operadora já se dispõe, COMO REGRA GERAL, a garantir-lhe a assistência financeira SEM LIMITES FINANCEIROS.

É o risco do negócio.

E esse princípio - da amplitude da garantia - vem delineado no art. 10, de modo a não deixar dúvida de que a cobertura das situações, digamos “normais”, de saúde, isto é, as que não se distingam pela excepcionalidade ou pela extrema complexidade, deve ser ILIMITADA.

Diz o art. 10 da Lei 9.656/98:

Art. 10 É instituído o *plano-referência* de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, *exceto*: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) (sem os destaques no original)

I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim;

III - inseminação artificial;

IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética;

V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados;

VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar;

VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, ressalvado o disposto nas alíneas “c” do inciso I e “g” do inciso II do art. 12; (Redação dada pela Lei nº 12.880, de 2013) (Vigência)

VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico, observado o disposto no § 10 deste artigo; (Vide Medida Provisória nº 1.665, de 1998)

VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

VIII - procedimentos odontológicos, salvo o conjunto de serviços voltados à prevenção e manutenção básica da saúde dentária, assim compreendidos a pesquisa, o tratamento e a remoção de focos de infecção dentária, profilaxia de cárie dentária, cirurgia e traumatologia bucomaxilar; (Vide Medida Provisória nº 1.685-5, de 1998) (Revogado pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes;

X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente.

§ 1º As exceções constantes do inciso VII podem ser a qualquer tempo revistas e atualizadas pelo CNSP, permanentemente, mediante a devida análise técnico-atuarial. (Vide Medida Provisória nº 1.665, de 1998)

§ 1º As exceções constantes dos incisos deste artigo serão objeto de regulamentação pela ANS. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 2º As pessoas jurídicas que comercializam produtos de que tratam o inciso I e o § 10 do art. 10 desta Lei oferecerão, obrigatoriamente, a partir de 3 de dezembro de 1999, o plano-referência de que trata este artigo a todos os seus atuais e futuros consumidores. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 3º Excluem-se da obrigatoriedade a que se refere o § 2º deste artigo as pessoas jurídicas que mantêm sistemas de assistência à saúde pela modalidade de autogestão e as pessoas jurídicas que operem exclusivamente planos odontológicos. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Ao que se verifica, o *plano-referência* de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar relativamente às doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde deve oferecer cobertura ILIMITADA, já fazendo a própria lei as limitações que entendeu de fazer, não cabendo ao Regulamento para incluir restrições não autorizadas por lei.

É certo que o § 4º do artigo supra transcrito estabelece que:

§ 4º A amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será definida por normas editadas pela ANS. (Vide Medida Provisória nº 1.665, de 1998) (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Mas esse dispositivo há de ser entendido como uma delegação à Agência Reguladora de bem exercer seu papel EM BENEFÍCIO DO CONSUMIDOR, não em desfavor dele, como o fez a norma objurgada.

Primeiro, há que se lembrar que quando editada a Lei 9.656/98, sequer existia a ANS. Logo, essa autorização a ela somente sobreveio anos depois da Lei dos Planos de Saúde que, sem essa delegação, não poderiam oferecer planos com amplitude reduzida; segundo, ao que se verifica de uma análise mais percuciente da Lei, essa definição de amplitude pela ANS visava **ESTENDER A COBERTURA** para as exceções estabelecidas pelo art. 10 da Lei 9.656/98, tanto que o § 1º do art. 10, como visto acima, estabelece que as exceções constantes daquele dispositivo “serão objeto de regulamentação pela ANS”.

É de se indagar, regulamentação pra que, se já estavam excluídos da cobertura? Logicamente que para assegurar **ALGUMA COBERTURA**. Isto é, para **AMPLIAR A COBERTURA**.

Esse é também o sentido do § 4º do art. 10, qual seja, o de estabelecer a necessidade de

regulamentação do dispositivo legal para possibilitar um atendimento melhor possível do doente *SEM JAMAIS REDUZIR A AMPLITUDE DE COBERTURA* para o caso de doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde – como é o caso dos autos, em que a própria ANS reconhece que a depressão trata-se de “importante problema de saúde pública, que gera elevados custos aos indivíduos e à própria sociedade”(fl. 241).

De outro lado, não se desconhece que cabe à ANS (e somente a ela, não ao Judiciário, por exemplo) a elaboração do Rol de Procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades (Lei 9.961/2000, art. 4º, III), todavia, na elaboração desse rol de procedimentos lhe é defeso inovar o ordenamento jurídico.

