

REVISTA

do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

ANO XXXI - N. 146 - JULHO/SETEMBRO DE 2020 - ISSN 1982-1506

Teorias orientadoras do bem jurídico-penal na lavagem de capitais

Fernando França Magri



Maior eficiência na investigação criminal prevista na lei anticrime e sua constitucionalidade

Carlos Eduardo Ferreira dos Santos



Concessão de salário-maternidade às mulheres indígenas: o caso guarani

Lucas Medeiros Gomes



CONSELHO NACIONAL DE COMBATE À PIRATARIA
E DELITOS CONTRA A PROPRIEDADE INTELECTUAL - CNCP

Comércio eletrônico: guia do Conselho Nacional de Combate à Pirataria sobre boas práticas e orientações

Luís Rodolfo Cruz e Cruz

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

REVISTA

Diretor da Revista
Desembargador Federal Baptista Pereira

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 XXXI	n. 146	p. 1-543	Jul./Set. 2020

Expediente

DIRETOR DA REVISTA: Desembargador Federal Baptista Pereira

ASSESSORA: Simone de Alcantara Savazzoni

EQUIPE:

Renata Bataglia Garcia / Silvio Pires de Queiroz

Capa: Paulo Polimeno

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

Bimestral a partir de 2001.

Trimestral a partir de julho de 2012.

Repositório Oficial de Jurisprudência do TRF 3ª Região.

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

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

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

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

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

Tribunal Regional Federal da 3ª Região
Av. Paulista, 1.842, Torre Sul, 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⁾

MAIRAN Gonçalves MAIA Júnior - 27/1/99 - Presidente⁽²⁾
 CONSUELO Yatsuda Moromizato YOSHIDA - 12/7/2002 - Vice-Presidente⁽³⁾
 MARISA Ferreira dos SANTOS - 13/9/2002 - 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
 THEREZINHA Astolphi CAZERTA - 02/10/98
 NERY da Costa JÚNIOR - 17/6/99
 Luís CARLOS Hiroki MUTA - 13/6/2002
 Luís Antonio JOHONSOM DI SALVO - 13/9/2002
 NELTON Agnaldo Moraes DOS SANTOS - 07/1/2003
 SÉRGIO do NASCIMENTO - 02/4/2003
 ANDRÉ Custódio NEKATSCHALOW - 21/5/2003
 LUIZ de Lima STEFANINI - 06/10/2003
 Luís Paulo COTRIM GUIMARÃES - 06/10/2003
 ANTONIO Carlos CEDENHO - 15/6/2004
 Maria LUCIA Lencastre URSAIA - 01/7/2010
 JOSÉ Marcos LUNARDELLI - 01/7/2010
 DALDICE Maria SANTANA de Almeida - 22/12/2010
 FAUSTO Martin DE SANCTIS - 28/1/2011
 PAULO Gustavo Guedes FONTES - 24/2/2012
 NINO Oliveira TOLDO - 24/4/2013
 MÔNICA Autran Machado NOBRE - 24/4/2013
 TORU YAMAMOTO - 04/10/2013
 MARCELO Mesquita SARAIVA - 04/10/2013
 Luiz Alberto de SOUZA RIBEIRO - 04/10/2013 ⁽⁵⁾
 DAVID Diniz DANTAS - 04/10/2013
 MAURÍCIO Yukikazu KATO - 11/12/2014
 GILBERTO Rodrigues JORDAN - 11/12/2014
 HÉLIO Egydio de Matos NOGUEIRA - 11/12/2014
 PAULO Sérgio DOMINGUES - 11/12/2014
 WILSON ZAUHY Filho - 16/02/2016
 NELSON de Freitas PORFÍRIO Junior - 16/02/2016
 VALDECI DOS SANTOS - 16/02/2016
 CARLOS Eduardo DELGADO - 16/02/2016
 INÊS VIRGÍNIA Prado Soares - 16/03/2018
 José CARLOS FRANCISCO - 06/02/2020
 João BATISTA GONÇALVES - 23/04/2020

⁽¹⁾ Composição do TRF 3ª Região atualizada até 14/09/2020.

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

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

⁽⁴⁾ Não integra as Turmas.

⁽⁵⁾ Ouvidor-Geral da 3ª Região.

PRIMEIRA SEÇÃO

PRIMEIRA TURMA:

HÉLIO NOGUEIRA
WILSON ZAUHY - Presidente
VALDECI DOS SANTOS

SEGUNDA TURMA:

PEIXOTO JUNIOR
COTRIM GUIMARÃES - Presidente
CARLOS FRANCISCO

SEGUNDA SEÇÃO

TERCEIRA TURMA:

NERY JÚNIOR
CARLOS MUTA
NELTON DOS SANTOS
ANTONIO CEDENHO - Presidente

QUARTA TURMA:

ANDRÉ NABARRETE
MARLI FERREIRA
MÔNICA NOBRE
MARCELO SARAIVA - Presidente

SEXTA TURMA:

DIVA MALERBI
FÁBIO PRIETO - Presidente
JOHONSOM DI SALVO
SOUZA RIBEIRO

TERCEIRA SEÇÃO

SÉTIMA TURMA:

TORU YAMAMOTO
PAULO DOMINGUES - Presidente
CARLOS DELGADO
INÊS VIRGÍNIA

NONA TURMA:

DALDICE SANTANA
GILBERTO JORDAN - Presidente
BATISTA GONÇALVES
LEILA PAIVA - Juíza Federal

OITAVA TURMA:

NEWTON DE LUCCA
THEREZINHA CAZERTA
LUIZ STEFANINI
DAVID DANTAS - Presidente

DÉCIMA TURMA:

BAPTISTA PEREIRA - Presidente
SÉRGIO NASCIMENTO
LUCIA URSAIA
NELSON PORFÍRIO

QUARTA SEÇÃO

QUINTA TURMA:

ANDRÉ NEKATSCHALOW
PAULO FONTES
MAURÍCIO KATO - Presidente

DÉCIMA PRIMEIRA TURMA:

JOSÉ LUNARDELLI - Presidente
FAUSTO DE SANCTIS
NINO TOLDO

EX-DIRETORES DA REVISTA

GRANDINO RODAS (30/03/1989 a 11/04/1993)
DIVA MALERBI (02/05/1993 a 01/05/1995)
ANA SCARTEZZINI (02/05/1995 a 27/03/1998)
SUZANA CAMARGO (19/06/1998 a 01/05/2001)
MARLI FERREIRA (02/05/2001 a 04/05/2003)
SALETTE NASCIMENTO (05/05/2003 a 01/05/2005)
NEWTON DE LUCCA (10/06/2005 a 01/05/2007)
FÁBIO PRIETO (21/06/2007 a 03/03/2010)
EVA REGINA (04/03/2010 a 31/03/2011)
MÁRCIO MORAES (12/05/2011 a 07/03/2012)
ANTONIO CEDENHO (08/03/2012 a 14/03/2014)
LUCIA URSAIA (15/03/2014 a 02/03/2016)
NERY JÚNIOR (03/03/2016 a 14/03/2018)
ANDRÉ NEKATSCHALOW (15/03/2018 a 11/03/2020)

Sumário

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

Maior eficiência na investigação criminal prevista na lei anticrime e sua constitucionalidade

Carlos Eduardo Ferreira dos Santos 15

Teorias orientadoras do bem jurídico-penal na lavagem de capitais

Fernando França Magri 33

Concessão de salário-maternidade às mulheres indígenas: o caso guarani

Lucas Medeiros Gomes 57

Comércio eletrônico: guia do Conselho Nacional de Combate à Pirataria sobre boas práticas e orientações

Luís Rodolfo Cruz e Creuz 75

JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

Concurso público para o cargo de agente e escrivão da polícia federal. Exigência de exame psicotécnico. Admissibilidade. Previsão legal. Ausência de critérios objetivos no edital. Ofensa aos princípios constitucionais da legalidade, moralidade e impessoalidade. Teste de Zulliger não aprovado no Conselho Federal de Psicologia. Reprovação de candidatas indevida.

ApCiv 0019805-79.2002.4.03.6100

Desembargadora Federal Mônica Nobre 93

INFRAERO. Dano moral. Acidente no deslocamento de passageiro da aeronave para o terminal de passageiros. Passageiro com mobilidade reduzida. Dano, evento danoso e nexo de causalidade. Comprovados. Responsabilidade solidária da administradora do aeroporto e da empresa aérea. Dever de indenizar.

ApCiv 0004281-27.2011.4.03.6100

Desembargador Federal Souza Ribeiro 99

Auto de infração. ANTT. Inscrição do nome da autora no SERASA. Irregularidade. Comprovada. Dano moral. Responsabilidade objetiva da administração pública. Danos, evento danoso e nexo de causalidade. Comprovados. Dever de indenizar. Configurado.

ApelRemNec 0003600-46.2014.4.03.6102

Desembargadora Federal Diva Malerbi 116

Execução Fiscal. Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo. Anuidades dos anos de 2012, 2013 e 2014. Valor exequendo superior a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física inadimplente. Multa eleitoral do ano de 2011.

ApCiv 0068009-82.2014.4.03.6182

Juíza Federal Convocada Denise Avelar 125

Contrato de concessão para a prestação de serviço público. Estação aduaneira. Desequilíbrio econômico-financeiro. Inexistência. Impossibilidade de rescisão contratual ou de condenação para pagamento de indenização por perdas e danos. Risco do negócio.

ApCiv 0011747-27.2015.4.03.6102

Desembargador Federal Johonsom Di Salvo.....130

Aeronave objeto de pena de perdimento. Despesas de hangaragem. Responsabilidade da Receita Federal do Brasil, fiel depositária. Recebimento de metade do valor pleiteado. Afastamento. Comprovação da diligência da parte autora no período anterior ao ajuizamento da demanda.

ApelRemNec 5001551-24.2018.4.03.6128

Desembargadora Federal Consuelo Yoshida 141

Mandado de segurança. INSS. Determinação judicial para atendimento em horário integral das 17h e 19h, nas agências do INSS, independentemente de agendamento prévio.

ApCiv 5004028-26.2018.4.03.6126

Desembargador Federal André Nabarrete.....148

INMETRO e IPEM/SP. Multa administrativa. Fiscalização relativa a brindes em ovos de páscoa. Informações adequadas.

ApCiv 5014970-98.2018.4.03.6100

Desembargador Federal Marcelo Saraiva..... 152

FGTS. Levantamento. Conta inativa. Pandemia causada pela doença COVID-19. Estado de calamidade pública. Lei nº 8.036/90, artigo 20, XVI, “a”. Tutela de urgência.

AI 5018346-88.2020.4.03.0000

Desembargador Federal Cotrim Guimarães..... 157

DIREITO CONSTITUCIONAL

Pandemia de coronavírus. Requisição de bens e serviços. Lei nº 13.979/2020.

AI 5007553-90.2020.4.03.0000

Desembargador Federal Fábio Prieto 161

DIREITO EMPRESARIAL

Propriedade industrial. Marca. Exclusividade individual no uso de nome de município. Impossibilidade.

ApCiv 0005685-45.2013.4.03.6100

Desembargador Federal Hélio Nogueira 173

DIREITO PENAL

Usurpação de patrimônio da União. Lei nº 8.176/1991. Extração irregular de argila. Capitulção jurídica correta. Autoria, materialidade e dolo comprovados. Erro de proibição. Estado de necessidade. Inocorrência. Dosimetria da pena. Pena-base exasperada.

ApCrim 0000960-67.2014.4.03.6103

Desembargador Federal Nino Toldo 187

Roubo majorado. Desclassificação para o crime de furto. Grave ameaça. Princípio da insignificância. Dosimetria. Confissão. Circunstâncias objetivas. Extensão da decisão em benefício de corréu.

ApCrim 0004554-71.2015.4.03.6130

Desembargador Federal Maurício Kato 193

Furto qualificado pela destreza. Tentativa. Princípio da insignificância: refutamento. Crime impossível: rechaçamento. Crime continuado: necessidade de que não tenha transcorrido lapso superior a 30 (trinta) dias entre as infrações penais de mesma espécie.

ApCrim 0008530-93.2016.4.03.6181

Desembargador Federal Fausto De Sanctis 199

Artigo 342, § 1º do CP. Artigo 244-B do CP. Retratação após a sentença. Concurso de pessoas. Possibilidade. Induzimento. Provas suficientes para embasar a condenação. Redução da pena-base. Afastamento da agravante do artigo 62, III, do CP. Regime semiaberto.

ApCrim 0000172-69.2018.4.03.6117

Desembargador Federal José Lunardelli 216

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Aposentadoria por tempo de contribuição. Juízo de retratação. Artigo 1041, § 1º, do CPC/2015. Período rural anterior ao documento mais antigo. Súmula 577 do STJ e RESP nº 1348633/SP, julgado sob o rito do artigo 543-C do CPC/73. Comprovação. Reconhecimento do labor rural e concessão do benefício mantidos.

ApelRemNec 0002850-91.2003.4.03.6114

Desembargador Federal Luiz Stefanini 239

Pensão por morte. Benefício devido à companheira. Exclusão da ex-esposa. Inaplicabilidade da lei 13.135/2015.

Ag ApCiv 0001143-94.2011.4.03.6183

Desembargador Federal David Dantas 246

Ação Rescisória. Desaposentação indireta não configurada. Violação manifesta a norma jurídica não configurada. Pedido improcedente.

AR 5000010-41.2017.4.03.0000

Desembargadora Federal Lucia Ursaia..... 249

Aposentadoria especial. Atividade especial. Agentes biológicos. Auxílio doença. Sentença “ultra petita”.

ApCiv 5000503-46.2017.4.03.6134

Desembargador Federal Baptista Pereira 253

Mandado de Segurança. Indeferimento de benefício. Tempo de contribuição. Não contabilização do período da fruição do auxílio-doença. Vínculo empregatício ativo, porém, inoperante. Exigência de dilação probatória. Incompatibilidade com o rito mandamental. Contribuição na qualidade de segurado facultativo. Desqualificada por ser segurado obrigatório. Reafirmação da DER.

ApCiv 5002416-87.2017.4.03.6126

Juíza Federal Convocada Leila Paiva.....263

Recálculo da renda mensal inicial. Média aritmética simples dos maiores salários de contribuição correspondentes a 80% de todo o período contributivo. Artigo 29, I e II, da Lei nº 8.213/1991. Recurso Especial Repetitivo nº 1.554.596/SC.

Ag ApCiv 5007831-74.2017.4.03.6183

Desembargador Federal Newton De Lucca 269

Auxílio-doença. Concessão mantida. Incapacidade parcial e temporária. Qualidade de segurado e carência demonstrados. Termo inicial. Termo final.

ApCiv 0012769-64.2018.4.03.9999

Desembargador Federal Paulo Domingues 273

Recálculo de benefício. Atividades concomitantes. Soma das contribuições. Artigo 32 da Lei nº 8.213/1991. Consectários.

ApCiv 5003239-84.2019.4.03.6128

Desembargador Federal Gilberto Jordan 277

Ação Rescisória. Benefício por incapacidade. Valoração do conjunto probatório. Adoção de fundamento diverso. Inocorrência de julgamento “extra petita”. Devolução de valores. Boa-fé. Matéria afetada. Questão controvertida. Incidência da Súmula nº 343 do E. STF. Utilização das “máximas de experiência”. Erro de fato não caracterizado.

AR 5014105-08.2019.4.03.0000

Desembargador Federal Sérgio Nascimento 284

Auxílio-reclusão. Requisitos não preenchidos. Renda superior ao limite legal.

ApCiv 6233410-50.2019.4.03.9999

Desembargador Federal Toru Yamamoto 292

Salário-maternidade. Trabalhadora rural. Indígena. Certidão. FUNAI. Prova testemunhal. Atividade rural não comprovada pelo período exigido em lei.

ApelRemNec 5003748-08.2020.4.03.9999

Juíza Federal Convocada Vanessa Mello 296

Pensão por morte até conclusão de curso universitário. Filho maior. Impossibilidade de manutenção do benefício. Litigância de má-fé não caracterizada. Revogação da condenação em multa imposta à parte autora.

ApCiv 5158097-66.2020.4.03.9999

Desembargadora Federal Therezinha Cazerta 300

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Cumprimento de sentença. Princípio da fidelidade ao título executivo judicial. Proposta de acordo. Homologação.

AI 5007372-60.2018.4.03.0000

Desembargador Federal Carlos Delgado 307

Execução extrajudicial. Tutela provisória de urgência. Sistema financeiro imobiliário. Lei nº 13.465/2017. Leilão. Intimação. Direito de preferência.

AI 5031267-50.2018.4.03.0000

Desembargador Federal Valdeci Dos Santos 310

Ação Civil Pública. Decretação de indisponibilidade. Desbloqueio de bem. Direito de terceiro. Necessidade de boa-fé. Anterioridade do instrumento contratual e pagamento do preço.

AI 5021022-43.2019.4.03.0000

Desembargador Federal Antonio Cedenho 317

Afetação do Tema 810 no E. STF não enseja a suspensão do feito. Tutela de urgência mantida até nova perícia ou prolação de sentença.

AI 5026168-65.2019.4.03.0000

Desembargador Federal Nelson Porfírio 323

Cumprimento de sentença. Multa pelo atraso no cumprimento da obrigação. Valor reduzido.

AI 5028004-73.2019.4.03.0000

Desembargadora Federal Inês Virgínia 326

Penhora. Cumprimento de sentença. Crédito junto às operadoras de cartão de crédito. Presença dos requisitos.

AI 5003412-28.2020.4.03.0000

Desembargador Federal Carlos Francisco 331

Conflito negativo de competência. Juízo Federal e JEF. Valor da causa inferior a 60 salários mínimos. Necessidade de perícia considerada complexa. Irrelevância para fixação da competência.

CCCiv 5003790-81.2020.4.03.0000

Desembargador Federal Batista Gonçalves 338

Pedido de avocação de autos formulado pelo INSS. Feito em tramitação perante a 2ª Vara da Comarca de Conchas-SP. Não submissão de sentença concessiva de aposentadoria por tempo de serviço ao duplo grau obrigatório.

Avocatória 5010620-63.2020.4.03.0000

Desembargador Federal Mairan Maia 343

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Revisão Criminal. Extorsão mediante sequestro. Roubo qualificado. Impossibilidade de absorção ou concurso formal. Desígnios autônomos. Corrupção de menores. Dosimetria da pena mantida. Conformidade com a prova.

RvC 5028174-79.2018.4.03.0000

Desembargador Federal Paulo Fontes 351

Conflito Negativo de Jurisdição. Interposição fraudulenta de terceiros em processo de importação. Divergência penal. Descaminho. Interposta pessoa. Introdução clandestina. Tipificação.

CJ 5029754-13.2019.4.03.0000

Desembargador Federal André Nekatschalow 359

DIREITO TRIBUTÁRIO

Empresa produtora e exportadora. Vendas realizadas à Zona Franca de Manaus, Amazônia Ocidental e áreas de livre comércio. Crédito presumido de IPI.

ApCiv 0001365-36.2006.4.03.6119

Desembargadora Federal Marli Ferreira 369

Mandado de Segurança. Lei nº 12.546/2011. Lei nº 13.670/2018. Regime de tributação diferenciado da contribuição previdenciária sobre receita bruta. Manifestação de adesão ao regime diferenciado na primeira competência do ano. Revogação legislativa posterior. Impossibilidade de alteração no curso do exercício financeiro.

ApCiv 5006378-50.2018.4.03.6105

Desembargador Federal Wilson Zauhy 378

Execução Fiscal. Inclusão do empresário individual no polo passivo da demanda executiva. EIRELI – empresa individual de responsabilidade limitada.

AI 5007341-40.2018.4.03.0000

Desembargador Federal Nery Júnior 381

Embargos à Execução Fiscal. Responsabilidade dos sócios. Dissolução irregular. Bem de família. Lei nº 8.009/1990. Requisitos não comprovados.

ApCiv 5018459-91.2018.4.03.6182

Desembargador Federal Peixoto Junior 384

Execução Fiscal. Indisponibilidade patrimonial. BACENJUD. Risco de prática de crime de abuso de autoridade. Improcedência da alegação.

AI 5032532-53.2019.4.03.0000

Desembargador Federal Carlos Muta 394

SENTENÇAS

Ação Civil Pública. Improbidade administrativa. Medida cautelar de indisponibilidade de bens. Cessão irregular em assentamento do INCRA. Locupletamento ilícito por parte dos cessionários. Utilização de patrimônio público para fins puramente privados (exploração comercial).

0003001-24.2011.4.03.6002

Juiz Federal Rubens Petrucci Junior 401

Obrigação de fazer. IFSP. Aluno deficiente auditivo. Contratação de profissional intérprete de LIBRAS para garantir acessibilidade a curso na instituição.

0002509-19.2018.4.03.6315

Juiz Federal Paulo Mitsuru Shiokawa Neto 415

DNIT. Ação de desapropriação por utilidade pública, com pedido de imissão provisória na posse. Faixa de domínio afetada a fins ferroviários para a implementação de Obras de Arte Especiais – OAE para transposição de via férrea no Município de Botucatu, EF-265, Trecho Ferroviário de Mairinque – Rubião Jr. Implantação de viaduto rodoviário para a transposição da citada ferrovia, bem como do Rio Lavapés, e construção da Avenida de Interligação Leste.

5000758-76.2018.4.03.6131

Juiz Federal Mauro Salles Ferreira Leite 419

Compromisso de promessa de compra de unidade no empreendimento Edifício Residencial Villa Galli 3. Modalidade de aquisição de imóvel na planta. Atraso na entrega. Pleito de rescisão de contrato; devolução dos valores pagos; ressarcimento com despesas de aluguel e indenização por dano moral.

5007011-16.2018.4.03.6120

Juiz Federal Márcio Cristiano Ebert 427

Ação Penal. Crimes previstos no Código Penal, art. 157, § 3º, II c/c art. 14, II e parágrafo único, por 11 (onze) vezes, em concurso formal impróprio (art. 70, “caput”, segunda parte, CP); art. 311 da Lei nº 9.503/97 (CTB); art. 16 da Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento); art. 148, “caput”, do Código Penal; e art. 2º, § 2º, da Lei nº 12.850/2013.

5000558-41.2019.4.03.6129

Juiz Federal Gabriel Hillen Albernaz Andrade 436

Ação Civil Pública. UNE. Entrevista concedida pelo então Ministro da Educação, Abraham Weintraub. Programa “7 Minutos com a Verdade”. Alegação de graves acusações contra estudantes e universidades públicas, bem como à autonomia universitária.

5025911-73.2019.4.03.6100

Juíza Federal Sílvia Figueiredo Marques 520

Tutela de urgência. Auxílio emergencial. Lei nº 13.982/2020. Indeferimento administrativo. Alegação de situação de penúria em decorrência da crise provocada pela pandemia da Covid-19.

0000779-08.2020.4.03.6313

Juiz Federal Gustavo Catunda Mendes 524

SÚMULAS

Súmulas do TRF da 3ª Região 537

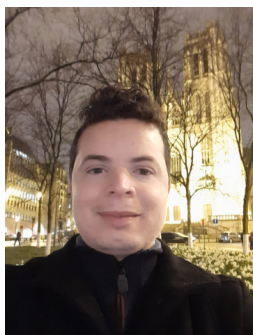
Súmulas da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região 541



Artigos Doutrinários

Maior eficiência na investigação criminal prevista na lei anticrime e sua constitucionalidade

Carlos Eduardo Ferreira dos Santos



Advogado e consultor jurídico. Membro consultor da Comissão Especial de Direito Penal Econômico, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Integra o grupo de investigação “Estado, Instituciones y Desarrollo”, da Asociación Latinoamericana de Ciencia Política e o comitê de pesquisa “Systèmes judiciaires compares” da Association Internationale de Science Politique. Mestrando em Política Criminal pela Universidad de Salamanca (Espanha). Kursou o Programa Avanzado em Compliance pelo Institute for Advanced Management – CEU IAM (Espanha). Especialista em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCeub.

RESUMO: A Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (lei anticrime), provoca mudanças significativas no direito processual penal e no direito penal brasileiro. O presente estudo verifica se o monitoramento de áudio e vídeo nos estabelecimentos penais federais de segurança máxima aperfeiçoa a investigação criminal. Questão controversa é se a fiscalização estatal ofende o direito à privacidade dos presos e se viola as prerrogativas funcionais dos advogados. Por último, resta saber se tais alterações legislativas compatibilizam-se com a Constituição Federal e com os direitos humanos. Ao final do trabalho, entende-se que as modificações processuais e penais robustecem os mecanismos de investigação criminal na luta contra criminalidade, sendo consentâneas com a Carta Magna e com normas internacionais.

PALAVRAS-CHAVE: Artigo 11 da Lei nº 13.964/2019. Monitoramento de presídio por áudio e vídeo. Eficiência investigativa. Constitucionalidade.

ABSTRACT: Law nº 13.964, of december 24, 2019 (anti-crime law), causes significant changes in criminal procedural law and Brazilian criminal law. The present study verifies whether the monitoring of audio and video in maximum security criminal establishments improves criminal investigation. A controversial issue is whether state enforcement offends prisoners “right to privacy and violates lawyers” functional prerogatives. Finally, it remains to be seen whether such legislative changes are compatible with the Federal Constitution and human rights. At the end of the work, it is understood that procedural and criminal changes strengthen the mechanisms of criminal investigation in the fight against crime, being in line with the Constitution and international standards.

KEYWORDS: Article 11 of Law nº 13.964/2019. Monitoring of prison by audio and video. Investigative efficiency. Constitutionality.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Maior eficiência investigativa prevista no artigo 11 da Lei nº 13.964/2019. 3 Justificativa da ampliação investigativa. 4 Constitucionalidade. 5 Conclusão. Referências.

1 Introdução

Trata-se de estudo que analisa as mudanças no processo penal, decorrentes do artigo 11 da Lei nº 13.964/2019, ensejadoras de maior eficácia na investigação criminal, mediante o uso de técnicas especiais e excepcionais de investigação, assim como aprecia a constitucionalidade de tais alterações legislativas.

A temática afigura-se deveras relevante, vez que o artigo 11 da Lei nº 13.964/2019 modifica os artigos 2º, 3º e 10, bem como acrescenta os artigos 11-A e 11-B à Lei nº 11.671/2008, a qual dispõe sobre a transferência e inclusão de presos em estabelecimento penal federal de segurança máxima.

Destarte, o presente trabalho mostra-se atual e profícuo no cenário jurídico pátrio, porquanto a Lei nº 13.964/2019 foi publicada recentemente, em 24 de dezembro de 2019, com entrada em vigor para 30 (trinta) dias após sua publicação oficial, ou seja, em 24 de janeiro de 2020.

A metodologia adotada será a análise da legislação, da doutrina e da jurisprudência sobre a temática abordada. As normas permitirão avaliar como o Estado disciplina a investigação referente aos recolhidos em estabelecimento penal federal de segurança máxima. A doutrina cumprirá função essencial na definição e explicação de conceitos específicos. A seu turno, a jurisprudência será mencionada, de maneira a clarificar o entendimento dos Tribunais Superiores na aplicação da lei. De igual modo, será realizada a justificativa dessas mudanças.

A problemática consiste em avaliar se o monitoramento de áudio e vídeo nos estabelecimentos penais de segurança máxima aprimora a investigação criminal. Ademais, essa fiscalização estatal viola o direito à privacidade dos apenados? Tal monitoramento ofende as prerrogativas funcionais dos advogados? Por último, essas alterações legislativas afiguram-se constitucionais e compatíveis com os direitos humanos?

Após percuente análise, verifica-se que essas modificações legais fortalecem a investigação criminal, porquanto permitem que os órgãos do Estado monitorem os acontecimentos que transcorrem dentro dos estabelecimentos prisionais, prevenindo novos delitos e instrumentalizando a respectiva investigação.

Outrossim, o direito à privacidade dos presos e as prerrogativas profissionais dos advogados não são direitos absolutos. Disso resulta que tais garantias não podem ser transmutadas em subterfúgio para cometimento de crimes, razão pela qual as alterações no âmbito penal e processual são constitucionais e respeitam as normas de direitos humanos.

2 Maior eficiência investigativa prevista no artigo 11 da Lei nº 13.964/2019

O artigo 11 da Lei nº 13.964/2019 inseriu vários dispositivos à Lei nº 11.671/2008, a qual sistematiza a transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima. O *caput* do artigo 3º da Lei nº 11.671/2008 teve discreta alteração

se comparado com sua redação original, não obstante, aperfeiçoou-se a técnica legislativa. Sem embargo, ao citado artigo 3º foram incluídos os § 1º, § 2º, § 3º, § 4º e § 5º, ocorrendo significativas mudanças.

A redação do § 1º do artigo 3º da Lei nº 11.671/2008 estipula o regime aplicado ao preso incluído em estabelecimento penal federal de segurança máxima, determinando expressamente o regime fechado. Nesse primeiro parágrafo foram acrescidos os incisos I a IV, que pormenorizam as características aplicáveis ao preso, como o recolhimento em cela individual; a visita de amigos ou parentes só em dias determinados por meio virtual ou no parlatório, separados por vidro e comunicação por interfone, com filmagem e gravações; banho de sol por até duas horas e monitoramento de todos os meios de comunicação. Tal disciplinamento mediante lei é salutar, pois medidas cerceadoras de direito fundamental devem observar o princípio da legalidade¹.

As regras mencionadas até agora nesses incisos assemelham-se às disposições já previstas nos incisos II, III e IV do artigo 52 da Lei nº 7.210/1984, que institui a Lei de Execução Penal. Entretanto, revelam-se mais restritas as hipóteses de cabimento para a imposição do regime disciplinar diferenciado previsto no *caput* e § 1º do artigo 52 da Lei nº 7.210/1984, também alterado pela Lei nº 13.964/2019, quais sejam: a) preso cometer crime doloso que subverta a ordem ou disciplina carcerária; b) preso apresentar alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; c) fundada suspeita de envolvimento do preso em organização criminosa, quadrilha ou bando.



Fonte: www.depen.gov.br

Noutro giro, o Decreto nº 6.877/2009, o qual define critérios para inclusão de preso em estabelecimentos penais federais de segurança máxima e regulamenta a Lei nº 11.671/2008, submete a esse rigor os presos líderes de organização criminosa; os que estejam em regime disciplinar diferenciado; os que tenham envolvimento reiterado em crimes cometidos com violência ou grave ameaça; os que estejam ligados com fuga ou grave indisciplina carcerária anterior ou para preservar a própria incolumidade física do preso, inclusive do colaborador (art. 3º do Decreto nº 6.877/2009). Com efeito, o Poder Público promove os interesses da sociedade ao normatizar a sua atuação nos estabelecimentos federais de segurança máxima².

A seu turno, a Lei nº 11.671/2008 agora possui previsão em sua própria fonte normativa sobre as regras atinentes ao estabelecimento penal federal de segurança máxima. Essa mudança é muito relevante, visto que, esse novo modelo adotado se aplica a todos os presos incluídos nesses estabelecimentos prisionais, uma vez que representam risco à sociedade, sendo necessário maior controle de suas ações³. Diferentemente do contido no artigo 52 Lei nº 7.210/1984, que fixa seme-

1 ABREU, Jacqueline de S.; SMANIO, Gianluca M. Compatibilizando o uso de tecnologia em investigações com direitos fundamentais: o caso das interceptações ambientais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 3, set./dez. 2019, p. 1467. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.262>. Acesso em: 30 mar. 2020.

2 SOLER, José María Rifá; GONZÁLEZ, Manuel Richard; BRUN, Iñaki Riaño. *Derecho procesal penal*. Pamplona: Instituto Navarro de Administración Pública, 2006, p. 41.

3 JESCHECK, Hans. *Tratado de derecho penal*. Parte General. 4. ed. Granada: Editorial Comares, 1993, p. 1-2.

lhantes regras somente ao preso submetido ao regime disciplinar diferenciado. Agora, houve ampliação regratória no âmbito do estabelecimento penal federal de segurança máxima.

Questão debatida sobre prevenção delitiva e mecanismo diferenciado de investigação versa sobre a forma de contato social do preso nas visitas ocorridas em estabelecimento penal federal de segurança máxima. Isso porque, em geral, o contato social do preso com seus familiares e amigos se dá mediante o uso de parlatório ou meio virtual. O parlatório consiste num local, espécie de balcão, no qual o preso e a visita conversam por telefone e separados por um espelho, permitindo tanto o contato visual quanto a comunicação. Utilizando-se esse instrumento, pode-se fiscalizar o conteúdo das conversas, possibilitando a prevenção de ilícitos, salvaguardando interesses da sociedade⁴.

Por ser medida restritiva, sofreu críticas. Assente-se que esse instrumento fiscalizador não viola o preceito da dignidade humana ou a ressocialização do preso. Ao contrário, a visita ao preso no parlatório permite que mesmo os presos mais perigosos do país tenham contato com seus entes queridos e amigos, de modo a manter os vínculos familiares e sociais. Ora, as disposições do inciso II do § 1º do artigo 3º garantem ao preso a visita do cônjuge, companheiro, parentes, amigos e até de crianças.

Outrossim, na sociedade atual, comumente pessoas de diferentes lugares e regiões se comunicam por meio virtual, sendo várias as mídias sociais acessíveis (Skype, Messenger, Youtube, Orkut, LinkedIn, Ares, etc.). Hodiernamente, a comunicação humana não se restringe a contato estritamente físico. O contato virtual também é uma forma de aproximação de pessoas e de socialização. Assim, não há barreiras distanciais que impeçam a

interação interpessoal. Vale dizer, a oferta de meio virtual de diálogo e a visita no parlatório são instrumentos promovedores da dignidade carcerária, ao permitir a comunicação social mesmo para os indivíduos submetidos à disciplina mais rigorosa inseridos no estabelecimento penal federal de segurança máxima.

De fato, tal controle da comunicação carcerária faz-se necessário, por razões de interesse público e como forma de promover a segurança da coletividade⁵, mormente aos cidadãos que sofrem vulneração de direitos por meio de ordens emanadas de dentro do presídio – *v.g.* roubos, latrocínios, extorsões, sequestros, homicídios encomendados, atentado a meios de transportes, etc. Em razão disso, nessas situações relativizam-se aspectos da privacidade e intimidade, tais como as características da “solidão (o estar só), o segredo, a autonomia”⁶.

Com efeito, nenhum direito é absoluto e deve haver limitação para evitar o seu exercício abusivo, gerando severos danos à sociedade. Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência do Pretório Excelso, que autoriza a administração penitenciária

[...] proceder à interceptação de correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas⁷.

Disso resulta que o Estado não pode tapar os olhos para a realidade que o circunda, devendo compatibilizar os direitos dos presos com os direitos das demais pessoas, inclusi-

4 VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal alemão*. V. I. História do Direito Brasileiro. Obra fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 93.

5 *Ibidem*, p. 94.

6 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da FD-USP*, v. 88, 1993, p. 439.

7 STF. Primeira Turma, HC 70.814-5/SP, Relator Ministro Celso de Mello, j. 01/03/1994, DJ 24/06/1994. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72703>. Acesso em: 30 mar. 2020.

ve dos cidadãos que estão fora do cárcere. Impende realizar equilíbrio no exercício dos direitos individuais na relação com os demais concidadãos. Realizar tal compatibilização nas relações humanas é dever ético:

[...] o nosso esforço consiste concretamente em manter, na comunidade anônima, a sociedade de Eu com Outrem – linguagem e bondade; [...]

A relação com Outrem ou o Discurso é uma relação não-alérgica, uma relação ética, mas o discurso acolhido é o ensinamento⁸.

Ora, conviver em sociedade é conviver com o outrem e respeitá-lo. Há, nessa interação, o aspecto da alteridade. A alteridade exige isso: o respeito na relação com o próximo. Para atingir tal mister, impõe-se a limitação do exercício de direitos, de maneira que o exercício de direito por um indivíduo não prejudique os demais. Disso resulta aquilatar não só os direitos, mas igualmente observar os deveres, que têm por destinatário as demais pessoas.

Em outros termos, quando se cumpre com os deveres, promove-se o respeito ao outrem, também destinatário de direitos e garantias individuais. Consectário disso é que o direito à privacidade e ao contato físico do preso submetido ao regime do estabelecimento federal penal de segurança máxima não se sobrepõe ao direito à segurança, à vida e à liberdade das demais pessoas, igualmente destinatários do artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal.

Ademais, no que tange ao preso acautelado em presídio de segurança máxima, não se pode permitir a supremacia da concepção individualista dos direitos, que preconiza a antecedência e a preponderância do indiví-

duo sobre o Estado. Antes disso, deve haver equilíbrio entre as garantias asseguradas a todos, salvaguardando-se os deveres morais oriundos do inter-relacionamento social, consoante Norberto Bobbio:

No início – não importa se mítico, fantástico ou real – da história milenar da moral, há sempre um código de deveres (ou obrigações), não de direitos. Os códigos morais ou jurídicos de todos os tempos são compostos essencialmente de normas imperativas, positivas ou negativas, de comandos e proibições. [...] Concepção individualista significa que antes vem o indivíduo, notem, o indivíduo isolado, que tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado, e não o contrário⁹.

Assim, as determinações contidas nos incisos do § 1º do artigo 3º da Lei nº 11.671/2008, que versam sobre as características do regime aplicado ao preso incluído em estabelecimento penal federal de segurança máxima, têm o condão de equilibrar os direitos dos presos com as garantias por igual asseguradas aos demais cidadãos brasileiros, sendo a norma indene.

Impende, ainda, mencionar o acréscimo do § 2º ao artigo 3º da Lei nº 11.671/2008, estatuinto que os estabelecimentos penais federais de segurança máxima deverão ter monitoramento de áudio e vídeo no parlatório e nas áreas comuns, vedada sua utilização nas celas e durante o atendimento advocatício, ressalvado se houver expressa autorização judicial. Ora, afigura-se natural que na sociedade hodierna a tecnologia seja utilizada pelo Estado, favorecendo a instrumentalização processual¹⁰. Nessa perspectiva, a recente

8 LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e infinito*. Ensaio sobre a exterioridade. 3. ed. Lisboa/Portugal: Edições 70, 2014, p. 34-38.

9 BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*. A filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 476-480.

10 CESARI, Claudia. Editoriale: L'impatto delle nuove tecnologie sulla giustizia penale – un orizzonte denso di in-

disposição legal atualiza o direito processual às novas tecnologias como meio de obtenção de prova – por áudio e vídeo.

Registre-se que, antes mesmo dessa inovação mediante lei ordinária, já existia normatização semelhante, conforme regulamento infralegal, qual seja: a Portaria nº 157 do Ministério da Justiça e Segurança Pública, publicada em 12 de fevereiro de 2019, que “disciplina o procedimento de visita social aos presos nos estabelecimentos penais federais de segurança máxima e dá outras providências”.

Não obstante, a Portaria não contém igual assertividade, se comparada ao § 2º do artigo 3º da Lei nº 11.671/2008, já que menciona abstratamente sobre “supervisão” durante a visita social feita no pátio de visitação, no parlatório ou por videoconferência (art. 2º, *caput*, da Portaria nº 157/2019), sem detalhar o meio utilizado nessa supervisão.

Por sua vez, o § 2º acrescido ao artigo 3º da Lei nº 11.671/2008 impõe aos estabelecimentos penais federais a monitoração por áudio e vídeo do parlatório e das áreas comuns, assim como permite o uso dessas tecnologias nas celas e no atendimento com o advogado se houver autorização judicial neste último caso.

Com efeito, as disposições incluídas pela Lei nº 13.964/2019 são mais amplas e substanciais, modificando notadamente a sistemática penal e processual ao especificar o instrumento de monitoramento a ser usado: “áudio e vídeo”, que não constam na portaria supra. Outrossim, com esses instrumentos os órgãos de investigação estatal atualizam seus métodos de investigação, não havendo violação a direitos dos reclusos¹¹.

Foram muitas as alterações na seara processual penal, que não surgiram abruptamente, mas sim decorreram da mudança de entendimento da sociedade sobre essa questão. Amiúde, imprescindível uma reflexão sobre as premissas e os conhecimentos tão arraigados ao longo do tempo, de modo a evoluirmos. Isso porque tais percepções podem estar muito destoantes da realidade:

Uma dessas respostas [...] está registrada no mito da caverna de Platão, segundo o qual haveria necessidade de abandonarmos a prisão dos nossos sentidos (as sombras da caverna) para alcançar a verdade e o conhecimento no mundo das ideias (a essência). Muitas vezes nos iludimos em nosso processo de conhecimento. Durante boa parte da história da humanidade, acreditamos, por exemplo, que o Sol girava em torno da Terra. Esse conhecimento demonstrou-se, posteriormente, totalmente equivocado. Como foi possível acreditar nessa concepção por tão longo período de tempo? Como podemos ter certeza de que não estamos, também, completamente enganados em relação a outros conhecimentos e crenças essenciais de nossa civilização?¹²

Assim, necessário revermos certas percepções e entendimentos sobre direitos outrora reputados como devidos – a exemplo da ampla liberdade nas visitas e nas conversas no interior dos estabelecimentos prisionais, mormente nos de segurança máxima. Dessa forma, evoluiremos nas perspectivas processual e penal.

Registre-se, ainda, que o acompanhamento do teor da conversa dos presos afigura-se ético, porquanto a fiscalização estatal é promotora de um dos grandes princípios

cognite. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 3, set./dez. 2019, p. 1168. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.292>. Acesso em: 30 mar. 2020.

11 MAGHERESCU, Delia. Using new means of technology during the penal proceedings in Romania. *Revista Bra-*

sileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 5, n. 3, set./dez. 2019, p. 1190. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.250>. Acesso em: 30 mar. 2020.

12 MATTAR, João. *Introdução à filosofia*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2010, p. 142.

da ética, que é a verdade. Consoante lição de Konder Comparato, os grandes princípios éticos são: a verdade, a justiça e o amor. Des-tes princípios, desdobram-se os princípios da liberdade, da igualdade, da segurança e da solidariedade¹³.

Dessa maneira, a gravação por áudio e vídeo no parlatório, nas áreas comuns, nas celas e atendimento advocatício – se excepcionalmente autorizadas –, permite ao Estado o conhecimento da verdadeira conversa e planos orquestrados no interior do estabelecimento prisional, que antes se reputava imune ao controle estatal sob a alegação de “inviolabilidade do direito à privacidade” e da “inviolabilidade profissional”. Tal conduta estatal promove a busca pelo descobrimento dos fatos em sua realidade¹⁴.

Ora, o direito à privacidade e à inviolabilidade no exercício regular da função não deve ser subterfúgio para o cometimento de graves ilícitos, sob pena desses direitos transmudarem-se em salvo-conduto para o cometimento de crimes! Não é de se admitir tal deturpação da razão de ser das garantias constitucionais.

Outrossim, tal medida fiscalizadora estatal promoverá a segurança da sociedade em geral, prevenindo novos delitos idealizados de dentro do estabelecimento federal de segurança máxima, bem como permitindo à equipe de inteligência da polícia desarticular eventuais empreendimentos criminosos que venham ser identificados nas gravações¹⁵. Com isso, o § 2º do artigo 3º da Lei nº 11.671/2008 é realizador de dois princípios éticos: a verdade e a segurança.