Desse modo, não pode, a pretexto de elaborar Rol de Procedimentos, estabelecer limitações de cobertura ao arrepio da lei a que visa regulamentar.

De outro lado, tenho que chega a ser, não diria cínico, mas, ao menos, ingênuo o argumento de que o limite estabelecido (de dezoito sessões) é o mínimo de sessões de psicoterapia que a operadora do plano de saúde está obrigada a oferecer, podendo ela oferecer mais que esse limite. Ora, a experiência revela que isso não acontece na prática. As operadoras fazem (no máximo) aquilo que o órgão regulador/fiscalizador lhes impõe, o que é compreensível até em razão de questões de custos e de mercado.

Com essas considerações, tenho que a pretensão do autor há de ser acolhida para afastar da Resolução 387/2015, da ANS, o limite de sessões de psicoterapia, a fim de que o atendimento psicoterápico seja *ILIMITADO* quanto ao número de sessões, a depender, tão somente, da prescrição que for feita pelo profissional de saúde responsável pelo tratamento do paciente.

Diante do exposto, julgo procedente a ação para *ANULAR* o disposto no nº 1. *Caput*, da “108. SESSÃO DE PSICOTERAPIA” da Resolução 387/2015, da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, consistente na expressão “*Cobertura mínima obrigatória de 18 sessões, por ano de contrato*”.

Em razão dessa anulação, a *cobertura* ao detentor de *plano-referência* de assistência à saúde, *quanto ao número de sessões de psicoterapia*, passa a ser *ILIMITADA*, devendo o número de sessões corresponder à prescrição do profissional de saúde responsável pelo atendimento/tratamento psicoterápico do paciente.

Ainda em razão da presente decisão deverá a ANS expedir *comunicado* a *TODAS* as Operadoras de Planos de Saúde Privados *que operam no território nacional* informando-as sobre o teor da presente decisão.

Custas ex lege.

Em relação aos honorários advocatícios, no campo dos direitos difusos o art. 18 da Lei nº 7.347/85 estabelece que não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais.

Embora a lei só faça menção às associações, a jurisprudência do C. STJ é pacífica no sentido que tal isenção alcança todos os legitimados à propositura da ação (AGRESP 200702935022, OG FERNANDES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:22/09/2014 ..DTPB).

Ao que se verifica, a ação foi promovida pelo Ministério Público Federal, o qual não arca com honorários advocatícios, quando sucumbente, salvo no caso de inequívoca má-fé.

Bem por isso é que no seio do E. STJ tornou-se firme o entendimento de que, por critério

de simetria, não é cabível a condenação da parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios em favor da parte autora nos autos de ação civil pública, salvo comprovada má-fé, o que não vislumbro (AgRg no REsp 1386342/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, Julgado em 27/03/2014, DJE 02/04/2014; REsp 1422427/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, Julgado em 10/12/2013, DJE 18/12/2013 AgRg no AREsp 021466/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 13/08/2013, DJE 22/08/2013).

Logo, com esteio em tal posicionamento, não haverá a fixação de qualquer valor a título de honorários advocatícios.

P.R.I.

São Paulo (SP), 10 de maio de 2017.

Juiz Federal DJALMA MOREIRA GOMES

EMBARGOS DE TERCEIROS

0000599-58.2017.4.03.6131

Embargantes: TABATA ROMBESSO BASSETO E DANDARA ROMBESSO BASSETO
Embargada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BOTUCATU - SP
Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/08/2017

Vistos, em sentença.

São embargos de terceiro, ajuizados com fundamento em domínio, propostos por beneficiárias de plano privado de previdência (modalidade VGBL). Aduzem as embargantes, em suma, que a penhora determinada nos autos de execução em que a representante legal das promoventes figura como executada, atingiu bem que constitui a reserva de capital para plano de previdência que é de propriedade das embargantes, terceiras em relação à execução, pessoas de boa fé, e que, portanto, não poderiam ser atingidas pelo ato de constrição aqui mencionada. Postula concessão de liminar para o imediato desbloqueio dos valores correspondentes. Juntam documentos às fls. 12/30. Medida liminar *deferida parcialmente* por meio da decisão de fls. 32/34.

A embargada apresenta impugnação ao pedido inicial (fls. 37/39-vº, com documentos às fls. 40/41), alegando preliminar de ausência de interesse de agir das embargantes, e quanto ao mérito, sustentando a improcedência da pretensão inicial, na medida em que o numerário relacionado no contrato não lhes pertence, constituindo a percepção da prestação previdenciária mera expectativa de direito. Pede, em caso de procedência do pedido, a exoneração dos ônus sucumbenciais.