Ainda concernente ao substancial conteúdo normativo previsto no supramen-

cionado parágrafo, merece atenção especial a análise sobre a prerrogativa conferida aos advogados: a inviolabilidade profissional. Tal questão surge ante a possibilidade de monitoramento por áudio e vídeo no atendimento advocatício, se houver autorização judicial – consectário dos poderes investigatório e instrutório do juiz¹⁶.

Ressalte-se que a advocacia é função essencial à Justiça, sendo o advogado inviolável por seus atos e manifestações “no exercício da profissão, nos limites da lei”, conforme o artigo 133 da Constituição Federal. Ocorre que as nobres garantias asseguradas aos advogados no exercício da função não podem ser deturpadas, utilizadas para fins ilícitos, desdobrando em instrumentos para o cometimento de delitos¹⁷.

Disso resulta a necessidade de monitoramento, mediante prévia autorização judicial, caso haja fundadas suspeitas de que o advogado¹⁸, sob a justificativa de prestar serviços profissionais ao preso, finda por ser um elo de comunicação com o mundo externo, transformando-se em instrumento de orquestração de empreitadas criminosas, planejadas de dentro do estabelecimento federal de segurança máxima.

Outrossim, a inviolabilidade profissional do advogado depende do exercício regular e legítimo dos atos inerentes à advocacia, não havendo espaço para exercício abusivo das prerrogativas, pois, do contrário, subverteria a finalidade de tão caro instituto. Não se pode tolerar o abuso de direitos sob a justificativa de “prerrogativa profissional”. Em razão disso, a Carta Magna estabelece a inviolabilidade do advogado no exercício da profissão, observados ainda os limites da lei.

13 KONPARATO, Fábio Konder. *Ética, direito, moral e religião no mundo moderno*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 520-521.

14 MOUGENOT, Edilson Bonfim. *Curso de direito processual penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 92.

15 JORGE MORAS, R. Monm. *Manual de derecho procesal penal*. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo-Parrot, 2004, p. 34.

16 AURY LOPES, Jr. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 63.

17 JESCHECK, Hans. *Tratado de derecho penal*. Parte General. 4. ed. Granada: Editorial Comares, 1993, p. 3.

18 MOUGENOT, Edilson Bonfim. *Curso de direito processual penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 99.

Ainda no que concerne ao § 2º do artigo 3º da Lei nº 11.671/2008, que contempla hipótese de monitoração por áudio e vídeo do atendimento advocatício, mediante autorização do juiz, revela-se útil a análise desse dispositivo face à nova lei de abuso de autoridade: Lei nº 13.869/2019. Esta norma, em seu artigo 43, acrescenta o artigo 7º-B à Lei nº 8.906/1994, tipificando como crime a violação de direito ou prerrogativa de advogado previstos nos incisos II, III, IV e V do *caput* do artigo 7º da mesma lei. Dentre esses incisos, especificamente o inciso III, assegura ao advogado o direito de “comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos”.



Fonte: www.depen.gov.br

Ao realizar o cotejo analítico do § 2º do artigo 3º da Lei nº 11.671/2008 (acrescido pela lei anticrime) face ao artigo 7º, III, da Lei nº 8.906/1994 c/c artigo 43 da Lei nº 13.869/2019 (lei contra abuso de autoridade), surgem algumas indagações jurídicas. Primeira: há antinomia normativa? Segunda: o juiz federal, ao autorizar a gravação de atendimento advocatício dentro do estabelecimento federal, comete crime de abuso de autoridade? Terceira: como fica a aplicabilidade de ambas as leis?

A primeira resposta é que, sim, realmente há antinomia entre as duas leis, ou seja,

as duas normas legislam sobre o mesmo tema, mas com determinações diferentes.

Para resolver esse conflito entre regras jurídicas (leis), aplicam-se os critérios de solução de antinomia¹⁹ quais sejam: cronológico (lei posterior revoga a anterior), especialidade (lei especial revoga a lei geral) ou hierarquia (lei de maior *status* normativo revoga a inferior). Nesse caso, o critério hierárquico não pode ser utilizado, pois ambas as normas possuem a mesma envergadura jurídica de lei ordinária. Sobram ainda dois critérios. Com fulcro no critério cronológico, a Lei nº 13.869/2019 (lei contra abuso de autoridade), publicada em 05 de setembro de 2019, deve ser afastada naquilo que divergir da norma mais recente, ou seja, a Lei nº 13.964/2019 (lei anticrime), publicada depois, em 24 de dezembro de 2019. Igualmente, pelo critério da especialidade, urge mencionar que a Lei nº 13.869/2019 é uma lei genérica, ao versar sobre os crimes de abuso de autoridade em ocasiões comuns e por fazer referência à Lei nº 8.906/1994, que trata dos direitos dos advogados em geral.

Noutro giro, a Lei nº 13.964/2019, no artigo 11, altera a Lei nº 11.671/2008, que trata especificamente dos estabelecimentos penais federais de segurança máxima, abordando uma situação *sui generis*. Vale dizer, a lei que rege os presos recolhidos em estabelecimento federal de segurança máxima contém disposições específicas, aplicadas excepcionalmente, que refogem à sanção comum. Posto isso, sendo especial, o contido no artigo 11 da Lei 13.964/2019 prevalece sobre o caráter geral do artigo 43 da Lei nº 13.869/2019 c/c artigo 7º, III, da Lei nº 8.906/1994.

Posto isso, no atendimento advocatício realizado em estabelecimento federal de segurança máxima, poderá ocorrer o monitoramento por meio de áudio e vídeo, se houver autorização judicial, sendo medida excepcional

19 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília, 1991, p. 91-96.

e devidamente justificada pelo magistrado federal competente, nos termos do § 2º do artigo 3º da Lei nº 11.671/2008, acrescido pela novel Lei nº 13.964/2019 (lei anticrime). Consectariamente, o juiz que admitir tal fiscalização, conforme previsto em lei, não comete crime de abuso de autoridade, pois lei específica possibilita o uso dessa técnica especial e excepcional de investigação, garantindo maior eficiência na investigação criminal.

Afora esses critérios de solução de antinomias, ainda pode ser mencionada regra básica da hermenêutica jurídica. Consoante lição de Carlos Maximiliano:

[...] quem pode o mais, pode o menos (aquele a quem se permite o mais, não deve-se negar o menos. [...] No âmbito do mais sempre se compreende também o menos)²⁰.

Isso porque é sabida a legalidade da busca e apreensão de provas em escritório de advocacia, quando realizada mediante mandado judicial (STF, HC 91.610/BA, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 08/06/2010, informativo nº 590; STJ, RHC 39.412/SP, Relator Ministro Felix Fischer, j. 03/03/2015, informativo nº 557).

Com efeito, se pode ocorrer legalmente a busca e apreensão em escritório de advocacia, mediante mandado judicial, *mutatis mutandis*, a autorização aqui – monitoramento em estabelecimento federal –, equivale ao controle simultâneo da informação entre o advogado e o preso, sendo um meio de obtenção de prova. Ora, “quem pode o mais, pode o menos”. Se o juiz pode acessar, posteriormente, as provas atinentes a advogado envolto em atividades ilícitas, muito mais razão há para acesso da fiscalização penitenciária ao teor de conversa com fortes indicativos de cometimento de crimes. Afinal, a autorização

judicial para tal medida requer um mínimo de indícios de autoria e de materialidade de atividade ilícita. Com isso, o monitoramento por meio de tecnologias permite ao Estado obter o conteúdo da informação decorrente das conversas, de modo a instrumentalizar o processo, não havendo direito absoluto no que tange a dados pessoais²¹.

Assente-se, ainda, que o acompanhamento das conversas, indicativas de cometimento de crimes por advogados, sob o pretexto de visitar o cliente, realiza um dos grandes postulados do direito penal: a prevenção do delito. Consectariamente, evitar-se-á a consumação do crime empreendido no interior do cárcere de segurança máxima. Isso porque a prevenção aos crimes ocorrerá, já que os envolvidos terão conduta mais comedida, porquanto estarão sujeitos a monitoramento. Além disso, permitirá que o Poder Público acompanhe o conteúdo das conversas realizadas, impedindo que novos delitos, planejados por presos recolhidos à segurança máxima, sejam perpetrados fora do estabelecimento prisional. Dessa maneira, a sociedade obtém mais segurança, que também é um dos direitos fundamentais encartados no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal. Segue a transcrição:

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 [...].

Por sua vez, artigo 11-A foi acrescido na Lei nº 11.671/2008, dispondo que as decisões

20 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 24.

21 PÉREZ ESTRADA, Miren J. La protección de los datos personales en el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 3, set./dez. 2019, p. 1303. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.253>. Acesso em: 30 mar. 2020.

relativas à transferência ou prorrogação da permanência de preso em estabelecimento penal federal de segurança máxima, bem como a concessão, denegação de benefícios prisionais ou imposição de sanções poderão ser tomadas por decisão colegiada de juízes. Esse artigo amplia a possibilidade de julgamento colegiado em primeira instância, pois permite sua utilização nas decisões mais relevantes afetas aos recolhidos no estabelecimento federal de segurança máxima. A Lei nº 12.694/2012, em seu artigo 1º, também faculta a instauração do colegiado em primeira instância²², entretanto, restringe à hipótese de crimes praticados por organizações criminosas, não prevendo outras possibilidades autorizativas.



Fonte: www.depen.gov.br

Nessa senda, o artigo 11-A, inserto na Lei nº 11.671/2008, promove mecanismo especial de persecução penal, assim como maior imparcialidade e segurança aos juízes responsáveis pelas decisões, salvaguardando e garantindo os predicativos essenciais da magistratura.

Outrossim, o artigo 11-B foi incluído na Lei nº 11.671/2008, impactando a sistemática da execução penal brasileira. Isso porque estende aos estados e ao Distrito

Federal as mesmas normas aplicáveis aos presídios federais, caso esses entes construam estabelecimentos de segurança máxima ou adaptem os já existentes em seus respectivos territórios.

Tal previsão é salutar, uma vez que distribui a responsabilidade de os Estados investirem em presídios que ofereçam maior controle de segurança, evitando a imposterável transferência de presos perigosos para estabelecimento da União. Ressalta-se, também, que os estados-membros e o Distrito Federal possuem competência concorrente para legislar sobre direito penitenciário (art. 24, I, da CF/88).

Por conseguinte, cabe-lhes construir estabelecimentos penais em seu espaço geográfico. Frise-se que o mais importante no artigo 11-B é a parte final, ao autorizar a aplicação das regras insculpidas na Lei nº 11.671/2008, atinentes aos estabelecimentos penais federais, pelos estados-membros e Distrito Federal, no âmbito do seu sistema prisional. Isso permitirá que esses entes tenham mais autonomia e reprimam eficazmente a criminalidade organizada na sua região, não necessitando da União Federal. Simultaneamente, não haverá centralização dos encargos e custos para o órgão federal.

Por derradeiro, impende mencionar que o artigo 14 da Lei nº 13.964/2019 alterou a Lei nº 12.850/2013, com a inclusão de dispositivos que restringem a progressão de pena aos líderes e integrantes de organização criminosa (§ 8º e § 9º do art. 2º da Lei nº 12.850/2013), sendo indispensável que os estados e o Distrito Federal tenham infraestrutura e contribuam no combate à macrocriminalidade.

Desta forma, essas alterações promovem, indiretamente, maior eficiência na investigação criminal, visto que, muitos delitos são oriundos de lideranças que estão recolhidas em estabelecimento prisional. Com esse regime, cumpre-se a prevenção especial.

²² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 40.

Consoante lição de Hans Welzel²³:

Las teorías preventivas especiales quierem conseguir la evitación del delito, mediante una influencia sobre el penado; estas teorías deben individualizar: intimidar al delincuente ocasional, reeducar al delincuente corregible, inocular al delincuente incorregible.

3 Justificativa da ampliação investigativa

De fato, foram muitas e relevantes as mudanças promovidas pelo artigo 11 da Lei nº 13.964/2019, decorrente do Projeto de Lei nº 10.372/2018, apresentado em regime de prioridade na Câmara dos Deputados, em 06/06/2018, contendo a seguinte ementa²⁴:

Introduz modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal.

Essas alterações derivam de política criminal repressiva e permitem resolver conflitos decorrentes de distintos direitos que são afetados como consequência da repressão punitiva²⁵.

Denota-se que tais mudanças legislativas têm por escopo combater eficazmente o crime organizado, o tráfico de drogas, o tráfico de armas, a milícia privada, os crimes cometidos com violência ou grave ameaça e os crimes hediondos, entretanto, para atingir tal tarefa hercúlea, mister instrumentos adequados que promovam modernização e agilidade na investigação criminal, assim como na persecução penal.

Destarte, as modificações foram hauridas do âmago da sociedade, que pleiteava há muito tempo reformas na seara penal. Afinal, para que a mudança ocorra externamente, no mundo dos fatos e do direito, necessário primeiro a transformação nas ideias, no pensamento da sociedade sobre a realidade das coisas. A esse respeito, assevera Baruch de Espinosa:

[...] estabelecidas estas regras, ater-me-ei ao que tem de ser feito antes de mais nada, a saber, reformar a inteligência, tornando-a apta a compreender as coisas do modo que é necessário para alcançar nosso fim²⁶.

Assim, a sociedade brasileira, consciente e em garantia dos seus direitos fundamentais de inviolabilidade à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º, *caput*, da CF/88) repudiou a violência exacerbada que tanto a aflige todos os dias. Já dissertava Francesco Carnelutti:

[...] assim como o espelho é feito para refletir o que está diante dele, as normas jurídicas são feitas para reagir sobre a realidade que representam²⁷.

Por isso, impõe-se maior rigor nos crimes cometidos por organizações crimino-

23 WELZEL, Hans. *Derecho penal*. Parte general. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 239.

24 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 10.372/2018*. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BC4D65F779D64299F516A2286AD02FA7.proposicoesWebExterno2?codteor=1666497&filename=PL+10372/2018. Acesso em: 30 mar. 2020.

25 AROSTEGUI MORENO, José Archibaldo. *Política criminal en la era de la globalización*. Edição do Kindle, posição 96-97.

26 ESPINOSA, Baruch de. *Tratado da reforma da inteligência*. Trad. Lívio Teixeira. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 13.

27 CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*. Tomo 1. Campinas/SP: Bookseller, 2004, p. 57.

sas, crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça, homicídio qualificado, estupro, latrocínio e outros crimes aviltantes. A justificativa do Projeto de Lei nº 10.372/2018 apresentada pela Comissão de Juristas expôs:

As organizações criminosas ligadas aos tráficos de drogas e armas têm ligações interestaduais e transnacionais e são responsáveis direta ou indiretamente pela grande maioria dos crimes graves, praticados com violência e grave ameaça à pessoa, como o homicídio, latrocínio, roubos qualificados, entre outros; com ostensivo aumento da violência urbana. Esse quadro tornou imprescindível uma clara e expressa opção de combate a macro criminalidade, pois seu crescimento é atentatório à vida de dezenas de milhares de brasileiros e ao próprio desenvolvimento socioeconômico do Brasil²⁸.

Nessa senda, necessária a luta pelos direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros. O escopo dessa modificação legislativa consiste precisamente em promover a paz social, lutando contra os promovedores da macrocriminalidade:

O fim do direito é a paz, o meio de que se serve para consegui-lo é a luta. Enquanto o direito estiver sujeito às ameaças da injustiça – e isso perdurará enquanto o mundo for mundo –, ele não poderá prescindir da luta. A vida do direito é a luta: luta dos povos, dos governos, das classes sociais, dos indivíduos²⁹.

Não é à toa que medidas legislativas mais rigorosas, mormente na seara penal, geram objeção por quem é atingido por elas. Exemplo dessa obstaculização foi a judicialização da Portaria nº 157 do Ministério da Justiça e Segurança Pública, publicada em 12 de fevereiro de 2019, que disciplina o procedimento de visita social aos presos nos estabelecimentos penais federais de segurança máxima e dá outras providências.

Primeiramente, o regulamento em questão foi objeto de Mandado de Segurança, impetrado no STJ, tendo sido denegada a segurança³⁰. Em seguida, foi proposta a Arguição de Descumprimento Fundamental nº 579 no STF. O processo está em andamento, tendo o Ministério Público Federal oferecido parecer opinando pelo “não conhecimento da ação e, no mérito, pela sua improcedência”³¹.

Ademais, no que versa sobre a população carcerária no Brasil e a porcentagem dos crimes por ela cometidos, estudo promovido pela Comissão de Juristas exposto na justificação do projeto aponta que:

Hoje, há uma divisão em 3 partes muito próximas nos aproximadamente 720 mil presos no Brasil: 1/3 crimes praticados com violência ou grave ameaça, 1/3 crimes sem violência ou grave ameaça e 1/3 relacionados ao tráfico de drogas.

28 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 10.372/2018*. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BC4D65F779D64299F516A2286AD02FA7.proposicoesWebExterno2?codteor=1666497&filename=PL+10372/2018. Acesso em: 30 mar. 2020.

29 IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo Direito*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 27.

30 STJ. Decisão monocrática, *MS 24.976/DF*, Relator Ministro Francisco Falcão, j. 20/05/2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/media.do/?componente=MON&sequencial=94294341&tipo_documento=documento&num_registro=201900437038&data=20190522&tipo=0&formato=PDF. Acesso em: 30 mar. 2020.

31 MPF. Procuradoria-Geral da República. *Parecer*. Sistema Único nº 142711/2019. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 579/DF. Vice-Procurador-Geral da República no exercício do cargo de Procurador-Geral da República: Luciano Mariz Maia. Data 20/05/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340205015&ext=.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2020.

Em que pese quase 40% serem presos provisórios, há necessidade de reservar as sanções privativas de liberdade para a criminalidade grave, violenta e organizada; aplicando-se, quando possível, as sanções restritivas de direitos e de serviços a comunidade para as infrações penais não violentas³².

Diante das modificações advindas no diploma legislativo, afigura-se natural o antagonismo ideativo entre partes envolvidas. Isso porque a mudança de certos interesses, outrora assegurados, gera o embate contínuo:

Com o correr do tempo, os interesses de milhares de indivíduos e de classes inteiras estão identificados ao direito existente de forma tão profunda que não pode ser alterado sem sofrer um ataque bastante sensível. Quem questiona determinada norma ou instituição jurídica declara guerra a todos esses interesses [...] Sempre que o direito existente esteja defendido pelo interesse, o direito novo terá de travar uma luta para impor-se, uma luta que muitas vezes dura séculos e cuja intensidade se torna maior quando os interesses constituídos se tenham corporificado em forma de direitos adquiridos³³.

Isso posto, o § 2º inserido ao artigo 3º da Lei nº 11.671/2008 alterou substancialmente os estabelecimentos penais federais de segurança máxima ao impor a monitoração dos espaços por áudio e vídeo, inclusive no interior das celas e nas conversas com advogados, se autorizada judicialmente. Ante-

riormente, era concedida maior discrição no conteúdo das conversas, podendo até mesmo descambar para o cometimento de ilícitos, inclusive pelos advogados dos réus. Sob tal argumento, havia uma “armadura” contra o controle estatal. Agora, findará prejudicada tal ampla reserva. Com respeito a essas disputas, pontificava Baruch de Espinosa:

Assim, parecia claro que todos esses males provinham disto – que toda felicidade ou infelicidade reside só numa coisa, a saber, na qualidade do objeto ao qual nos prendemos pelo amor. De fato, nunca surgem disputas por coisas que não se amam; nem há qualquer tristeza se elas se perdem; nem inveja, se outras a possuem, nenhum ódio e, para dizer tudo numa palavra, nenhuma perturbação da alma (*animus*)³⁴.

Agora, com a novel legislação, restará mais difícil a atuação anteriormente mais franqueada – o uso da liberdade com fins ilícitos, travestida no direito à privacidade –, daí surgem as disputas em questão. Outrossim, diante da disciplina carcerária mais rígida, os que por ela são alcançados apresentam atitude de esforço para continuar seguidamente da forma outrora, com acentuada liberdade e imune ao controle do Estado sobre o teor das conversas no interior do estabelecimento prisional. Spinoza explica a fenomenologia respectiva:

Proposição 6. Cada coisa esforça-se, tanto quanto está em si, por perseverar em seu ser. Proposição 7. O esforço pelo qual cada coisa se esforça por perseverar em seu ser nada mais é do que sua essência atual. Proposição 8 [...] Portanto, o esforço pelo qual uma coisa existe não envolve, de maneira alguma, um tempo definido, mas pelo contrário, ela continuará, em virtude da mesma potên-

32 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 10.372/2018*. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BC4D65F779D64299F516A2286AD02FA7.proposicoesWebExterno2?codteor=1666497&filename=PL+10372/2018. Acesso em: 30 mar. 2020.

33 IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo Direito*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 30-31.

34 ESPINOSA, Baruch de. *Tratado da reforma da inteligência*. Trad. Lívio Teixeira. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 8.

cia pela qual ela existe agora, a existir indefinidamente, desde que não seja destruída por nenhuma causa exterior³⁵.

Disto resulta que, os promovedores da macrocriminalidade, dos crimes mais violentos e repugnantes considerados pela sociedade, jamais irão interromper suas atividades ilícitas por si mesmos, porquanto aquilo que existe, esforça-se para continuar existindo. Em outras palavras, a criminalidade abjeta deve ser reprimida pelo Estado Democrático de Direito, impondo-se maior rigor no direito penal e processual penal, de modo a “promover o bem de todos”, conforme preceitua como objetivo fundamental a primeira parte do inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal de 1988.

4 Constitucionalidade

Ultrapassada a análise das mudanças do artigo 11 da Lei nº 13.964/2019, as quais conferem maior eficiência da investigação criminal, resta verificar a constitucionalidade de tais medidas. O conceito de controle de constitucionalidade³⁶, em síntese, consiste na verificação formal e material da norma inferior (norma infraconstitucional), tendo como parâmetro a norma superior (norma constitucional).

Assim, se a norma questionada (norma inferior) for compatível com a norma parâmetro (norma superior – Constituição Federal), o ato normativo será constitucional, ou seja, será válido e continuará em vigor. Todavia, se a norma questionada for contrária à Constituição Federal, o ato normativo será declarado inconstitucional, com a consequente retirada da norma do ordenamento jurídico.

É cediço que a Constituição Federal de 1988 albergou diversos princípios que, em certa perspectiva de aplicação, podem causar colisão entre si. Trata-se, então, de colisão entre princípios constitucionais, sendo que, nas palavras de Robert Alexy: “um dos princípios terá que ceder”³⁷.

Avançando no tema, o artigo 11 da Lei nº 13.964/2019 trata de regras aplicáveis nos estabelecimentos penais federais de segurança máxima, disciplinando as características impostas aos presos, dentre as quais se destaca a possibilidade de monitoramento por áudio e vídeo no parlatório e nas áreas comuns e, excepcionalmente, nas celas e no atendimento advocatício, se autorizado por decisão judicial. As mudanças são densas. Inicialmente, poderiam ser questionadas tais medidas com base no direito à convivência familiar (art. 227 da CF/88); bem como alegado tratamento desumano e tortura (art. 5º, III, da CF/88). Urge verificar, normativamente, se tais alegados preceitos são violados.

Atinente ao direito de convivência familiar, o novel inciso II do § 1º do artigo 3º da Lei nº 11.671/2008 permite a visita do cônjuge, do companheiro, de parentes, amigos e crianças. Desse modo, a lei assegura não só a convivência familiar do preso com seus parentes, como também o contato social com seus amigos. Assim, o princípio da convivência familiar esculpido na Constituição é respeitado, sendo a norma constitucional.

No que versa sobre a alegação de tratamento desumano, afigura-se útil apreciar as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos, conhecidas como “Regras de Nelson Mandela”. A regra 3 reconhece que a detenção priva a liberdade com o mundo exterior e, na parte final da citada regra, admite “agravar o sofrimento inerente” em “casos pontuais em que a separação seja justificável ou

35 SPINOZA, Benedictus de. *Ética*. Trad. Tomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2014, p. 105.

36 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 951.

37 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93.

nos casos em que seja necessário manter a disciplina”. Segue o texto da norma internacional:

Regra 3 – A detenção e quaisquer outras medidas que excluam uma pessoa do contacto com o mundo exterior são penosas pelo facto de, ao ser privada da sua liberdade, lhe ser retirado o direito à autodeterminação. Assim, o sistema prisional não deve agravar o sofrimento inerente a esta situação, exceto em casos pontuais em que a separação seja justificável ou nos casos em que seja necessário manter a disciplina³⁸.

As medidas mais rigorosas impostas aos recolhidos no estabelecimento penal federal de segurança máxima são necessárias, uma vez que esses presos representam alto risco à sociedade, possuem poder de mando na macrocriminalidade, poderiam determinar ordens de dentro da prisão para atingir a coletividade, etc. Também se mostra indispensável para manter a disciplina no estabelecimento. Assim, impõe-se maior controle de suas ações e responsabilização penal caso haja cometimento de delito.

Ademais, quanto à alegação de cometimento de tortura, a parte final do item 1 do artigo 1º da Parte 1 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, promulgada pelo Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991, estabelece que não se considera tortura “as dores ou sofrimentos” derivados de “sanções legítimas”, que “sejam inerentes a tais sanções” ou que “delas decorram”. Segue o texto:

ARTIGO 1º – 1. Para os fins da presente Convenção, o termo “tortura” designa

qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. *Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram*³⁹. (destaques nossos)

Ora, medidas disciplinares mais rigorosas são imprescindíveis, pois os presos desses estabelecimentos federais de segurança máxima são os mais perigosos do país, os líderes de organização criminosa ou aqueles que cometeram delitos tão graves que os presídios estaduais não têm condições de aplicar a norma, controlá-los e executar a pena nos termos da lei. Acresça-se o acentuado risco à segurança da sociedade. Em suma, a rigidez desses estabelecimentos é um mal necessário.

Desta feita, com base nas supramencionadas normas internacionais, afiguram-se constitucionais e compatíveis com os direitos humanos as disposições acrescidas pelo artigo 11 da Lei nº 13.964/2019, que alterou a Lei nº 11.671/2008, atinente ao regime dos presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima.

38 UNODC. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. *Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos* (Regras de Nelson Mandela). Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf. Acesso em: 30 mar. 2020.

39 BRASIL. Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm. Acesso em: 30 mar. 2020.

Por derradeiro, a Constituição Federal assegura a “inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança” (art. 5º, *caput*, da CF/88), bem como tem por objetivos fundamentais “construir de uma sociedade livre” e “promover o bem de todos” (art. 3º, I c/c IV, da CF/88). Ante o exposto, as normas contidas nos artigos 7º, 8º e 11 da Lei nº 13.964/2019, objeto do presente estudo, promovem os valores constitucionais supra-mencionados e são compatíveis com a ordem jurídica brasileira.

5 Conclusão

O presente estudo objetivou analisar as modificações advindas nos mecanismos especiais de investigação criminal, em razão do artigo 11 da Lei nº 13.964/2019 (lei anticrime), assim como apreciar a constitucionalidade dessas medidas.

Referido dispositivo legal alterou a Lei nº 11.671/2008, que versa sobre o regime a que estão sujeitos os presos em estabelecimento penal federal de segurança máxima. Foram significativas as mudanças, como: as especificações das características e regras sobre o estabelecimento; o monitoramento de áudio e vídeo; o tempo de permanência; a possibilidade de utilização de órgão colegiado em primeiro grau para tomada de decisões mais importantes referentes aos reclusos e a possibilidade de os estados e o Distrito Federal construírem ou adaptarem estabelecimento prisional em seus territórios, aplicando as mesmas regras de execução penal da esfera federal.

Desse modo, tais alterações legais atualizam e robustecem a investigação criminal ao permitir que os órgãos do Estado utilizem tecnologias, monitorando os acontecimentos que transcorrem dentro dos estabelecimentos prisionais federais de segurança máxima, prevenindo novos delitos.

Considera-se que a privacidade dos presos, assim como as prerrogativas profissionais

dos advogados não são direitos absolutos⁴⁰, não podendo transmutarem-se em subterfúgio para cometimento de crimes. O Estado não pode permitir que o exercício abusivo de direitos se transforme em salvo-conduto para cometimento de crimes, devendo ser fiscalizada a conduta indicativa de delito no âmbito do estabelecimento penal federal de segurança máxima.

Consoante demonstrado, essa remodelação compatibiliza-se com normas de direitos humanos e com a Carta Magna, de acordo com artigo 3º, I c/c IV e artigo 5º, *caput*, todos da Constituição Federal.

Outrossim, as regras atinentes ao regime aplicado nos presídios federais de segurança máxima atendem a normas internacionais de direitos, mormente às Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Nelson Mandela), bem como à Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disso resulta que as modificações no âmbito penal e processual são constitucionais e respeitam os direitos humanos.

Desta feita, as medidas inovatórias previstas no artigo 11 da Lei nº 13.964/2019 ensejam maior eficácia investigativa, são constitucionais e promovem grande evolução na dogmática penal, atualizando os procedimentos disponibilizados ao Estado. Constituem notável avanço na luta contra a macrocriminalidade, os líderes de organizações criminosas e aqueles que reiteradamente cometem delitos ignóbeis. Enfim, promove dois dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que são construir uma “sociedade livre” e “promover o bem de todos” (art. 3º, I c/c IV, da CF/88).

40 PÉREZ ESTRADA, Miren J. La protección de los datos personales en el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 3, set./dez. 2019, p. 1303. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.253>. Acesso em: 30 mar. 2020.

Referências

- ABREU, Jacqueline de S.; SMANIO, Gianluca M. Compatibilizando o uso de tecnologia em investigações com direitos fundamentais: o caso das interceptações ambientais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 1449-1482, set./dez. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.262>. Acesso em: 30 mar. 2020.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AROSTEGUI MORENO, José Archibaldo. *Política criminal en la era de la globalización*. Edição do Kindle.
- AURY LOPES, Jr. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília, 1991.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*. A filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 10.372/2018*. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BC4D65F779D64299F516A2286AD02FA7.proposicoesWebExterno2?codteor=1666497&filenome=PL+10372/2018. Acesso em: 30 mar. 2020.
- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 mar. 2020.
- BRASIL. *Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991*. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm. Acesso em: 30 mar. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11671.htm. Acesso em: 29 mar. 2020.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*. Tomo 1. Campinas/SP: Bookseller, 2004.
- CESARI, Claudia. Editoriale: L'impatto delle nuove tecnologie sulla giustizia penale – un orizzonte denso di incognite. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 1167-1188, set./dez. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.292>. Acesso em: 30 mar. 2020.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética, direito, moral e religião no mundo moderno*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- ESPINOSA, Baruch de. *Tratado da reforma da inteligência*. Trad. Lívio Teixeira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da FD-USP*, v. 88, 1993.
- IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo Direito*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- JESCHECK, Hans. *Tratado de derecho penal*. Parte General. 4. ed. Granada: Editorial Comares, 1993.
- JORGE MORAS, R. Monm. *Manual de derecho procesal penal*. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo-Parrot, 2004.
- LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e infinito*. Ensaio sobre a exterioridade. 3. ed. Lisboa/Portugal: Edições 70, 2014.
- MAGHERESCU, Delia. Using new means of technology during the penal proceedings in Romania. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 1189-1217, set./dez. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.250>. Acesso em: 30 mar. 2020.
- MATTAR, João. *Introdução à filosofia*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2010.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MOUGENOT, Edilson Bonfim. *Curso de direito processual penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MPF. Procuradoria-Geral da República. *Parecer*. Sistema Único nº 142711/2019. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 579/DF. Vice-Procurador-Geral da República no exercício do cargo de Procurador-Geral da República: Luciano Mariz Maia. Data 20/05/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340205015&ext=.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PÉREZ ESTRADA, Miren J. La protección de los datos personales en el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 1297-1330, set./dez. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.253>. Acesso em: 30 mar. 2020.

SOLER, José María Rifá; GONZÁLEZ, Manuel Richard; BRUN, Iñaki Riaño. *Derecho procesal penal*. Pamplona: Instituto Navarro de Administración Pública, 2006.

SPINOZA, Benedictus de. *Ética*. Trad. Tomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autentica, 2014.

STF. Primeira Turma, *HC 70.814-5/SP*, Relator Ministro Celso de Mello, j. 01/03/1994, DJ 24/06/1994. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72703>. Acesso em: 30 mar. 2020.

STF. Segunda Turma, *HC 91.610/BA*, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 08/06/2010, informativo nº 590. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo590.htm#Busca%20e%20Apreens%C3%A3o:%20Escrit%C3%B3rio%20de%20Advocacia%20e%20Erro%20de%20Endere%C3%A7o%20-%201>. Acesso em: 30 mar. 2020.

STJ. Decisão monocrática, *MS 24.976/DF*, Relator Ministro Francisco Falcão, j. 20/05/2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=94294341&tipo_documento=documento&num_registro=201900437038&data=20190522&tipo=0&formato=PDF. Acesso em: 30 mar. 2020.

STJ. Quinta Turma, *RHC 102808/RJ*, Relator Ministro Joel Ilan Parcionik, j. 06/08/2019, DJe 15/08/2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201802306784&dt_publicacao=15/08/2019. Acesso em: 30 mar. 2020.

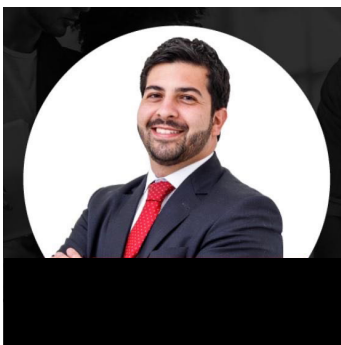
STJ. Quinta Turma, *RHC 39.412/SP*, Relator Ministro Felix Fischer, j. 03/03/2015, informativo nº 557. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201302306256&dt_publicacao=17/03/2015. Acesso em: 30 mar. 2020.

UNODC. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. *Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos* (Regras de Nelson Mandela). Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf. Acesso em: 30 mar. 2020.

VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal alemão*. V. I. História do Direito Brasileiro. Obra fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2006.

WELZEL, Hans. *Derecho penal*. Parte general. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

Teorias orientadoras do bem jurídico-penal na lavagem de capitais



Fernando França Magri

Mestrando em Direito Penal pela Universidade de São Paulo – USP, sob a orientação do Professor Livre-Docente Vicente Greco Filho. Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra e em Ciências Criminais pela Escola Paulista de Direito – EPD. Advogado criminalista. Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie e da Escola Superior de Advocacia – ESA. Coordenador acadêmico do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Ciências Criminais da Escola Paulista de Direito – EPD, sendo professor nessa mesma instituição.

RESUMO: O presente trabalho acadêmico se direciona ao estudo das teorias que contemplam o bem jurídico-penal no tipo penal da lavagem de capitais, previsto na Lei nº 9.613/1998, com as alterações promovidas pela Lei nº 12.683/2012, com a formulação de objeções e apontamento de contribuições de cada uma das vertentes teóricas, com o propósito de se estabelecer um quadro teleológico deste instituto. Para garantir uma coerência à conclusão final, o estudo descerra seu programa abordando os modelos constitucionais de Estado e a função fundamental do Direito Penal, trazendo também considerações conceituais e de desenvolvimento acerca de bem jurídico-penal. Finalmente, tem-se formado um cenário propício para que sejam compulsadas as nuances de cada uma das propostas teóricas edificadoras da contextualização do bem jurídico-penal no crime de lavagem de capitais, com o fito de se determinar a que mais se adapta, do ponto de vista teleológico, a esta norma penal, haja vista a relevância de sua definição para tantas outras questões inerentes à análise da tipicidade.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Democrático de Direito. Função do Direito penal. Bem jurídico-penal. Lavagem de capitais.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Considerações sobre o modelo constitucional de Estado. 2.1 Concepção de Estado. 2.2 Estado de Direito e Estado Social de Direito. 2.3 Estado Democrático de Direito. 3 Função do Direito Penal e a teoria do bem jurídico. 3.1 Função precípua do Direito Penal moderno. 3.2 Conteúdo da teoria do bem jurídico-penal. 3.2.1 Críticas à teoria do bem jurídico-penal. 4 Bem jurídico-penal na lavagem de capitais. 4.1 Identidade de bens jurídicos entre o crime antecedente e a lavagem de capitais. 4.2 Elevação da administração da Justiça à condição de bem jurídico-penal. 4.3 Consideração da ordem socioeconômica como bem jurídico-penal da lavagem de capitais. 4.4 Pluriofensividade do crime de lavagem de capitais. 4.5 Análise do Direito Comparado. 5 Considerações finais. Referências.

1 Introdução

O presente trabalho acadêmico apresenta a proposta de fornecer elementos sólidos para um debate acerca das teorias que contemplam o bem jurídico-penal tutelado pelo tipo penal da lavagem de capitais, com uma exposição pormenorizada da essência caracterizadora de cada uma das vertentes teóricas, sem olvidar a colocação de considerações críticas acerca das objeções e contribuições depreendidas de cada um destes programas.

Trata-se, por certo, de um dos temas de maior controvérsia no contexto do estudo do crime de lavagem de capitais, haja vista a ausência de pacificidade acerca da matéria, sobretudo após o advento da Lei nº 12.683/2012, que alterou a Lei nº 9.613/1998, conhecida como Lei de Lavagem de Dinheiro, deixando esta de ter um rol fechado e taxativo dos crimes antecedentes, que, agora, pode ser qualquer infração penal, entre outras alterações e inclusões de conteúdo.

Com efeito, em matéria de lavagem de capitais, definições acerca da elasticidade dos elementos subjetivos inerentes à tipicidade, da natureza delitiva, eventual ajuste de concurso de normas, entre outras questões, serão delineadas por meio do estudo das teorias do bem jurídico-penal tutelado pela norma penal correspondente, sem olvidar os reflexos na dosimetria da pena, donde se depreende a relevância da matéria ora submetida a acurado estudo e enfrentamento.

Entretanto, antes de se alcançar o estudo das teorias propriamente ditas, de rigor um aprofundamento determinista no que toca ao modelo de Estado constitucional e à missão fundamental do Direito Penal moderno, porquanto certo que qualquer definição a respeito da proposta teórica mais adequada deverá, necessariamente, guardar coerência com as cognições firmadas com relação a estas matérias, haja vista a correlação havida, mesmo porque somente se poderá adentrar

no tema objetivamente proposto e até mesmo conferir a ele justificação e relevância após a assertiva e consolidação da missão assumida pelo Direito Substantivo.

Nesse passo, de rigor que se aborde, também, a concepção de bem jurídico e suas nuances, com análise detida de suas características antropológicas e suas finalidades periféricas e nucleares. De mais a mais, imperioso que sejam estabelecidos e clarificados os fundamentos e as concepções teleológicas do instituto do bem jurídico, para que não se faça confusão entre conceitos políticos e finalísticos.

Como toda e qualquer proposta englobada pelas ciências jurídicas, indeclinável a fundamentação de toda a arguição em uma base principiológica, a fim de que seja conferida consonância com a estrutura do pensamento penal à luz das disposições constitucionais.

Em tempo, oportuna uma análise breve da legislação estrangeira a respeito do tema, a fim de, com base no Direito Comparado, poder-se apreender o cenário disposto em ordenamentos que servem de referência ao Direito Penal brasileiro, sempre com as ressalvas das divergências legais encontradas.

Finalmente, colhidos todos estes elementos concretos, definir-se-á um quadro autorizador da investigação e da formulação de eventual filiação teórica no estudo do bem jurídico-penal do crime de lavagem de capitais.

2 Considerações sobre o modelo constitucional de Estado

Para uma escorreita compreensão do tema ora proposto para debate, de rigor que sejam estabelecidas algumas premissas relevantes, em especial a demarcação do modelo constitucional de Estado vigente, porquanto toda e qualquer estruturação cognitiva formulada deverá, necessariamente, guardar relação de coerência com a assertiva democrática, para que tenha solidez científica.

2.1 Concepção de Estado

O Estado dotado de soberania corporifica-se na tutela do interesse público, com medidas sempre fundadas na observância do Direito, eis que a este deve sua existência. Este o encontro do poder político com o jurídico, notabilizado pela Revolução Francesa. Não obstante, a soberania como elemento integrador da figura estatal exsurgiu com a modernidade, problematizada, do ponto de vista filosófico hegeliano, e diz com o poder que uma comunidade política organizada possui de impor sua condição de independência, o que, por seu turno, carrega ao Estado a consideração de que o mesmo se trata de uma pessoa jurídica.

Com efeito, ao positivar as leis e reafirmar este Direito posto, o Estado apresenta sua soberania, eis que dita as normas – criminalização primária – e regula sua aplicação perante os casos concretos – criminalização secundária –, constituindo este múnus um poder indeclinável.

A pedra de toque para a concepção de Estado está na legitimação do exercício punitivo, haja vista ser a violência estatal o instrumento de sua consolidação. Com efeito, a legitimação do Estado no contexto deste poder-dever de punir está diretamente entrelaçada com o pacto avençado por ocasião do estabelecimento dos vínculos associativos propostos no contrato social.

2.2 Estado de Direito e Estado Social de Direito

A sociedade, de acordo com Tobias Barreto, é um “sistema de forças” que visa alcançar um “estado de equilíbrio”, aperfeiçoado no “Estado de Direito”, sendo o Direito Penal um instrumento para tanto, sem olvidar a necessidade de imposição de limites à execução deste poder-dever de punir, mediante o estabelecimento de garantias individuais, a salvaguardar o indivíduo frente o corpo estatal¹.

Nesse passo, o Estado de Direito se caracteriza justamente pela contenção, pelo poder jurídico, deste poder punitivo, colocando todos os componentes do corpo social sob o mando da lei, sendo esta a contraposição ao Estado de Polícia.

A transmutação deste modelo de Estado para aquele traz consigo uma cognição dialética, porquanto inviável um Estado de Direito puro se sempre carrega em seu centro nuclear a figura do Estado policaiesco, sendo certo que não dissecar os conflitos sociais, mas apenas os cravar com uma suspensão de incidência.

Não obstante, o Estado de Direito, por razões de técnica jurídica-política, não pode ter sua compreensão adstrita a esta limitação de poder, pelo contrário, este modelo de Estado não prescinde de uma estrutura de organização dos entes públicos multidirecional ao passo que diz com um ordenamento jurídico positivado dotado de arcabouço normativo observador das liberdades públicas, com ampla tutoria do Poder Judiciário a salvaguardar tais direitos.

Ou, como bem sintetiza Jorge Miranda, para o ajuste de um Estado de Direito, alguns requisitos se apresentam indispensáveis, a saber, a separação dos poderes públicos, com preservação da independência de cada um deles; a fiscalização permanente da administração pública, com a observância da responsabilidade objetiva do Estado pelos danos causados por seus agentes; a reserva jurisdicional, com o resguardo da independência dos magistrados no ato da judicatura; o controle de constitucionalidade, tanto difuso como concentrado; a tutela das liberdades públicas; e, sobretudo, a afirmação do domínio legal².

tuições de Direito penal: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro, 2009, p. 20.

2 MIRANDA, Jorge *apud* PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 74.

1 BARRETO, Tobias *apud* REALE JÚNIOR, Miguel. *Insti-*

Não obstante, Hans Kelsen concebe Estado e Direito como conceitos uníssonos, de modo que esta confusão entre Estado e ordem jurídica implicaria dizer que todo Estado há de ser um Estado de Direito, inclusive os de regime ditatorial, pois, mesmo avesso às considerações sociais, políticas, econômicas e ideológicas, preocupado apenas e tão somente com o conteúdo formal da lei, este Estado Legal será convertido em um Estado de Direito³.