Réplica às fls. 44/49.

Instadas as partes em termos de especificação de provas, as embargantes nada requereram e a embargada não se manifesta (cf. certidão de fls. 50).

Vieram os autos com conclusão.

É o relatório.

Decido.

A preliminar de ausência de interesse de agir suscitada pela embargada não prospera. Isto porque a contestante confunde a noção de *expectativa de direito*, com a situação dos autos que – consoante já se adiantou ao tempo da decisão que apreciou o pedido de liminar – se enquadra no conceito jurídico de *estipulação em favor de terceiros*.

Ensina ilibada doutrina do Direito Civil que, *verbis*:

Dá-se estipulação em favor de terceiro quando, num contrato entre duas pessoas, pactua-se que a vantagem resultante do ajuste reverterá em benefício de terceiro, estranho à convenção e nela não representado.

É negócio peculiar, pois, em vez de resultarem do contrato obrigações recíprocas entre os contraentes, apenas um deles assume o encargo de realizar a prestação em favor de terceiro. Por conseguinte, nessa relação jurídica aparecem três figurantes: o estipulante, o promitente e o beneficiário. Estipulante é o que obtém do promitente, ou devedor, a promessa em favor do beneficiário (g.n.). [SÍLVIO RODRIGUES, “Direito Civil – Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade”, v. 3, 25ª ed., rev., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 93].

Pois bem. É absolutamente similar a esta a situação jurídica adversada no contrato objeto da lide, uma vez que mediante o pagamento de um prêmio inicial, a estipulante (mãe e representante legal das beneficiárias) conseguiu da instituição financeira – promitente devedora –, a promessa de pagar às embargantes – beneficiárias –, por ocasião de sua morte, ou em data posterior prevista para resgate, o pagamento de uma pensão previdenciária proporcional à renda do capital empregado. Modalidade de convenção essa que se compara, perfeitamente, ao seguro de vida, pacto que, desde os clássicos, vem sendo reconhecido como modalidade do gênero estipulação em favor de terceiros. Diz a doutrina:

O caso mais nítido de estipulação em favor de terceiro se encontra no seguro de vida. Uma pessoa (o estipulante), mediante o pagamento de prêmios anuais consegue da seguradora (promitente) a promessa de pagar a terceiros por aquela indicados (beneficiários), e por ocasião de sua morte, uma importância em dinheiro. O terceiro beneficiário não é parte no negócio jurídico concluído entre segurador e segurado; apenas se beneficia com a promessa daí resultante (g.n.).

[*Op cit.*, p. 94].

Trata-se, a toda evidência, portanto, de negócio existente e válido desde a assunção das obrigações estabelecidas entre estipulante e promitente – e, portanto, traslativo de todos os direitos e obrigações dele decorrentes desde a celebração –, apenas com a eficácia sujeita ao termo previsto na contratação, cláusula meramente accidental do negócio jurídico, que não afasta seja a legitimidade, seja o interesse dos beneficiários para exigir o seu cumprimento, ou defender eventuais interesses dele decorrentes. Tanto que, sempre foi de doutrina, o reconhecimento da legitimidade do beneficiário para exigir a implementação dos termos da contratação em face do promitente moroso:

O Código Civil [de 1916], em seu art. 1.098, determina que o estipulante pode exigir o cumprimento da obrigação. Tal direito é igualmente deferido ao beneficiário, uma vez que se sujeite às condições e normas do contrato e com ele anuir (grifei, anotei).

[*Op. cit.*, p.97].

Daí, evidencia-se, desde logo, a legitimidade e o interesse processual das embargantes para a ação em testilha, no que, na condição de beneficiárias de um contrato de previdência privada, estão admitidas a defender, em nome próprio, os direitos que decorrem da contratação estabelecida. Com tais considerações, *rejeito* a preliminar.

Encontro presentes os pressupostos processuais e as condições da ação. Feito bem processado, contraditório preservado, partes legítimas e bem representadas, não há outras preliminares a decidir, nulidades a reconhecer, anulabilidades ou irregularidades a suprir ou sanar. A demanda está em termos de julgamento, porque os fatos postos em lide não estão controvertidos pelas partes litigantes, sendo a controvérsia a decidir exclusivamente de direito. Assim, nos termos do art. 355, I do CPC, passo ao julgamento.