O Estado de Direito tem uma concepção dicotômica, de maneira que não pode ser considerado apenas do seu ponto de realização formal, concernente ao modo de aperfeiçoamento da operosidade estatal, o qual deve ser conforme os ditames legais e constitucionais, eis que atento à imperiosidade da legalidade; deve-se visualizá-lo também com base em seu aspecto material, que, por seu turno, compreende o plano político do Estado, orientado por padrões de legitimidade, e se preocupa com o teor deste movimento laborioso estatal.

De outra mão, o Estado Social de Direito propugna uma promoção mais abrangente da isonomia, da liberdade e da segurança, com interação entre as facetas jurídica e social de tais institutos, com notável albergue dos direitos da personalidade, sem olvidar a política intervencionista dos poderes públicos na gestão da estrutura econômica, sem abstrair-se da meta de redução das desigualdades sociais. Em breve síntese, o Estado Social tem seu núcleo direcional voltado para o bem comum dos que integram o corpo social e político, assumindo a condição de Estado Material de Direito.

O Estado Social de Direito, de acordo com Elías Díaz, se materializa com a proposta de compatibilizar o modelo capitalista de modo de produção com o bem-estar da comunidade política, não tendo conseguido,

contudo, aperfeiçoar este processo de democratização social e econômica⁴.

2.3 Estado Democrático de Direito

Nesse emblema, a democracia chega, *pari passu*, para se incorporar ao Estado de Direito, chamado por Norberto Bobbio de “Estado dos cidadãos”⁵, eis que nele o indivíduo passa a ter direitos públicos, e não apenas privados. Por democracia se entende, em um plano geral, a capacidade de participação popular na gerência dos planos políticos, notadamente por meio do sufrágio universal e da pluralidade partidária, sempre com vistas à consecução da paz e da justiça sociais.

Não obstante, a acepção de democracia que se encaixa com perfeição à empregada quando em pauta o modelo de Estado é aquela que corresponde à necessidade de respeito à desincumbência dos direitos fundamentais e das garantias individuais, perfazendo o ajuste de princípios liberais, humanos e sociais. Conforme averbado pelo Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, há que se ter integral observância, sob o aporte de valores supremos, dos direitos sociais e individuais, da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça.

Nessa ordem, a democracia, ao mesmo tempo em que se solidifica no cerne político, passa a alcançar também o cenário jurídico, formando, esta inserção setorial, o modelo de Estado ora vigente, acrescido, ainda, da qualificação social, igualmente instada a compô-lo.

O Estado de Direito encontra suas raízes cognitivas no Estado Liberal, sendo certo que o aporte democrático associado à concepção de Estado de Direito vem fazer

3 KELSEN, Hans *apud* SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional positivo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 114.

4 DÍAZ, Elías *apud* SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional positivo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 115.

5 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 78.

uma contraposição ao Estado Liberal, eis que o liberalismo não se coaduna com a presença popular e igualitária nos desígnios da atuação estatal.

Em tempo, um Estado Liberal, com raízes fincadas no âmago das revoluções burguesas, em uma concepção formal e intrínseca, tem sua ordem constitucional baseada na irrestrita submissão estatal à ordem jurídica, a fim de proteger o indivíduo face eventual esboço de arbítrio do Estado, ao passo que em um Estado Democrático de Direito, agora sob o aspecto de uma conceituação material e extrínseca, esta se atrela e se organiza com vistas a obstar a nociva alocação do Estado e da sociedade em espaços de inviabilidade interativa entre ambos.

Com efeito, o Estado de Direito se caracteriza pelo estabelecimento de óbices de cunho negativo (limites de atuação da administração estatal) e o Estado cancelado pela ideologia democrática carrega, paralelamente, prestações positivas (direções de conduta), isto é, o primeiro se norteia por critérios omissivos e o segundo acrescenta ao código das agências públicas padrões de ação, mantendo, frise-se, o caráter de contenção do poder estatal.

O Estado Democrático de Direito se situa na posição de sucessor do Estado Social de Direito, muito embora não seja uma passagem natural, mas marcada por óbices à instalação deste novo modelo de Estado, que chega com o anseio de materializar os ideais políticos, sociais e econômicos.

Aliás, uma compilação entre os modelos social e democrático de Estado surge como sendo a proposta de uma “terceira via”, com o fim de congregar valores libertários e igualitários e democráticos e socialistas, junção até então impraticável, segundo as experiências históricas fornecidas⁶.

Por outro lado, em visão contrária a este separatismo e propondo diferente interpretação para a expressão “socialismo”, José Afonso da Silva coloca que o Estado Democrático de Direito materializa a realização democrática do socialismo. Contudo, não se deve conceber tal como um processo de transição para o modelo estadista de gestão econômica, ao contrário, cuida-se apenas de aceitar a compreensão de tal assertiva como aperfeiçoamento prático dos direitos sociais e dos postulados de cidadania, a consubstanciar a realização dos princípios da justiça social⁷.

Nesse passo, um Estado Democrático de Direito pressupõe que o Estado serve o indivíduo, e não o contrário, de modo que seu aperfeiçoamento existencial em razão dele se justifica. O ser humano, individualmente considerado sob a vestimenta de cidadão de direitos e deveres, representa o escopo primário do Estado, jamais um mero instrumento da governança. Em outros termos, o Estado não é um fim em si mesmo, muito pelo contrário, ele serve o indivíduo e em razão deste existe; o ser humano é o escopo primário do Estado, e não um meio de exercício da atividade estatal.

do discorreram comentários à Constituição da República Portuguesa, contudo, um aparte deve ser feito; o manifesto apresentado pelos constitucionalistas portugueses foi publicado em 1978 e novamente publicado na edição de 1984, sendo certo que ambas as datas antecederam a queda do Muro de Berlim, que ocasionou a unificação alemã, e a dissolução da extinta União Soviética, marcos históricos que derrubaram com eles as tentativas de consolidação do socialismo real, de maneira que, por se entremostrear, nos dias de hoje, insuperável o quadro de absoluta contrariedade havido entre socialismo e democracia, de rigor que se eleja a subsistência desta segunda. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 205-208.

7 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional positivo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 120.

6 A propósito, esta “terceira via” era também a proposta de José Joaquim Gomes Canotilho e de Vital Moreira quan-

Nessa ordem, Luigi Ferrajoli, precursor da filosofia que inaugura o garantismo penal, em confessa paráfrase, circunscrita ao manejo da expressão “*autopoiesis*”, cunhada pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann em discussão atinente aos sistemas políticos, polariza as doutrinas a respeito da posição estatal, donde se depreende o ajuste do nosso modelo de Estado adstrito à construção filosófica das doutrinas heteropoiéticas, que posiciona o Estado como um meio, que somente descerra sua legitimidade política diante da finalidade de proporcionar a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos. E Ferrajoli prossegue, colocando a legitimação externa do Estado vinculada à tutela dos direitos fundamentais de cada unidade celular componente do corpo social (o indivíduo), com manifestação estruturada na edificação do Leviatã hobbesiano:

O Estado, segundo o paradigma da justificação externa por esta sugerida, não é nem um fim nem um valor: é, isto sim, um produto fabricado pelos homens, “porque pela arte” – são as palavras de Hobbes – “é criado aquele grande Leviatã a que se chama Estado, ou Cidade [em latim *Civitas*] que não é senão um homem artificial, embora de maior estatura e força do que o homem natural, para cuja proteção e defesa foi projetado”; de modo que vale tanto na medida em que serve aos “homens naturais”, que de comum acordo o produziram, e nada vale nada e deve por isso ser transformado, remodelado e demolido quando se insurgem contra eles. Mais: ele é *de per se* um desvalor, isto é, um mal menor sujeito enquanto tal ao ônus da justificação externa e *a posteriori*. Isto quer dizer que os seus poderes não são concebidos como “justos” apenas por quem os detém, mas sobretudo segundo por que, quando e como são ou não são sempre exercitados⁸.

No entanto, um aparte deve ser feito. De rigor que se compreenda a raiz cognitiva fundante da obra central de Ferrajoli, que, dentre outros aspectos, posiciona suas cognições em contraposição a resquícios fascistas, logo, a essência da obra literária em comento trespassa a mera análise jurídico-filosófica, galgando espaço em discussões mais longevas, inoportunas no contexto da presente incursão.

3 Função do Direito Penal e a teoria do bem jurídico

O debate acerca da função do Direito Penal moderno passa, naturalmente, pelo aprofundamento no estudo da teoria do bem jurídico, pois certo que a legitimação do poder/dever de punir encontra suas balizas, ora com mais intensidade e ora com menos, na ideia de bem jurídico, razão pela qual importante a análise em conjunto de tais temas.

3.1 Função precípua do Direito Penal moderno

Com os pilares do Estado Democrático de Direito delineados, a indagação que surge diz com a missão do Direito Penal. A resposta para esta questão fornece solo para escorreita compreensão não apenas da teoria do delito, mas também para que se tenha em conta a medida da esfera de abrangência da legitimidade do Direito Penal.

No segundo período pós-guerra, a ciência penal, sobretudo na Alemanha, buscou posicionar o poder interventivo do Estado nos limites da teoria do bem jurídico, de modo que o Direito Penal somente deveria abarcar a proteção de bens jurídicos dotados de concretude, donde não insertas cognições políticas, morais ou religiosas.

Diante do modelo de Estado adotado pela ordem constitucional brasileira, por certo que o Direito Penal não poderá dissociar seus fins dos ideais de igualdade social, de uma tutela indeclinável da dignidade da pessoa humana e dos regramentos morais solidifi-

8 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica *et al.* 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 812-814.

cados (balizadores dos sistemas sociais), para não contrariar o desenho do grau civilizatório moderno. Deste modo, assumiu central relevância o estudo da concepção de bem jurídico e sua função dogmática no âmbito do Direito Penal.

Desta feita, tendo em vista que o Direito Penal tem como escopo o resguardo e a estabilização da paz social, além da promoção da igualdade entre os indivíduos, com respeito e observância ao postulado da dignidade da pessoa humana, a sufragar a expectativa de controle da convivência social, a maior parte da doutrina, tanto nacional como estrangeira, acompanhando Claus Roxin, edificador original desse pensamento, averba que a missão fundamental do Direito Penal, estruturado sob um sistema aberto, permeável, portanto, à influência de outros segmentos, corresponde à proteção subsidiária de bens jurídico-penais, pressuposto para a punibilidade, donde se depreende seu viés teleológico eminentemente preventivo⁹.

Por outro lado, oportuno consignar a proposta da filosofia utilitarista, que encontrou seu mais notável expoente em Jeremy Bentham. Para esta vertente, o Direito Penal teria por finalidade a proteção do corpo social e a prevenção geral, de maneira que a noção de bem jurídico não assumiria neste plano a relevância central sobredita.

A negar a proteção de bens jurídicos como missão do Direito Penal, despontam algumas manifestações de penalistas alemães. Hans-Joachim Hirsch entende que o conceito de bem jurídico não assume idoneidade para realizar a limitação do Direito Penal. Günther Stratenwerth não arrazoa a construção dos tipos penais na tutela de bens jurídicos, mas, sim, na incivilidade dos comportamentos humanos¹⁰.

Enfim, Günther Jakobs preceitua que a missão fundamental do Direito Penal diz com a confirmação da vigência da norma violada, de modo que o fato punível se ajusta pela negação da norma pela conduta do indivíduo, sendo certo que essa “solidez das expectativas normativas” é o que Jakobs chama de bem jurídico, criticando a concepção tradicional de bem jurídico. A lesão ao bem jurídico, em um crime de homicídio, a título de exemplo, não diz com a causação do evento morte, mas, sim, com a desobediência normativa contida na previsão típica desse delito.¹¹

Hans Welzel contemporiza e tenta estabelecer para o Direito Penal uma missão intermediária entre as apresentadas por Roxin e Jakobs, inerentes ao funcionalismo moderado e sistêmico, respectivamente. Com efeito, Welzel compreende a importância da proteção de bens jurídicos, mas a ela alia a necessidade da tutela de valores de cunho ético-social, sendo certo que aquela seria corolário desta, donde ele defende sua posição da crítica de que tentaria controlar a atitude interna dos indivíduos por meio de padrões ético-sociais¹².

9 José Cerezo Mir assim se manifestou: “El Derecho Penal es un sector del ordenamiento jurídico al que, según la opinión dominante de la dogmática moderna, le incumbe la tarea de la protección de los bienes vitales es fundamental es del individuo y la comunidad. Estos bienes son elevados por la protección de las normas del Derecho a la categoría del bienes jurídicos.” (MIR, José Cerezo. *Curso de Derecho penal español*. Madrid: Tecnos, 1993, p. 15). Tradução: “O Direito Penal é um setor do ordenamento jurídico em que, segundo a opinião dominante da dogmática moderna, lhe incumbe a tarefa de proteção dos bens vitais e fundamentais ao indivíduo e à comunidade. Estes bens jurídicos são elevados pela proteção das normas de Direito à categoria de bens jurídicos”.

10 HIRSCH, Hans-Joachim; STRATENWERTH, Günther *apud* ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal*. Trad. André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 14-15.

11 JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 61-63.

12 WELZEL, Hans *apud* BUSATO, Paulo César. *Direito pe-*

No mesmo sentido, se manifestam Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend, para quem o Direito Penal tem como ponto nuclear a tarefa de tutelar, via normas controladoras, a regular convivência dos indivíduos inseridos no corpo social, se consubstanciando em um instrumento robusto de configuração de costumes sociais, donde decorreria a tutela dos bens jurídicos¹³, de modo que, conforme alinha Paulo César Busato, essa pretensão de proteção de bens jurídicos seria utópica e não uma realidade empírica, mesmo porque o Direito Penal, inserido em um modelo democrático de Estado, não comporta a antecipação da tutela, cabendo ao bem jurídico, havido como imprescindível para o convívio social harmônico, a incumbência de justificar a índole penal das normas de controle, de forma que a missão do Direito Penal seria, nesse espedeque, o controle social do intolerável¹⁴.

Posta a relevância do bem jurídico no contexto do desenvolvimento do Direito Penal moderno, e partindo do pressuposto que esse tem a função de proteger, de forma subsidiária, bens jurídicos, oportuna uma escoceita compreensão acerca da teoria que o envolve, com o delineamento de todas as críticas a ela direcionadas.

3.2 Conteúdo da teoria do bem jurídico-penal

Sob influência direta das inspirações liberais e iluministas do século XIX, começaram a surgir os primeiros ensaios da criação daquilo que se veio a ter por bem jurídico.

Anselm Von Feuerbach, nos idos de 1801, por ocasião da publicação de seu tratado, fundado na ideia do contratualismo social, sustentou que o Direito Penal deveria

se ocupar da tutela de direitos subjetivos, sendo a violação a esses direitos, havidos como externos, caracterizadora de uma lesão jurídica; atinge-se o direito propriamente dito, sob a concepção de um dever-ser.

A história da teoria do bem jurídico, de certa forma, se confunde com a da proposta teórica de Feuerbach, porquanto aquela, inspirada nas construções hegelianas, surge em projeção crítica a esta, uma vez que o cenário sociopolítico de efervescência da Revolução Industrial, propulsor da escalada criminal, sobretudo de natureza patrimonial, demandava um intervencionismo estatal mais significativo em matéria penal, de modo que a teoria de Feuerbach era havida como insuficiente diante do modelo de sociedade daquela época.

Até o advento das contribuições iluministas, o crime era resultado de uma consideração secular e de uma insurgência quanto a uma postura de dever perante o Estado, não sendo por acaso sua postura de reforço à figura absolutista, de modo que era um regime penal próprio de um modelo autoritário de Estado.

Nesse ponto, na linha direta do contratualismo social, começam a se entremostrear os primeiros esboços de uma concepção material de delito, pioneiramente em Cesare Bonesana – o Marquês de Beccaria – e em Karl Ferdinand Hommel, os quais trabalham sob a perspectiva prevencionista de danos sociais, e em seguida, agora de modo mais efetivo e sistematizado, em Feuerbach, que, inspirado na teoria do fim do Estado, de Immanuel Kant¹⁵ – o qual critica o delito

nal: parte geral. 3. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Atlas, 2017, v. 1, p. 10.

13 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tra-tado de Derecho penal*: parte general. Trad. Miguel Ol-medo Cadernete. 5. ed. Granada: Comares, 2002, p. 2-9.

14 BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral. 3. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Atlas, 2017, v. 1, p. 15-17.

15 Muito embora sejam perceptíveis as contribuições kan-tianas no sentido da valoração dos elementos do delito, mediante o imperativo categórico no sentido de que a manifestação da liberdade de um indivíduo racional não pode se contrapor à liberdade de nenhum outro indi-víduo, é certo que não oferece um limite à intervenção penal, porquanto meras imoralidades remanescem pas-síveis de criminalização. De qualquer modo, a construção

de alta traição previsto no Código Penal da Baviera, pois qualquer ação dolosa poderia representar essa conduta típica –, traz a lume sua proposta de crime sob a feição de lesão de direitos subjetivos, antecedendo o posterior surgimento e desenvolvimento da ideia de bem jurídico, conforme tratado anteriormente¹⁶.

Nesse caminhar, Feuerbach, considerando a pena sob a qualidade de consequência jurídica de uma norma calcada no imperativo preservacionista dos direitos de terceiros e que encerra uma ameaça de violação desses direitos mediante a prática de um mal sensível¹⁷, define o núcleo de sua proposição teórica da seguinte forma:

Quien excede los limites de la libertad jurídica comete una lesión jurídica o injuria. El que lesiona la libertad garantizada por el contrato social y asegurada mediante leyes penales, comete un crimen. Por ende, crímenes, en el más amplio sentido, una injuria contenida en una ley penal, o una acción contraria al derecho delotro, conminada en una ley penal¹⁸.

teórica de Kant serviu de influxo para a articulação de Feuerbach.

- 16 BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 90.
- 17 FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e de Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 64.
- 18 FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e de Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 21. Tradução: “Quem excede os limites da liberdade jurídica comete uma lesão jurídica ou injúria. O que lesiona a liberdade garantida pelo contrato social e assegurada mediante leis penais, comete um crime. Por isso, crimes, em seu mais amplo sentido, uma injúria contida em uma lei penal, ou uma ação contrária ao direito de outro, cominada em uma lei penal.

Seria, portanto, em uma concepção jusnaturalista, a própria lesão a direitos subjetivos o mote justificador da existência da figura estatal e também o dado legitimador de seu desempenho.

Em Feuerbach, que teve como grande mérito essa transição da compreensão do delito como violação de dever para uma observação conceptiva de ordem material, o delito corresponde à ofensa ao direito do indivíduo alvo da ofensa de exercer sua esfera de liberdade, sendo certo que essa ofensa alcança, por via oblíqua, a própria figura do Estado, o qual, sob a contextualização da teoria do contrato social, recebe a atribuição de manter, sob padrões de regularidade, a convivência social, portanto, o Estado assume o dever de punir o desvio ofensivo de conduta. A teoria de Feuerbach trouxe consigo um concreto limite à atividade legiferante, crédito que lhe é irretirável.

Três variantes, de acordo com Luís Greco, em escrito em homenagem a Sergio Moccia, são de possível identificação na proposta teórica de Feuerbach. A primeira variante, formulada por Tatjana Hörnle, diz com uma perspectiva puramente positivista e baseada nos direitos fundamentais, de forma que a liberdade de execução de condutas recebe influência direta das normas penais, as quais, por isso, observam alguns limites, como a ordem constitucional, a esfera alheia dos direitos e os bons costumes. A segunda variante, de Joachim Renzikowski e de Volker Haas, criticando a teoria do bem jurídico por se pautar apenas na relação entre esse e o seu respectivo titular, traça a necessidade de uma relação tri-lateral, incluindo também um sujeito obrigado. Finalmente, a terceira variante, de construção representada por Wolfgang Frisch, traduz que o delito se configura sob a negação do outro sujeito livre, atingido em seu direito subjetivo, rompendo uma relação de mútuo reconhecimento, de modo que essa negação assumiria o aporte de negação da própria ordem jurídica¹⁹.

19 HÖRNLE, Tatjana; RENZIKOWSKI, Joachim; HAAS,

Não obstante, a teoria de Feuerbach recebeu severas críticas, notadamente por admitir a criminalização das consideradas infrações de polícia, donde não se vislumbraria uma lesão concreta a direitos subjetivos, mas apenas e tão somente uma violação da necessidade de obediência ao Estado, de modo que ações meramente imorais ou antijurídicas unicamente sob um viés formal acabavam alçadas ao mesmo contexto das lesões a direitos subjetivos. Com isso, aquele escopo limitador do intervencionismo estatal tem sua intensidade reduzida²⁰, além da prevalência de uma inclinação formal da concepção de dano social, na ótica de Juan Bustos Ramírez e de Bernd Schünemann²¹.

Conforme versado anteriormente, essa construção de Feuerbach – ou, mais precisamente, a crítica a ela formulada – deu ensejo à formulação da ideia de bem jurídico.

Com efeito, em 1834, Johann Michael Franz Birnbaum, em confessa contrariedade a Feuerbach, edifica sua teoria trabalhando sob uma concepção objetiva de bem, pois o direito em si não é passível de sofrer lesão ou de sequer ser exposto ao perigo desta, o que se aperfeiçoa somente com um bem, atinente à materialização de um direito subjetivo, de modo que esse bem, inato e conquistado, poderá ser objeto de uma lesão, pois suscetível de supressão ou redução da esfera de proteção dos respectivos titulares²². Birnbaum impele, assim, uma perspectiva claramente objetiva, a significar, à época, um trânsito inverso de todo o pensamento penal, pois passa a tra-

balhar sob premissas empíricas. De se notar, é bem verdade, que Birnbaum não utilizou a expressão “bem jurídico”, mas apenas “bem”, contudo, inegável a posição a ele atribuída de precursor dessa teoria.



Fonte: www.utrechtaltijd.nl/bekijkende-tailuu-collection_0285-12727

Entretanto, as razões fundantes dessa construção teórica de Birnbaum se entremostam nebulosas, não havendo compreensões uníssonas a respeito, sendo certo que Winfried Hassemer vislumbra na ideia de bem jurídico um instrumento nuclear de contenção do poder punitivo do Estado, afastando do Direito Penal temas de reforço da religião dominante ou de cunho exclusivamente moral, porquanto, naquele percurso histórico, a homoafetividade²³ e a heresia eram tratados

Volker; FRISCH, Wolfgang *apud* GRECO, Luís; CAVALLIERE, Antonio (org.) *et al. Política criminal e cultura giuspenalistica: scritti in onoredi Sergio Moccia*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, p. 328-329.

20 BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 93.

21 RAMÍREZ, Juan Bustos; SCHÜNEMANN, Bernd *apud* BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 97.

22 BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 1, p. 10-11.

23 A prática de relacionamentos homoafetivos somente alcançou efetivamente a descriminalização em 1994, com a revogação do §175 do StGB (Código Criminal Germânico), muito embora esse dispositivo tenha sofrido alguns abrandamentos no final da década de 1960 e início da década de 1970.

sob punho penal. Em contraponto, Knut Ame- lung acredita que essa teoria foi consolidada sob as diretrizes de um positivismo modera- do, de modo a permitir a dogmatização da intervenção penal, ao invés de impedir sua incidência²⁴, do que realmente não se afastam os textos de Birnbaum, o qual considera mor- ral e religião sob o manto de bens coletivos, albergados constitucionalmente²⁵.

Conquanto se repute acertada a de- preensão de Amelung, não há como negar que foi justamente esse deslocamento de uma perspectiva subjetiva para outra objetiva, proposta por Birnbaum, que franqueou ao Direito Penal a assunção de uma postura mais liberal, de inspiração iluminista, na esteira das contribuições privatistas anteriormente formuladas por Feuerbach, sendo certo que a evolução do desenvolvimento das noções de bem jurídico, donde derivada a criação de estruturas hermenêuticas definidoras do cír- culo de incidência penal, somente se mostrou viável a partir dessa virada conceitual.

Nesse passo, em 1872, na primeira edi- ção de seu “*Die Normen*”, Karl Ludwig Lorenz Binding, claramente identificado com a Escola Positiva, deu continuidade ao desenvolvi- mento da concepção de bem jurídico, mas o posicionou em estreita relação com a figura do Estado, porquanto entendia ser bem jurí- dico – com ele nasce essa expressão, até hoje cunhada²⁶ – aquilo que o legislador elevasse a essa categoria, ou seja, a norma penal seria a fonte do bem jurídico, a responsável por criá-lo, logo, ele não seria um dado anterior

àquela, ponto em que se distancia da estru- tura lógica pensada por Birnbaum.

Não obstante, há um fato histórico que pode explicar essa transmutação proposta por Binding. O Código Penal do Império en- trou em vigor na Alemanha em 1872 (editado um ano antes), mesmo ano no qual Binding publicou a primeira edição de sua obra, de modo que essa sua orientação teórica serviria para conferir reforço legitimador ao legislador penal alemão.

Em clara oposição a Binding, surge a contribuição de Franz Von Liszt, que veio a considerar bem jurídico os interesses vitais para o indivíduo ou para a comunidade²⁷, donde se extrai o caráter transcendentalista atribuído ao bem jurídico e a sua confor- mação com a política criminal, a conferir um primeiro vestígio de limitação do poder punitivo estatal.

Nesse caminhar histórico, já na década de 1930, ganha relevância o neokantismo, es- cola penal que, visualizando a ciência jurídica como uma ciência cultural, carrega ao Direito Penal a ideia de valor, sendo o bem jurídico compreendido valorativa e objetivamente, segundo Edmund Mezger²⁸, como centro da tutela da norma penal, donde forjada a con- cepção material de delito, aceita desde então pelas estruturas sistemáticas do pensamento

24 HASSEMER, Winfried; AMELUNG, Knut *apud* BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 1, p. 12.

25 Santiago Mir Puig compartilha e conforta esse entendi- mento, averbando que o conceito de bem jurídico, em Birnbaum, não nasce como um limite da *lege ferenda*, mas como produto da *lege data* (MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho penal*. 2. ed. Mon- tevidéu; Buenos Aires: Editorial B de F, 2003).

26 *Rechtsgut* – terminologia, em alemão, empregada por Binding.

27 LISZT, Franz Von. *Tratado de Derecho penal*. Trad. Luis Jiménez de Asúa. 3. ed. Madri: Instituto Editorial Reus, 1927, t. II, p. 6.

28 Nesse contexto, Francisco Muñoz Conde tece contun- dentes críticas ao papel desempenhado por Mezger du- rante o período de imposição da ideologia do nacional- -socialismo, no sentido de que ele teria transmutado seu posicionamento para oferecer contribuições teóricas de reforço das premissas daquele regime, tendo, portanto, se transformado em colaborador, dentro do contexto da dogmática penal, do Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães. Para maior aprofundamento, confira-se a seguinte obra: CONDE, Francisco Muñoz. *Edmund Mezger e o Direito penal de seu tempo: estudos sobre o Direito penal no nacional-socialismo*. Trad. Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

penal que vieram a se firmar posteriormente, como o finalismo e o funcionalismo. Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend compreendem o bem jurídico, então, dada essa ideia de valor, como um instrumento hermenêutico, atrelado ao sentido teleológico da norma penal, deixando de ser um interesse concreto preexistente à norma²⁹.

Com o descerrar da filosofia neokantiana, foi implantada uma concepção teleológico-metodológica de bem jurídico-penal. Edificado pelas Escolas de Marburgo e de Baden, o neokantismo prima por um dimensionamento axiológico, tanto que o bem jurídico passa a ser concebido como um valor de aporte ético-social, albergado pela norma jurídica.

Exsurge, então, a proposição de Richard Honig, que circunscreve o bem jurídico a uma qualidade meramente interpretativa do tipo penal, e também da Escola de Kiel, sob a égide da qual surge, na década de 1930, o nacional-socialismo alemão; essa escola direcionou forte crítica à concepção material de delito, consistente na lesão ou exposição a perigo de um bem jurídico, para adotar a ideia de delito como uma infração de dever, estrutura cognitiva propícia e oportuna para a consolidação de um modelo totalitário de Estado, como o erigido sob os ideais do nazismo alemão no período que antecedeu de perto a II Guerra Mundial. O bem jurídico passa, assim, a ser um conceito vazio nesse momento, pois o Direito Penal, em especial, encontraria sua fonte primária no espírito do povo, compreendido esse sob os seguintes critérios: sangue, terra e gerações passadas, presente e futuras³⁰.

Em uma visão objetivista de Welzel, própria do finalismo, acontece o resgate da importância do bem jurídico-penal, que vem

sob a correspondência a um bem de fulcral importância para o indivíduo e para a coletividade, merecedor, por isso, de proteção jurídica, donde se extraem o desvalor da ação e o do resultado do fato delituoso³¹. Inegável a faceta ontológica atribuída por Welzel ao bem jurídico, característica mais marcante do finalismo, sendo esse instituto relegado a um plano secundário, pois ofuscado pela teoria da adequação social.

Roxin, em formulação crítica à teoria da adequação social, a compreende como simples ferramenta interpretativa da tipicidade, mas jamais como elemento componente desta, como pretendia fazer crer Welzel, porquanto o Direito Penal já disporia de instrumentos mais eficazes para solucionar as mesmas questões sobre as quais a teoria da adequação social se arvorava em trabalhar, como, por exemplo, o princípio da intervenção mínima e a teoria da imputação objetiva, de modo que essa teoria assumiria papel coadjuvante na aferição da tipicidade³².

A teoria do bem jurídico tenta buscar conforto em teorias constitucionais e sociológicas. As primeiras, partindo da premissa paradoxal de que, se a pena atinge a liberdade individual, somente estará justificada essa intervenção estatal se se prestar a proteger outro direito fundamental, de modo que o bem jurídico deverá encontrar, necessariamente, um referencial positivo na Constituição Federal; caso não encontre, não poderá ser considerado bem jurídico. A Constituição Federal cumpre uma função de proibição de excesso no cerne da ofensividade³³.

29 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tra-tado de Derecho penal*: parte general. Trad. Miguel Olmedo Cadernete. 5. ed. Granada: Comares, 2002, p. 275.

30 BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral. 3. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Atlas, 2017, v. 1, p. 339.

31 WELZEL, Hans *apud* PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 44.

32 ROXIN, Claus *apud* BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral. 3. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Atlas, 2017, v. 1, p. 341.

33 Para maior aprofundamento, ler: ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal.

Contudo, a Constituição Federal não tem como função a regulação de comportamentos dos indivíduos, mas, sim, estabelecer valores fundamentais e diretrizes principiológicas, com vistas à contenção do poder político, não oferecendo base segura para a distinção entre bem jurídico e preceitos de ordem moral, bem como se tem que essa cognição constitucionalista inobserva o consenso inerente a um corpo social pluralista, obrigando a política criminal a se adaptar à vontade do constituinte, olvidando-se que a relação do Direito Penal com a Constituição Federal é de estrita coesão, e não de reconhecimento positivo.

De outra banda, as teorias sociológicas, com acerto, posicionam o bem jurídico em identificação com estados de relevante valor social, a justificar a tutela penal, portanto, aqui, os bens jurídicos deixam de ser coisificados. Os bens jurídicos são reconhecidos como situações fáticas valoradas de modo positivo. De fato, parece ser essa a vertente mais adequada para compreensão do instituto do bem jurídico-penal.

É bem verdade que o conceito meramente imanente de bem jurídico não permite a extração de uma limitação do legislador penal, pois, dogmaticamente, tudo pode ser considerado bem jurídico, mas de se destacar que nem todo bem jurídico-penal encontra origem transcendental, preexistente à norma penal, como, por exemplo, a arrecadação tributária, a administração pública, entre outros.

Nesse caminhar, ponderando as dimensões formal e material de tipicidade – nesse ponto, ao lado das perspectivas imanentista ou transcendentalista da concepção de bem jurídico, reside a mais pura expressão da dicotomia entre as sustentações teóricas de Jakobs e Roxin, respectivamente –, donde a primeira se concentra na análise do preceito legal definido pelo tipo penal e a segunda confere ênfase ao seu conteúdo normativo, tem-se

que a discussão sobre bem jurídico-penal se centrará sob a esfera de abrangência dessa última, dado que o crime será definido sob um viés material havendo lesão ou submissão a perigo de um bem jurídico-penal, sendo a compreensão de um crime sem a consideração em concomitância de um bem jurídico, nos dizeres de Cláudio Brandão, equiparável, metaforicamente, a um corpo sem alma³⁴.

Com efeito, a noção de bem jurídico está diretamente ligada à caracterização do ajuste da norma penal em sua dimensão material, porquanto certo que o bem jurídico não é criado pela norma jurídica, mas, sim, por ela identificado e agasalhado.

O conceito de bem jurídico-penal, edificado pela Escola Clássica, deve receber orientação basilar de política criminal e ser apreciado sob uma cognição essencialmente deontológica, vez que será ele o fiel da balança para definir a legitimação do poder estatal desde a inspiração legislativa até o exercício perante um caso real e concreto, espelhado na efetiva direção da pena.

Nesse ponto, Hassemer considera a concepção de bem jurídico como dado legitimador do intervencionismo penal, porquanto a vedação de determinados comportamentos sob uma ameaça sancionatória, desvinculada da ideia de bem jurídico, representaria um verdadeiro “terror estatal”, eis que a intervenção na liberdade de agir do cidadão não estará contemplada por uma legitimação externa³⁵.

Muito embora não se tenha, ainda, elaborado, com precisão, um conceito de bem jurídico – uma das grandes críticas que a teoria recebe, conforme se verá adiante –, pode ele ser compreendido, de forma geral,

34 BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 1, p. 7.

35 HASSEMER, Winfried *apud* ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal*. Trad. André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 15-16.

como o bem, tutelado pela ordem constituída, de fulcral importância para a existência e incremento do indivíduo e de sua presença no meio social, sendo, em concomitância, instrumento legitimador desta, compondo, assim, esta dicotômica e circular moldura. Conduzindo esta cognição para o plano da ordem penal, pois nem todos os bens jurídicos são passíveis de albergue penal, tem-se que o bem jurídico-penal, por sua relevância, legitima o Direito Penal e, *pari passu*, por ele é albergado, porquanto estará legitimado a intervir o Direito substantivo apenas e tão somente quando houver ofensa relevante a um destes bens jurídicos, a justificar a cominação de pena, ameaça estatal à inobservância de um dever de conduta penal.

Com isso, o bem jurídico-penal assume o aporte de principal demarcador da fronteira penal, eis que atua como elemento de contenção tanto da criminalização primária como, especialmente, da criminalização secundária, resguardando a figura de um Direito Penal mínimo.

Aliás, quando se diz que o bem jurídico-penal é espécie do gênero bem jurídico universal, esta a causa de um dos grandes conflitos enfrentados pela ordem penal atualmente, eis que a expansão do Direito Penal moderno se deve, em grande monta, à confusão havida nesta concepção.

Para Hassemer, os bens jurídico-penais devem ser valorados subjetivamente, formulando teorias sociológicas críticas e sistemáticas, sendo que estas se prendem ao direito substantivo e aquelas o perpassam. Já Santiago Mir Puig visualiza o Direito Penal na condição de protetor dos sistemas sociais e de garante do indivíduo, ou seja, assume preponderância a dimensão social dos bens jurídico-penais, individualmente considerados³⁶.

Um dos maiores defensores da proteção de bens jurídicos na qualidade de missão direta do Direito Penal, Roxin edificou um conceito de bem jurídico abrangendo os direitos da coletividade, diferindo das propostas individualistas de Hassemer e Hans-Joachim Rudolphi, muito embora sustente a legitimidade de tais bens jurídicos gerais apenas quando servirem o cidadão em particular. Sob esta ótica, bens jurídicos seriam “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos”³⁷, conceito este que se amolda a uma concepção crítica de bem jurídico (bem jurídico como limitador da punição estatal), contraposta à concepção metódica (bem jurídico como fim da norma penal).

De mais a mais, a noção de bem jurídico não pode assumir um viés puramente positivista e tampouco, por outro lado, um prisma de absolutismo social, mas, sim, deve guardar relação de congruência com os valores fundamentais da ordem constitucional vigente.

Nessa ordem, há intrínseca relação dogmática entre o conteúdo da pena e o dos bens jurídico-penais, pois aquela se fará necessária apenas quando houver ofensa relevante a estes, não reparada por outro segmento jurídico, donde se exprimem duas características inequívocas do penalismo moderno, quais sejam, a fragmentariedade e a subsidiariedade – caráter de *ultima ratio* –, pilares de formação do princípio da intervenção mínima do Estado.

A propósito, no concernente à fragmentariedade do Direito Penal, Santiago Mir Puig averba que a relevância da ofensa

36 HASSEMER, Winfried; MIR PUIG, Santiago *apud* PRA-DIO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 40-41.

37 ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal*. Trad. André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 18-20.

ao bem jurídico-penal não deve se reportar a violações de simples cunho moral, mas, sim, alcançar a esfera social, sendo certo que apenas com isso o Direito Penal auferirá legitimidade de imposição. A justificativa para tal imperiosidade guarda relação direta com o modelo de Estado adotado, pois um Estado Democrático de Direito imprime mais uma figura de providência do que liberal³⁸.

Não obstante, a análise do conceito de bem jurídico não pode se resguardar à mera acepção dogmática e formal, visto que, desta forma, não se prestará a atender àquela função de contenção do poder punitivo, sendo necessária a edificação de uma consideração material, mesmo porque o Direito Penal não é uma mera ferramenta de coerção asseguradora das normas gerais de direito público, possuindo suas normas de conduta próprias.

A propósito, no tocante aos bens jurídicos transindividuais (coletivos, difusos e institucionais), compreendidos no contexto de um Estado Social e Democrático de Direito, tem-se que o núcleo central de referência destes não difere do que acontece com os bens jurídicos individuais, porquanto o foco tutelar será sempre o cidadão, valor máximo da sociedade, donde subscrita a teoria pessoal do bem jurídico.

Nessa esteira, ao bem jurídico-penal compete a concretização da política criminal por ocasião da eleição dos ajustes comportamentais passíveis de cominação de pena.

Em tempo, o bem jurídico-penal, além da característica de instrumento de contenção do poder punitivo estatal, assume também qualidade hermenêutica, em virtude de auxiliar na exegese dos tipos penais, e ordenadora, eis que orienta a alocação classificatória dos tipos penais, sem olvidar

sua influência atinente à individualização da pena, pois o grau de ofensa ao bem jurídico-penal servirá de baliza para a dosimetria da pena.

3.2.1 Críticas à teoria do bem jurídico-penal

A teoria do bem jurídico-penal não está imune a críticas, muito pelo contrário, sua história evolutiva está crivada de ensaios contrários às suas formulações, algumas bastante arrazoadas e coerentes. Contudo, os críticos dessa teoria, quando não a relegam a um plano absolutamente secundário no estudo da teoria do delito, propõem seu afastamento por completo.

Com efeito, uma primeira crítica diz com a ausência de efetividade na alocação dessa teoria como estrutura fundante do Direito Penal moderno, uma vez que esse jamais será capaz de proteger bens jurídicos, haja vista sua intervenção sempre em momento posterior à ofensa ao bem jurídico, ou seja, o Direito Penal é conclamado a intervir após a ofensa ao bem jurídico vida, no caso de um homicídio. Como se sabe, um Direito Penal de base democrática não poderá trabalhar com uma ideia de antecipação da tutela, portanto, realmente, somente poderá atuar diante de uma lesão relevante a um bem jurídico ou de uma exposição a perigo igualmente relevante.

A insuficiência conceitual do instituto do bem jurídico também é outra crítica bastante levantada em seu desfavor³⁹. Não obstante, um conceito fechado e preciso de bem jurídico não iria ao encontro do modelo heterogêneo de sociedade existente.

38 PUIG, Santiago Mir *apud* SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena: conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 46-47.

39 Sobre a crítica acerca da falta de normatividade do conceito de bem jurídico, ver: RENZIKOWSKI, Joachim; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto (orgs.). *Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*. Trad. dos organizadores. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 39-40.

Deveras, bem jurídico, que não deve ser confundido com o objeto jurídico, este de aporte material e verificador da concretude natural do evento fático, implica uma consideração axiológica abstrata, eis que são, com base empírica, mensurados valores positivos a elementos, não necessariamente materiais, apreendidos do seio social, com titularidade inerente ao homem, em sua esfera de introspecção, ou concentrada na comunidade política, com amplitude metaindividual.

A dificuldade para lidar com bens jurídicos coletivos também é ressaltada pelos críticos, que vislumbam uma tensão entre os princípios da culpabilidade, da intervenção mínima e da ofensividade, havendo vinculado risco de um expansionismo penal, assim como a existência de delitos, os quais não se concebe possível descriminalizar, que não guardam relação referencial com qualquer bem jurídico.

4 Bem jurídico-penal na lavagem de capitais

Como cediço, os instrumentos legais de origem e referência no trato da questão da lavagem de capitais são a Convenção de Viena de 1988, a Declaração de Princípio da Basileia e as recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI), sendo estes os norteadores do enfrentamento desta modalidade criminosa, que enseja profunda atenção do Direito Penal moderno.

De acordo com Walther Maierovitch⁴⁰, responsável pela chefia da Secretaria Nacional Antidrogas da Presidência da República durante parte do governo de Fernando Henrique Cardoso, dados colhidos pela agência estadunidense “*National Intelligence Council*” indicam que são “lavados”, via sistema bancário e financeiro mundial, valores superiores a meio

trilhão de dólares, e isso considerados como crimes antecedentes apenas e tão somente o tráfico ilícito de entorpecentes e o tráfico ilícito de armas.

Nesse passo, organizada a função do Direito Penal sob o manto da proteção subsidiária de bens jurídicos, a determinação desses bens dotados de dignidade penal não se apresenta como tarefa das mais fáceis, haja vista a dinamicidade da estruturação social, que alterna processos de evolução e involução. Não obstante, tal alternância paradigmática não interfere no desempenho dogmático do bem jurídico-penal, que, como sabido, assume o aporte de relevante ferramenta teleológica, fundada, sob uma visão antropocêntrica, no objetivo de assegurar o livre desenvolvimento da liberdade de autodeterminação do homem.

Com efeito, restringindo este debate ao contexto da tipificação do crime de lavagem de capitais, aqui assume insofismável relevância a determinação do bem jurídico-penal tutelado, porquanto tal eleição influenciará na definição da natureza do crime, na composição de eventual concurso de normas, na amplitude dos elementos subjetivos insertos nos tipos penais dispostos na Lei nº 9.613/1998, com as alterações promovidas pela Lei nº 12.683/2012, entre outras questões afetas.

4.1 Identidade de bens jurídicos entre o crime antecedente e a lavagem de capitais

Por muito tempo, notadamente quando havia apenas um rol fechado de crimes antecedentes à lavagem de capitais, havia quem sustentava que os bens jurídicos tutelados neste tipo penal seriam os mesmos albergados pelos crimes antecedentes, ou seja, se o crime antecedente dizia com um tráfico ilícito de entorpecentes, o bem jurídico tutelado pelo posterior crime de lavagem de capitais também seria a saúde pública⁴¹.