Nesse passo, é de ver que a ação aqui proposta *efetivamente prospera*, embora *não em toda a extensão pleiteada na vestibular*.

Análise da documentação juntada aos autos pelas embargantes, em especial aquilo que consta de *fls. 18/ 30-vº*, demonstra que a representante legal das promoventes, executada na ação que tramita no apenso (Processo n. 0001762-44.2015.403.6131), constituiu, junto a instituição financeira ali indicada, um contrato de previdência privada, cobertura por sobrevivência,

com prêmio único no importe de R\$ 200.000,00. Foi sobre o valor da provisão matemática do benefício a conceder em razão desse contrato, que recaiu a penhora aqui questionada.

Ora, sendo assim, força é reconhecer que, aperfeiçoados estes contratos – que, como já disse alhures, ostentam natureza jurídica de estipulação de renda em favor de terceiros –, o prêmio empenhado na formação do capital base para a remuneração contratada deixa a órbita de domínio do proponente, passando à esfera jurídica de propriedade dos beneficiários instituídos, com eficácia diferida para o advento do termo final da contratação.

Por outras palavras, perfeito e acabado o contrato de formação do fundo previdenciário de que se cogita, o valor atinente ao prêmio a ele relativo não mais pertence à parte instituidora, mas sim aos seus beneficiários, ainda que não passe a integrar, de imediato, a esfera de disponibilidade jurídica destes últimos, até que verificado o termo previsto para a concessão da indenização.

Observe-se, outrossim, que o mero fato de a estipulante incluir, na declaração de ajuste, para efeitos da tributação sobre a renda, a avença aqui em questão não altera o quadro das titularidades contratuais incidentes sobre o capital ali mencionado. A declaração tem de ser prestada pela estipulante porque é ela o sujeito passivo da obrigação tributária acessória (art. 113, § 2º do CTN), mas nem por isso essa prestação de contas à autoridade fiscal tem o condão de se sobrepor a direitos e obrigações validamente assumidas pelas partes em ajustes de natureza exclusivamente privada.

Daí porque, no caso dos autos, lavrado o contrato na data de 20/05/2011 (conforme fls. 18), data em que depositado o valor do prêmio único correspondente, essa importância deixou a órbita de disponibilidade da executada (representante legal das embargantes), não podendo, em oportunidade posterior, ser acionada como garantia para pagamento de dívidas em que essa pessoa venha a figurar como devedora.

Nesse passo, como já apascentado em outras oportunidades, a situação aqui adversada é idêntica à do contrato de seguro de vida em que, consumada a avença, o valor correspondente ao prêmio deixa de pertencer ao instituidor, tornando-se insuscetível de penhora por dívidas desse último, ainda que não verificado o termo que autoriza o pagamento da indenização estipulada. Nesse sentido, em caso análogo, a jurisprudência do *E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 3ª REGIÃO*, interditou a penhora do valor correspondente ao capital depositado por força de contrato de seguro de vida, por entender que tal numerário já mais integra o patrimônio jurídico da parte executada. Indico a emenda do v. aresto tomado como paradigma:

PROCESSUAL CIVIL. PENHORA. BACEN-JUD. VALORES PERTENCENTES A TERCEIRO. SALÁRIO. IMPENHORABILIDADE.

1. O agravado juntou aos autos da execução fiscal “recibo de indenização”, datado de 26.06.09, o qual comprova que seu filho é beneficiário de seguro de vida feito por sua mãe, no valor de R\$ 49.474,10 (quarenta e nove mil quatrocentos e setenta e quatro reais e dez centavos). Por outro lado, no “informe de rendimentos para imposto de renda, ano-calendário 2009”, fornecido pelo Banco Mercantil do Brasil, consta que o saldo em caderneta de poupança de seu filho era de R\$ 62.624,56 (sessenta e dois mil seiscentos e vinte e quatro reais e cinquenta e seis centavos).

2. A afirmação da agravante de que a conta poupança estaria vinculada ao CPF e à conta corrente do agravado não permite concluir que os valores não pertençam a seu filho, assim como a circunstância de o extrato bancário apresentado ser de período e de valor diverso dos atuais.

3. Não é admissível o bloqueio de ativos financeiros sobre valores referentes a salários, que são impenhoráveis nos termos do art. 649, IV, do Código de Processo Civil (STJ, REsp n. 1.074.228,

Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 07.10.08; TRF da 3ª Região, AI n. 2008.03.00.003804-8, Rel. Des. Fed. Vesna Kolmar, j. 10.06.08).