40 MAIEROVITCH, Walther *apud* CASTELLAR, João Carlos. *Lavagem de dinheiro: a questão do bem jurídico*. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 136.

41 BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998 com as alterações da*



Fonte: www.freepik.com

Contudo, esta vertente sofreu grande oposição, recebendo críticas que caminhavam desde a possibilidade do ajuste de um *bis in idem* até o franquear de uma antecipação da tutela penal, pois, se o bem jurídico da lavagem de capitais guardar identidade com o bem jurídico do crime antecedente, haveria dupla punição pela mesma afronta, ao passo que, se se argumentar que o Direito Penal, ao assim definir, está olhando para frente, fundando-se no conceito de uma orientação penológica de prevenção geral negativa, estar-se-ia diante de uma antecipação do intervencionismo do Estado Penal⁴².

Não bastasse, outra recorrente crítica sofrida por esta alocação do bem jurídico-penal diz com o distanciamento das premissas de base fornecidas pela política criminal, no sentido da autonomia do delito da lavagem de capitais, que guardaria, com o crime antecedente, mera “relação de causalidade material”⁴³.

Ainda, outra questão trata da eventual desproporcionalidade entre as penas, eis que,

supondo-se que uma pessoa seja condenada pela lavagem de capitais e o crime antecedente tenha sido um furto, esta pessoa receberá pena semelhante àquela condenada pelo mesmo crime, mas cujo crime antecedente, por exemplo, foi uma extorsão mediante sequestro. Ao menos no plano de previsão em abstrato, a pena a que estariam sujeitas seria a mesma.

Em tempo, em análise de Direito Comparado, oportuno destacar a compreensão estabelecida nos ordenamentos jurídico-penais italiano e alemão, nos quais há expressa vedação à responsabilização criminal do autor do crime antecedente pelo crime de lavagem de capitais, conhecido como “autolavagem”, ao contrário do disposto na legislação brasileira pertinente à matéria.

4.2 Elevação da administração da Justiça à condição de bem jurídico-penal

Outra via sustentada refere-se à colocação da administração da Justiça como bem jurídico-penal tutelado no crime de lavagem de capitais, eis que a execução do delito obstaría o regular desenvolvimento do procedimento investigativo, da instrução processual e da entrega final da jurisdição, além de impedir o rastreio do produto delitivo. Em xeque estaria a credibilidade da Justiça, donde insertas tanto a atividade jurisdicional como as demais instituições integrantes deste processo de apuração e diluição de conflitos sociais em matéria penal.

Para os defensores desta teoria, ela permitiria a punição da autolavagem, uma vez que os bens jurídico-penais tutelados seriam distintos, assim como autorizaria a homogeneidade da cominação em abstrato de pena.

Badaró e Bottini⁴⁴, defensores diretos desta teoria, diferenciam o crime de favoreci-

Lei 12.683/2012. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 52.

42 *Ibidem*, p. 53.

43 *Ibidem*, p. 53.

44 BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 62.

mento real, previsto no artigo 349 do Código Penal, e de lavagem de capitais, para que não se faça confusão entre ambos, haja vista que o primeiro também ostenta a administração da Justiça como bem jurídico-penal tutelado pela norma. Esses doutrinadores colocam que inexistente possibilidade de identidade de autores entre os crimes de favorecimento real e o antecedente, sendo, portanto, o delito de favorecimento real um crime próprio e o de lavagem de capitais seria um crime comum, além de ser a lavagem de capitais uma “forma qualificada” em relação ao crime de favorecimento real, pois naquele há utilização da ordem econômico-financeira com vistas à proteção da posse dos bens ilícitos.

As críticas formuladas a esta teoria circundam a questão do aperfeiçoamento do dolo, eis que o elemento subjetivo deveria estar direcionado a lesar a administração da Justiça, mas, na prática, não seria este o objetivo do agente criminoso, e, sim, apenas o de se locupletar.

A defesa desta teoria sustenta que o dolo deve se insurgir apenas e tão somente sobre os elementos do tipo penal, dentre os quais, na maioria das vezes, não vem expresso o bem jurídico tutelado, logo, não será necessário que seu objetivo consista em afrontar a administração da Justiça, bastando que o autor do fato ostente consciência e voluntariedade na busca de seu objetivo, com meios de execução que impliquem a afetação do sistema posto de Justiça.

4.3 Consideração da ordem socioeconômica como bem jurídico-penal da lavagem de capitais

Outra corrente reputa a ordem econômica na qualidade de bem jurídico-penal objeto de albergue pelo tipo penal da lavagem de capitais, sustentando, nesse caso, que a recolocação de bens e valores, oriundos de prática ilícita, no seio da economia, contribuiria negativamente para a livre iniciativa e concorrência, gerando desequilíbrio nas

relações de consumo e desestabilizando o desenvolvimento econômico⁴⁵.

Willian Terra de Oliveira assim se manifesta a respeito desta teoria, deixando clara sua adesão a ela:

Em razão das graves consequências para o sistema econômico-financeiro (tais como o comprometimento do normal fluxo de capitais, a concorrência desleal, a criação de monopólios ou grupos dominantes, a pouca visibilidade das operações financeiras, o abuso do poder econômico, a facilitação da corrupção etc.), a lavagem de dinheiro é tida por boa parte da doutrina como uma categoria delitiva que atenta contra a “segurança da ordem econômico-financeira”, motivo pelo qual, o bem juridicamente protegido pela lei é a normalidade do sistema financeiro. [...] a conduta de lavagem de dinheiro atinge interesses metapessoais ou transindividuais, e por esse motivo o bem juridicamente protegido não poderia ser outro senão a própria ordem socioeconômica, uma vez que o sistema econômico é, na verdade, o substrato e a quintessência global de interesses individuais, mas trata-se de um bem jurídico independente e autônomo, porém de característica coletiva⁴⁶.

Nesta vertente dogmática, o distanciamento da concepção de bem jurídico-penal é maior entre o crime antecedente e o crime de

45 A essa vertente teórica se filiam: CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 323. PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro*: a tipicidade do crime antecedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 66-98. SOUZA NETTO, José Laurindo. *Lavagem de dinheiro*: comentários à lei 9.613/98. Curitiba: Juruá, 1999, p. 98. SÁNCHEZ, Carlos Aránguez. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2000, p. 86.

46 OLIVEIRA, William Terra de *apud* CASTELLAR, João Carlos. *Lavagem de dinheiro*: a questão do bem jurídico. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 175.

lavagem de capitais, sendo a origem ilícita gerada pelo crime antecedente o único ponto de contato entre essas duas figuras criminosas.

Callegari e Weber⁴⁷ sustentam que, embora haja uma relação de dependência entre o delito de lavagem de capitais e a existência de uma infração penal anterior, originadora dos recursos objeto da lavagem, não há que se falar em confusão de bens jurídicos entre esses tipos penais, donde concluem que o bem jurídico tutelado no tipo penal da lavagem de capitais diz com a ordem socioeconômica, motivo pelo qual não vislumbram um quadro de desproporcionalidade diante do sancionamento, sob parâmetros de equivalência, da lavagem de capitais fundada na prática de uma contravenção penal – por exemplo, do jogo do bicho – e aquela enraizada na prática de crimes graves, como, a título de demonstração, o tráfico ilícito de entorpecentes.

Esta linha de pensamento, assim como a teoria anterior, permite a punição pela autolavagem e também a uniformidade de penas, haja vista a distinção de bens jurídico-penais objetos de tutela, sendo este um grande diferencial para a primeira teoria discorrida, eis que supera algumas críticas e desafios por aquela enfrentados, muito embora a questão demande análise mais abrangente.

No entanto, algumas críticas sobrevoam esta teoria, sendo a abstração do conceito de “ordem econômica” uma delas, pois, não havendo uma definição precisa, tal lacuna dificultaria a aplicação da norma penal ao caso concreto. De mais a mais, Artur de Brito Gueiros Souza define a ordem econômica “como o conjunto de instrumentos que asseguram o funcionamento das relações de produção, distribuição, troca e consumo em determinada sociedade”⁴⁸.

Por outro lado, há quem sustente que esta reinserção de bens e valores na economia, ainda que de origem ilícita, contribuiria para o aquecimento desta, pois o aporte dos mesmos movimentaria a economia. Contudo, fato é que esta prática desfavorece a igualdade de condições concorrenciais e também a livre iniciativa de atuação no mercado, sem olvidar a inobservância da necessidade de arrecadação tributária, conduzindo à quebra da relação de confiabilidade que o sistema econômico deve manter com seus operadores.

4.4 Pluriofensividade do crime de lavagem de capitais

Por fim, há parcela da doutrina que sustenta a pluriofensividade do crime de lavagem de capitais, ou seja, haveria concomitância na tutela da administração da Justiça e da ordem econômica como bem jurídico-penal.

A defender esta teoria, Romulo Rhemo Palitot Braga, justificando este posicionamento no crescimento da globalização econômica, de caráter eminentemente transnacional, assim apresenta sua filiação teórica na temática do bem jurídico-penal da lavagem de capitais:

No caso da lavagem de dinheiro parecem-nos, e acreditamos ter demonstrado, que a tipificação da conduta, no tipo correspondente, está determinada pela lesão ou posta em perigo por uma adequada Administração de Justiça, assim como do normal funcionamento da ordem socioeconômica. Só, pois, se a conduta se amoldar na tipificação, e assim que ela suponha o previsto por esta, isto é, a lesão destes bens jurídicos, poderá iniciar-se sua perseguição penal⁴⁹.

47 CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 84.

48 SOUZA, Artur de Brito Gueiros *apud* BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*: aspectos penais e processuais penais: comentários à

Lei 9.613/1998 com as alterações da Lei 12.683/2012. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 58.

49 BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. *Lavagem de dinheiro*: fenomenologia, bem jurídico protegido e aspectos penais relevantes. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2013, p. 103.

Em tempo, de rigor pontuar que este segmento cognitivo também recebe formulações críticas à sua base, enfrentando resistência por não favorecer, supostamente, a aplicação prática da norma penal, eis que enfraquecida estaria sua continência teleológica, isto em decorrência da pluralidade de bens jurídicos pretensamente tutelados pela norma penal em apreço.

4.5 Análise do Direito Comparado

As experiências paradigmáticas de outros ordenamentos jurídicos também se mostram, em sua maioria, controversas com a discussão acerca do bem jurídico-penal tutelado no tipo penal da lavagem de capitais, claramente aberta, sem que haja pacificidade acerca da matéria.

Com efeito, o Direito Penal alemão apresenta sintonia com o cenário brasileiro, eis que as teses lá discutidas em muito se assemelham às aqui apresentadas, com o acréscimo de uma vertente que entende como bem jurídico-penal tutelado o combate à criminalidade organizada.

O Direito Penal português divide-se entre a filiação à teoria da pluriofensividade e à teoria da administração da Justiça, ao passo que o Direito Penal espanhol já se encontra definido a este respeito, acolhendo a teoria da ordem socioeconômica como bem jurídico-penal tutelado no crime de lavagem de capitais, tanto que vem previsto no Título que trata dos crimes contra o patrimônio e contra a ordem socioeconômica.

O Direito Penal suíço também já estabeleceu, de modo uníssono, o bem jurídico-penal albergado no tipo penal da lavagem de capitais, o qual diz com a administração da Justiça, tanto que esta espécie delitiva vem prevista ao lado de outras imputações criminosas atentatórias à robustez do sistema judiciário, como a denúncia caluniosa, o induzimento da Justiça em erro, entre outros.

5 Considerações finais

A compreensão de bem jurídico, no âmbito do Direito Penal moderno, encontra-se posicionada em três frentes de absoluta relevância estrutural, eis que inserida na discussão acerca da missão do Direito Penal, no debate atinente à concepção do conceito material de delito e também na questão político-criminal correspondente à legitimação das teorias de criminalização⁵⁰.

A preocupação com a produção do conteúdo legislativo penal tem sido, de certo modo, relegada a segundo plano no âmbito da ciência jurídica, havendo um enfoque mais preponderante no que toca à discussão da norma já posta, dotada de vigência, e sua aplicabilidade no âmbito jurisdicional.

Não obstante, o cuidado na edificação de leis penais, embora sempre tenha sido e sempre será de ressaltada importância, tem se mostrado medida de especial relevância no contexto atual do Direito Penal, eis que a ele tem sido atribuído, pise-se, equivocadamente, papel de baluarte moral da sociedade e também de instrumento simbólico para resposta a situações de suposta intolerância social.

É bem verdade que o Direito Penal, não apenas agora, mas historicamente, tem suscitado uma intensa movimentação interlocutória entre os mais diversos núcleos sociais, o que vai ao encontro do modelo constitucional democrático de Estado. No entanto, a essa concepção de democracia ora referida alude-se um viés meramente formal, não se podendo olvidar a concepção substancial de democracia, concernente ao respeito e à observância a direitos fundamentais e garantias individuais, donde se depreende a necessidade de uma maior racionalidade legislativa em matéria penal, a fim de que essa estrutura

⁵⁰ Para maior aprofundamento, ler: TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

democrática seja atendida em sua inteireza, contemplando ambas as esferas de concepção.

Conforme colocado, o debate atual desloca seu foco para a aplicação jurisdicional da dogmática penal e também da política criminal, o que redundará em uma vulnerabilidade normativa em ambas as esferas, uma vez que a criação de leis penais se dá em condições de absoluta ausência de critério científico, ficando ao alvedrio de um situacionismo político, desfavorecendo também, por via oblíqua, a regular aplicabilidade jurisdicional dessas leis penais, porquanto carecedoras de legitimidade e de reforço empírico, sobretudo quando em pauta delitos de orientação inatural.

Com o intuito de fornecer critérios para uma adequada construção legislativa de conteúdo penal, fundada sob uma perspectiva racional, José Luis Díez Ripollés, sob confessa inspiração no modelo de Manuel Atienza, propõe um plano dicotômico: em um primeiro momento, a definição operacional do processo legislativo, com a observação dos intervenientes e das etapas desenvolvidas, e, em um segundo ponto, a prescrição de conteúdos de racionalidade inerentes a esse processo⁵¹.

Portanto, a definição da estrutura teórica mais coerente com as premissas levantadas durante o presente texto tem absoluta pertinência e relevância, pois incide desde o nascedouro da norma penal até sua aplicação prática.

Compulsadas as estruturas e as críticas teóricas, tem-se que o bem jurídico, mesmo que se aquiesça acerca do acerto de algumas dessas críticas a ele dirigidas, é a proposta teórica mais coerente e que melhor atende ao Direito Penal moderno, desde sua função sistemático-classificatória, hermenêutica, dogmática e também político criminal.

Em vista disso, embora a teoria do bem jurídico não possa ser considerada perfeita e acabada em sua proposta, não há outro contributo à ciência penal com aporte para suplantá-la, sendo certo que todas as tentativas têm se mostrado insuficientes para a superação da concepção de bem jurídico como instrumento fundante e legitimador da intervenção penal, afora suas outras funções. Com isso, não se pretende dizer, por outro lado, que a teoria do bem jurídico se faz bastante para explicar sozinha a teoria da criminalização; ela não prescinde do auxílio de outros temperamentos principiológicos, como a fragmentariedade, a intervenção mínima, entre outros dados, mas entende-se que a concepção de bem jurídico será, racionalmente, um dos elementos norteadores da ciência penal, a qual, frise-se, desponta como uma ciência de índole persuasiva e não descritiva, donde se depreende que não se pode esperar dela soluções invariavelmente exatas e conglobantes.

Nesse passo, face todo o conteúdo abordado no presente estudo, e definidos o Estado Democrático de Direito como modelo constitucional de Estado e a proteção subsidiária de bens jurídicos como função primeira do Direito Penal moderno, vislumbra-se cenário de plausibilidade para, mediante um compulsar das teorias expostas, eleger-se a que melhor se amolda ao contexto do crime de lavagem de capitais.

A primeira teoria, atinente à identidade entre os bens jurídico-penais do crime antecedente e do crime de lavagem de capitais, está fadada ao insucesso, sobretudo por permitir indesejável *bis in idem* e por ferir o princípio da proporcionalidade da pena, eis que a previsão em abstrato da pena seria a mesma para bens jurídicos distintos, como, por exemplo, pense-se em um furto e uma extorsão mediante sequestro como crimes antecedentes de uma lavagem de capitais; em cada um dos casos, a previsão em abstrato da pena para o crime de lavagem de capitais será a mesma, em que pese os bens jurídico-penais ostentem grau de relevância bastante dissonantes entre si.

51 RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Trad. Luiz Regis Prado. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 26-105.

Não bastasse, pensar-se em uma norma penal que “olha para frente” conduzirá, invariavelmente, ao aperfeiçoamento de uma antecipação da tutela penal, absolutamente incompatível com o Direito Penal moderno, sabidamente edificado sob o conceito de culpabilidade.

No tocante à teoria que considera a ordem econômica como bem jurídico-penal tutelado, igualmente não assume feição absoluta, eis que, muito embora em grande parte dos crimes de lavagem de capitais o desenvolvimento da economia, sobretudo no pertinente à livre concorrência de mercado, seja diretamente afetado, restando abalada sua credibilidade, não se pode olvidar que nem sempre isto acontecesse.

Com efeito, suponha-se que o dinheiro auferido em uma extorsão mediante sequestro seja depositado na conta de um terceiro (“laranja”) e este adquira um imóvel pelo preço competitivo de mercado, observando todas as exigências legais atinentes à transação imobiliária, em que pese a origem espúria do valor. Neste caso paradigmático, não se vislumbra afetação à ordem econômica, mas apenas um meio de esconder e proteger o produto ilícito do crime, prejudicando, com isso, o rastreo por parte da estrutura judiciária.

De outra banda, se se considerar a ordem econômica como bem jurídico-penal

tutelado na lavagem de capitais, estar-se-á admitindo sanções formalmente semelhantes a condutas completamente distintas em seus conteúdos materiais. A título de exemplo, as condutas preceituadas pelo *caput* do artigo 1º da Lei nº 9.613/1998 não passariam de meras tentativas de lavagem de capitais, pois a consumação somente se daria com a efetiva inserção do produto do ilícito penal antecedente em atividade regularizada e lícita, ao passo que as condutas dos §§1º e 2º (notadamente a figura do inciso I deste) representariam lesão direta à ordem econômica. Contudo, a lei prevê a mesma pena em abstrato para ambos os cenários, inobservando, assim, a ideia central da concepção de bem jurídico-penal, que diz com a correlação entre a extensão/alcance da lesão a este e a variação quantitativa da própria pena. Em tempo, este problema não se detecta se se reputar a administração da Justiça como bem jurídico-penal tutelado.

Desta forma, a teoria que melhor demonstra adequação diz com a vertente que considera a administração da Justiça, isoladamente, como bem jurídico-penal tutelado pelo tipo penal da lavagem de capitais, eis que, além de conferir admissibilidade à punição pela autolavagem e também se coadunar com a uniformidade de penas, independentemente do grau lesivo do crime antecedente, os problemas apontados para a teoria da ordem socioeconômica não se fazem perceptíveis aqui.

Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. *Lavagem de dinheiro: fenomenologia, bem jurídico protegido e aspectos penais relevantes*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2013.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 1.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Atlas, 2017. v. 1.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014.

CASTELLAR, João Carlos. *Lavagem de dinheiro: a questão do bem jurídico*. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CONDE, Francisco Muñoz. *Edmund Mezger e o Direito penal de seu tempo: estudos sobre o Direito penal no nacional-socialismo*. Trad. Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e de Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

GRECO, Luís; CAVALIERE, Antonio (org.) et al. *Politica criminale e cultura giuspenalistica: scritti in onore di Sergio Moccia*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2017.

JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho penal: parte general*. Trad. Miguel Olmedo Cadernete. 5. ed. Granada: Comares, 2002.

KAHLO, Michael; HEFENDEHL, Roland (org.). *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación penal o juego de abalorios dogmático?* Madri e Barcelona: Marcial Pons, 2007.

LISZT, Franz Von. *Tratado de Derecho penal*. Trad. Luis Jiménez de Asúa. 3. ed. Madri: Instituto Editorial Reus, 1927. t. II.

MAGLIE, Maria Cristina de; CAVALIERE, Antonio (org.) et al. *Politica criminale e cultura giuspenalistica: scritti in onore di Sergio Moccia*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2017.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIR, José Cerezo. *Curso de Derecho penal español*. Madri: Tecnos, 1993.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho penal*. 2. ed. Montevideu; Buenos Aires: Editorial B de F, 2003 (Coleção Maestros del Derecho Penal).

OLIVÉ, Juan Calos Ferré; PAZ, Miguel Ángel Núñez; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro, 2009.

REALE JÚNIOR, Miguel (coord.); SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo *et al.* *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017.

RENZIKOWSKI, Joachim; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto (orgs.). *Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*. Trad. dos organizadores. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Trad. Luiz Regis Prado. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal*. Trad. André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madri: Civitas, 2008. t. I.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena: conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SÁNCHEZ, Carlos Aránguez. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional positivo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Introdução ao Direito penal: criminologia, princípios e cidadania*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SOUZA NETTO, José Laurindo. *Lavagem de dinheiro: comentários à lei 9.613/98*. Curitiba: Juruá, 1999.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

Concessão de salário-maternidade às mulheres indígenas: o caso Guarani



Lucas Medeiros Gomes

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Juiz Federal Substituto no TRF 3ª Região. Ex-Especialista em Regulação na Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Ex-Defensor Público Federal.

RESUMO: O artigo levanta possíveis impactos sociais, econômicos, culturais e orçamentários da concessão ou não do salário-maternidade às mulheres indígenas menores de 16 (dezesesseis) anos da etnia Guarani em ações coletivas. O trabalho apresenta os contornos da Ação Civil Pública nº 5009160-45.2018.4.03.6100 para conscientizar o leitor acerca de efeitos hipotéticos advindos da judicialização deste tema previdenciário.