4. Em relação aos valores bloqueados, em 26.02.10, na conta corrente mantida junto ao Banco Itaú S/A (R\$ 713,48), o agravado juntou aos autos extrato bancário no qual consta o depósito, em 19.02.10, de “remuneração salário” no valor de R\$ 975,00 (novecentos e setenta e cinco reais). Não constando outros depósitos de natureza diversa, pode-se concluir que se trata de conta utilizada para o recebimento de salário.

5. As alegações da agravante de que o agravado seria réu em diversas outras ações e que não seria crível que sua remuneração fosse de R\$ 975,00, considerando-se que se trata de empresário, são insuficientes para infirmar a decisão agravada.

6. Agravo de instrumento não provido (g.n.).

[AI 00212493620104030000, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 412332, Relator(a): DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, Sigla do órgão: TRF3, Órgão julgador: QUINTA TURMA, Fonte: e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/03/2011 PÁGINA: 411]

É, *mutatis mutandis*, o caso dos altos na medida em que o contrato de previdência aqui em questão foi firmado em data muito anterior à da constituição do débito que se pretender satisfazer no âmbito da execução que segue no apenso.

Circunstância essa que, sob outro prisma, parece vir em abono da alegada boa-fé das requerentes, na medida em que a data da celebração do contrato ora em apreço é muito anterior à data em que emitida a cédula de crédito bancário que deu origem ao débito executado no apenso. Observação que permite concluir que a formação do contrato de previdência privada aqui em espécie não evidencia nenhum tipo de conluio entre as partes designadas no contrato de previdência, ou mesmo fraude contra credores, a obstar a proteção jurídica que, no caso, se mostraria cabível.

Postas estas considerações, necessário enaltecer, entretanto, que a tutela protetiva aqui invocada há de ser concedida, porém, *em extensão menor do que aquela pleiteada na inicial*. Isto porque, bem observa a embargada, em suas razões de impugnação, que as embargantes *não são únicas beneficiárias* do contrato de previdência privada aqui em questão.

Com efeito, detalhada análise da proposta que aqui está colacionada às fls. 18 demonstra que ficou reservado a uma terceira pessoa (*LUÍS ROBERTO BASSETTO*) um quinhão correspondente a 34% das cotas relativas ao contrato de previdência, de molde que – não figurando essa pessoa na condição de embargante – os presentes embargos terão por efeito excluir da penhora *apenas os quinhões cabentes a cada uma das embargantes*, isto é, 33% do valor da provisão matemática do benefício a conceder em razão desse contrato, por embargante.

Os percentuais reservados, pelo contrato, a terceiros beneficiários, deverão ser discutidos em lide própria, mediante partes legitimadas, e em sede processual adequada.

Insta ponderar, em remate, que não cabe a condenação da embargada nos ônus correspondentes à sucumbência, por incidência da *Súmula n. 303 do E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA*:

Súmula n. 303 do STJ

Em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios.

[Súmula 303, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/11/2004, DJ 22/11/2004 p. 411].

Tendo em vista a forma pela qual o contrato de previdência aqui em questão foi declarado, no ajuste anual, não havia como exigir da embargada que conhecesse as vicissitudes

inerentes ao contrato aqui em testilha, razão pela qual, isenta-se a sua responsabilidade pelos ônus da sucumbência.

DISPOSITIVO

Isto posto, *JULGO PROCEDENTES, EM PARTE*, os presentes embargos de terceiros, com resolução do mérito da lide, na forma do art. 487, I do CPC. Nessa conformidade, *desconstituo* a penhora incidente sobre os quinhões cabentes, a cada uma das embargantes, no contrato de previdência privada, modalidade VGBL, referido às fls. 18/30-vº destes autos, no percentil de 33% do valor, ao tempo do resgate, da provisão matemática do benefício a conceder em razão desse contrato, por embargante.

Custas indevidas, tendo em vista que as embargantes não as adiantaram (AJG, fls. 32). Sem condenação em honorários, nos termos da sentença.

Até a superveniência do trânsito em julgado, mantenho, nos exatos termos em que lançada, a decisão que concedeu, em parte, a liminar postulada pelas embargantes (fls. 32/34).

Certifique-se a prolação desta decisão nos autos da execução que segue no apenso (Processo n. 0001762-44.2015.403.6131).

P.R.I.

Botucatu, de agosto de 2017.

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.

SÚMULAS DA TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUIZADOS 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)



JUSTIÇA FEDERAL
Tribunal Regional Federal da 3ª Região