PALAVRAS-CHAVE: Salário-maternidade. Consequencialismo. Judicialização.

ABSTRACT: The article raises possible social, economic, cultural and budgetary impacts of granting or not the maternity wage to indigenous women under the age of 16 (sixteen) of the Guarani ethnic group in collective actions. The work uses the outlines of Public Civil Action nº 5009160-45.2018.4.03.6100 to make the reader aware of hypothetical effects arising from the judicialization of this social security issue.

KEYWORDS: Maternity pay. Consequentialism. Judicialization.

SUMÁRIO: 1 Nhepyrungá (para iniciar). 2 Limites da pesquisa. 3 Contingências colaterais das alternativas. 4 Estudo de projeções das consequências mapeadas e pontos comuns. 5 Pahapê (considerações finais). Kuatiá Nhe'e (referências).

A ideia de nós, os humanos, nos descolarmos da terra, vivendo numa abstração civilizatória, é absurda. Ela suprime a diversidade, nega a pluralidade das formas de vida, de existência e de hábitos. Oferece o mesmo cardápio, o mesmo figurino e, se possível, a mesma língua para todo mundo. [...] Do nosso divórcio das integrações e interações com a nossa mãe, a Terra, resulta que ela está nos deixando órfãos, não só aos que em diferente graduação são chamados de índios, indígenas ou povos indígenas, mas a todos. Tomara que estes encontros criativos que ainda estamos tendo a oportunidade de manter animem a nossa prática, a nossa ação, e nos deem coragem para sair de uma atitude de negação da vida para um compromisso com a vida, em qualquer lugar, superando as nossas incapacidades de estender a visão a lugares para além daqueles a que estamos apegados e onde vivemos, assim como às formas de sociabilidade e de organização de que uma grande parte dessa comunidade humana está excluída [...].¹

1 Nhepyrungá² (para iniciar)

O povo Guarani se subdivide em três troncos: (i) os Kaio-wá; (ii) os Ñandeva; e, (iii) o Mbya. Precisamente nessas culturas que se abre o tema da “concessão de salário-maternidade às mulheres indígenas: o caso Guarani”.

Trata-se de estudo dos autos da Ação Civil Pública (ACP) nº 5009160-45.2018.4.03.6100/SP, ajuizada pelo Minis-

tério Público Federal (MPF) e pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI), perante a 2ª Vara Previdenciária Federal de São Paulo, em face do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), com o objetivo de condenar a autarquia a: “(i) admitir o ingresso na Previdência Social das mulheres indígenas menores de 16 (dezesesseis anos) cadastradas pela FUNAI como exercentes de atividade rural; (ii) abster-se de indeferir, exclusivamente por motivo de idade ou com este relacionado, os requerimentos de benefício de salário-maternidade formulados pelas indígenas cadastradas pela FUNAI como exercentes de atividade rural”³.

Sabendo-se que a Instrução Normativa INSS/PRES nº 77/2015 (art. 39, § 4º), manteve o enquadramento do indígena como segurado especial do Regime Geral da Previdência Social (RGPS), como já constava na revogada Instrução Normativa INSS/PRES nº 45/2010 (art. 7º, § 3º), debate-se se as mulheres indígenas menores de 16 (dezesesseis) anos podem ser cadastradas pela FUNAI como seguradas especiais, em que pese o limite etário preconizado nos artigos 18, § 2º, do Decreto nº 3.048/1999; 11, VII, “c”, da Lei nº 8.213/1991 e 7º, XXXIII, da Constituição Federal.

Tal discussão jurídica toma por pilares a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, a Convenção OIT nº 103 de proteção da maternidade, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/1973) e o princípio do efeito integrador também contido no artigo 231 da Constituição.

A partir disso, o objeto de estudo se circunscreve aos argumentos consequencialistas levantados nos autos citados, como um suposto impacto orçamentário da extensão de um benefício previdenciário pela via judicial.

¹ KRENAK, Ailton. *Ideias para adiar o fim do mundo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 12 e 24.

² Divisão de itens inspirada na técnica encontrada em: MACHADO, Almiros Martins. Nhande Nhe’e Rupia’e (Por nossas próprias palavras). In: CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; OLIVEIRA, Assis da Costa (Orgs.). *Lei do índio ou lei do branco - quem decide? Sistemas jurídicos indígenas e intervenções estatais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

³ ACP nº 5009160-45.2018.4.03.6100/SP, 2ª Vara Previdenciária Federal de São Paulo, Juíza Federal Márcia Hoffmann do Amaral e Silva Turri, j. 21/08/2019.

Assim, analisar-se-á se tais afirmações são baseadas em dados estatísticos confiáveis ou veiculam ilações especulativas, bem como se tais alegações podem (ou devem) ser consideradas pelas decisões judiciais no contexto de ações civis públicas. Também, impende aferir o peso argumentativo reputado pelo Judiciário a esses impactos.

Importante explicar como se deu o início dessa agenda no cenário judicial da Justiça Federal da Terceira Região.

Primeiramente, a FUNAI informou ao MPF o indeferimento de vários pedidos administrativos de concessão de salário-maternidade por mães da etnia Guarani, menores de 16 (dezesesseis) anos, com base no artigo 7º, XXXIII, da Constituição Federal.

É justamente nesse contexto que o jurista se vê diante de um desafio normativo, qual seja: poderia o direito à igualdade – em sua faceta de reconhecimento multicultural – embasar o embate entre a necessidade de tutela da infância e da maternidade na cultura Guarani e os padrões normativos dominantes da República Federativa Brasileira acima citados?

Feito esse questionamento, cumpre destacar que as mulheres indígenas Guarani costumam ser mães antes dos 16 (dezesesseis) anos; e, embora muitas preencham os demais requisitos da categoria como seguradas especiais, seus pedidos de concessão do salário-maternidade têm sido negados pelo INSS com base no critério “idade”.

Detalhando: as crianças Guarani⁴ são, desde cedo, inseridas no processo de sociabilidade econômica. Em outras palavras, as crianças Guarani participam das atividades

produtivas de suas comunidades, o que não pode ser considerado exploração infantil.

Nessa esteira, o laudo antropológico produzido na Ação sob estudo indicou que o povo Guarani utiliza marcos de divisão etária entre infância e juventude (como o da menarca) diferentes daqueles praticados por nossa sociedade.

Ainda que disso tivesse ciência, o INSS manteve seu entendimento de que a concessão do benefício previdenciário a menores de 16 (dezesesseis) anos – Guarani ou não – não encontra respaldo na legislação previdenciária.

Com efeito, a Autarquia previdenciária deixou claro que as mulheres Guarani, abaixo de 16 (dezesesseis) anos, não poderiam ser reconhecidas como seguradas especiais para fins de concessão do salário-maternidade.

Em vista dessa posição institucional, ocorreu a proliferação de ações coletivas ajuizadas nas cinco regiões da Justiça Federal.

Inclusive, em pesquisa na base de jurisprudência dos Tribunais Federais, nota-se que o TRF1 e o TRF3 possuem 2 (dois) processos cada, ao passo que não se localizaram ações dessa espécie no TRF2 e no TRF5. Ainda, o catálogo jurisprudencial do TRF4 mostrou a existência de 11 (onze) processos envolvendo outras tribos, isto é, indígenas de etnia diversa da Guarani.

Ocorre que algumas ações coletivas foram julgadas procedentes, estendendo o salário-maternidade para outras tribos sem alcance nacional, o que dificultou o tratamento uniforme, homogêneo e coerente da questão indígena na seara previdenciária.

Sem perder o foco da ACP escolhida, a maior parte das decisões espalhadas por nossa Justiça Federal lançou mão de argumentos consequencialistas – independentemente do viés decisivo final favorável ou desfavorável ao pleito da população indígena – tanto para conceder quanto para vetar a concessão do benefício previdenciário.

4 Nota Técnica elaborada pela FUNAI, mais especificamente pela Coordenação Geral de Promoção dos Direitos Sociais, contida na ACP nº 5009160-45.2018.4.03.6100/SP, 2ª Vara Previdenciária Federal de São Paulo, Juíza Federal Márcia Hoffmann do Amaral e Silva Turri, j. 21/08/2019.

A partir disso, importante observar se o uso da argumentação consequencialista foi de cunho retórico, descolado da realidade fática, ou se o Judiciário checa (e se tem a capacidade institucional para tal raciocínio técnico) a veracidade de dados e estatísticas apresentados. Também, significativo investigar se a exposição consequencialista serve como estratégia decisória para livrar-se das amarras da legalidade estrita ou para reforçar paradigmas tradicionais já apascentados pelo INSS.

2 Limites da pesquisa

Estabelecido que o objeto processual referencial deste estudo versa sobre o reconhecimento do direito ao salário-maternidade às seguradas indígenas da etnia Guarani, na Subseção Judiciária de São Paulo, independentemente da idade, conforme os ditames culturais próprios da cultura Guarani, convém assinalar que esse artigo não tem por escopo resolver o caso concreto, circunscrevendo-se a uma análise teórica com base em precedentes no âmbito da Justiça Federal, bem como em trabalhos acadêmicos referenciados ao final.

Tudo isso com o objetivo de levantar possíveis riscos sistêmicos identificados, omissões e consequências das alternativas de ação que se põem num caso dessa magnitude (inclusive, no que concerne ao estado de não intervenção).

Assim, importante que o leitor considere que esse escrito não é elaborado na condição de julgador, razão pela qual se propõe uma reflexão sobre os paradoxos encontrados nos julgados com ceticismo sem intenção de conclusão decisiva favorável a um curso de ação determinado.

Dessa forma, não se pretende adentrar em polêmicas ou minúcias de fato ou de direito relativas ao caso selecionado, e sim conscientizar para a dificuldade de mensurar impactos e mapear as alternativas especuladas de determinado programa de ação.

Dados os limites temporais e espaciais prefixados nesta pesquisa, o presente trabalho não almeja aferir se as rotas escolhidas, de fato, levaram aos resultados mencionados nas decisões judiciais. Com efeito, o fito é apontar como a percepção de eventuais consequências influi no debate sobre as tendências da judicialização em matéria previdenciária.

Dessarte, atente-se o leitor que o propósito do artigo é identificar as consequências ligadas ao caso escolhido, sem necessariamente qualificá-las como boas ou ruins, seja a curto ou a longo prazo, dada a complexidade que isso envolveria. Tampouco há o escopo de criticar ou analisar o conteúdo da decisão em si, pois o tema subjacente salta além do deslinde deste caso concreto.

Por isso, no terceiro tópico, serão apresentadas hipóteses e, no quarto, pinçadas algumas para tentar confirmar se as intuições iniciais são verificáveis objetivamente, sem pretensão de assentar verdades ou certezas técnicas sobre os resultados judiciais, dados os limites cognitivos deste estudo.

Nessa esteira, o leitor é convidado a se desapegar dos textos tipicamente jurídicos, e a se desvencilhar da visão maniqueísta sobre verdadeiro/falso, posto que o intento é reunir as informações e as respectivas fontes no decorrer deste texto, para problematizar as idealizações da capacidade epistêmica do magistrado de radiografar os efeitos de determinados cursos de ação, bem como compatibilizar tais limites com o dever de justificação do processo decisório de forma racional e interlegalidades.

Por fim, o presente trabalho ganha relevância com a obrigação imposta no artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, alterado pela Lei nº 13.655/2018, cujo teor estabelece que o Judiciário deverá sopesar as consequências das alternativas existentes, tais como custos, benefícios diretos e indiretos, riscos, dificuldades de execução, possíveis incentivos à judicialização, efeitos para as partes pro-

cessuais, para terceiros e na estabilidade do ordenamento jurídico.

3 Contingências colaterais das alternativas

A decisão escolhida perfaz um bom modelo para estudo, uma vez que a liminar concedeu a tutela provisória para impedir que o INSS exigisse idade mínima de 16 (dezesseis) anos e 10 (dez) meses de carência nos processos administrativos de salário-maternidade referentes às indígenas Guarani. Posteriormente, a sentença julgou improcedente o pedido quando da revisitação dos dados coletados e revelou um novo olhar sobre a prova constante dos autos.

Dito isso, principia-se pela análise de *possíveis efeitos da não concessão do benefício previdenciário* pretendido.

O Laudo Antropológico utilizado na ACP nº 5009160-45.2018.4.03.6100/SP⁵ indicou que a tribo Guarani não teria autonomia financeira fora do âmbito estatal, uma vez que sua base de sustentação adviria do trabalho em órgãos governamentais da aldeia, da aposentadoria e de programas de transferência de renda.

Tomando esse fato como ponto de partida, é plausível conjecturar que, sem a concessão do salário-maternidade em idade adequada à cultura Guarani, a comunidade perderia seu meio principal de manutenção econômica, vindo a se extinguir sua cosmovisão em decorrência da necessidade de buscar meios de sobrevivência típicos dos “brancos”. Ou seja: essa medida transformaria a visão da “maneira correta de ser guarani” (*ñande reko*)⁶.

Nessa linha de ideia, não se preservaria a diversidade e a memória cultural de um Estado pretensamente pluriétnico, nem o direito à diferença, ao patrimônio cultural e à autonomia, dado que a ausência de recursos financeiros acarretaria uma assimilação contínua pela sociedade circundante. Isso porque a atividade típica da tribo, como a pesca e a agricultura, não viabilizaria a sobrevivência dos Guarani, levando-os a buscar empregos no mercado formal do “branco”, inclusive com possíveis fluxos emigratórios.

Portanto, inicialmente, essa opção não respeitaria os usos e os costumes comunitários preconizados no artigo 1º do Estatuto do Índio, o que traz a base normativa para a acomodação dessa hipótese consequencial. Isto é: os juízos tendem a ponderar mais os impactos factíveis que conduzem a disposições normativas. Apesar disso, é admissível imaginar um outro lado da moeda dessa conjuntura.

Deveras, não se pode dispensar a possibilidade de que a relação da dependência econômica dos índios Guarani com o Estado também ocasione risco à diversidade, porque esse controla os requisitos de fruição dos benefícios previdenciários, impondo a adaptação das comunidades indígenas às exigências expressas na regulamentação pública. Nesse viés, a concessão do benefício poderia superdimensionar as relações econômicas intrincadas entre a tribo e o Estado, tornando secundárias as atividades típicas como a pesca e a agricultura.

Bem por isso, é crível pensar que a não intervenção poderia otimizar soluções autorreguladas e a autonomia cultural como o apoio familiar, sem alterar a mobilidade social e a composição da aldeia em volta das alianças familiares. Entretanto, importa não olvidar o prejuízo à subsistência da família Guarani, nos moldes tradicionais de agricultura e pesca, pela redução do tamanho de suas terras e ausência de acesso à tecnologia.

Feito esse diagnóstico, o risco de homogeneização cultural poderia levar à fragi-

5 Laudo Técnico nº 80/2017 – SPPA contido na ACP nº 5009160-45.2018.4.03.6100/SP, 2ª Vara Previdenciária Federal de São Paulo, Juíza Federal Márcia Hoffmann do Amaral e Silva Turri, j. 21/08/2019.

6 *Ibidem*.

lização da questão fundiária, uma vez que a noção de “índio integrado” ainda permeia o discurso jurídico. E, com essa uniformização cultural, o grupo passaria, portanto, a “integrar” a sociedade envolvente, e não teria o direito ao reconhecimento e demarcação de suas terras, haja vista a descaracterização da raiz indígena.

Assim, ao fim, o fortalecimento dessa dependência econômica poderia levar ao esquecimento e à invisibilidade das pautas políticas desse grupo minoritário.

A propósito, tal fato pode ser enfrentado sob dois vieses:

(i) o não funcionamento dos meios de subsistência tradicionais forçaria a integração da etnia Guarani na sociedade “branca” com assimilação de seu modo de enxergar a maternidade e a economia doméstica com injunções culturais novas; ou

(ii) tal mudança de perspectiva cultural em nada se relacionaria com a ausência do salário-maternidade, tendo a proximidade geográfica, os novos meios de comunicação ou outro fator desconhecido viabilizado a nova visão das mulheres Guarani sobre “maternidade precoce”, casamento e as opções existenciais de vida.

Supondo que a primeira opção tenha maior aderência à realidade, a abstenção inicial de concessão do salário-maternidade em qualquer idade às mulheres Guarani, conjugada com a inexistência de políticas públicas incentivadoras das práticas tradicionais de sobrevivência da tribo, mascararia um processo não natural de adaptação ao meio circundante.

Por outro lado, pensando-se na segunda alternativa como mais factível, fortalece-se o juízo de improcedência a partir da constatação de que a proteção da diversidade não se antepõe como necessária, quando se percebe a transformação sociológica do pacto de gerações.

Apesar disso, ainda é plausível considerar que os Guarani, mesmo incorporando elementos “ocidentais”, não estejam perdendo sua identidade étnica, pois é um erro analisar a etnia como estática, pois ela se transmuta com o passar do tempo, como a nossa sociedade.

Neste ponto, a própria sentença mencionou na razão de decidir depoimentos de jovens indígenas acerca da preocupação com estudos, com profissão, com casamento, com contraceptivos⁷ e com planejamento familiar. Sem o amparo econômico, as mulheres tenderiam, conforme esses relatos, a se preocupar mais com aspectos de sobrevivência, com a consequente redução da prole.

Ademais, colhe-se a narrativa⁸ de que os Guarani passam, atualmente, por essa modificação cultural porque as mulheres Guarani tenderiam a postergar a maternidade para ter o respaldo financeiro. Entretanto, importa afastar a visão homogênea da comunidade Guarani e ter cautela com a legitimidade do “lugar de fala” de intermediários em protocolos de consulta.

Ainda nesses termos, a interpenetração das culturas tanto pode ser um rastro de perda da diversidade e da autonomia, entrelaçada pela inexistência de meios financeiros próprios de subsistência, como pode ser um processo natural, que já vinha ocorrendo por força das tecnologias e da intrusão do espaço geográfico.

Passadas essas reflexões, convém pensar sobre os impactos da não concessão do salário-maternidade sobre o comportamento reprodutivo das novas gerações indígenas.

7 Inclusive, a sentença declina que “[...] (a)s ervas, como recursos próprios da cultura ancestral, parecem não estar mais inseridas nos costumes diários como forma de resolver essa possível (ou provável) demanda por anticoncepcionais eficazes [...]”. (*Ibidem*)

8 Relatos do palestrante Tiago Karai, 29 anos, no Curso de Formação Inicial da Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região, em fevereiro de 2020.

Na etnia Guarani⁹, a menstruação (*menarca*¹⁰) consolida o momento em que a mulher deixa de ser considerada criança/adolescente e passa a ser mulher. Para averiguar tais consequências, a sentença, de forma louvável, lançou mão de pesquisas acadêmicas para enfrentamento do tema¹¹.

Assim, se estipulado que a concessão do benefício tem o potencial de aumentar as

estatísticas relativas ao número de crianças e adolescentes grávidas nas comunidades Guarani, a questão da gravidez de risco ante a faixa etária estará posta em xeque.

Isso levantaria outros tópicos de saúde pública que necessitariam de tratamento adequado pelo Ministério da Saúde, em estudo preliminar, já que não se poderiam antever (“consequenciachismo”¹²) os reais impactos, como o risco da gravidez na adolescência.

Talvez revele ingenuidade pensar que a não concessão do salário-maternidade implicará a redução dos índices de maternidade “precoce”, e exatamente nessa perspectiva, deixa entrever um debate que permeia a preocupação com gastos públicos oriundos dessas classes marginalizadas. A prevalecer essa percepção, as gravidezes “precoces” não deixarão de ser praticadas com a negativa do benefício, a qual apenas viabilizaria a manutenção da precariedade das condições de vida dos aborígenes.

Continuando: existem elementos que indicam a possibilidade de impacto desproporcional em face das mulheres Guarani, conforme apontado pelo MPF.

Nessa ótica, a negativa do benefício equivaleria à violação do direito ao autorreconhecimento e das formas próprias de definição do conceito de criança e adolescente. Apesar disso, deve-se atentar para as crenças do imaginário coletivo, ou mesmo das pré-compreensões dos sujeitos envolvidos, no sentido de atrelar o início “precoce” no trabalho e na maternidade a todas as etnias indígenas.

Melhor explicando, pelos dados analisados nas ações coletivas e na literatura

9 Conforme ditado pelo desenvolvimento corporal, não se trata de precocidade e sim maturidade, guiada não pela faixa etária e sim pelas alterações corporais.

10 Segundo Laudo Técnico nº 80/2017 – SPPA – Perícia Antropológica – realizada pela Analista do Ministério Público da União/Perícia/Antropologia Elaine Teixeira de Amorim, para os Mbyá-Guarani, portanto, não é a faixa etária, mas o corpo que dirá quando uma menina deixa de ser criança para ser adulta.

11 Consta na sentença que “[...] há pesquisas qualitativas recentes indicando mudança dos paradigmas atribuídos à maternidade pelas gerações mais jovens do povo Guarani, contrariando, por conseguinte, as premissas adotadas por este juízo quando, com base nos precedentes invocados, deferiu a tutela de urgência. Mencione-se, a título de ilustração, estudo realizado por Marcos Augusto Pinto de Azevedo, psicólogo e Doutor em Saúde Pública pelo Departamento de Saúde Materno Infantil da Faculdade de Saúde Pública/USP, e Rubens de Camargo Ferreira Adorno, sociólogo e Professor Doutor do Departamento Materno Infantil da Faculdade de Saúde Pública/USP, com jovens Guarany-Mbyá da Aldeia Morro da Saudade, localizada na periferia da zona sul de São Paulo, região de Parelheiros. (AZEVEDO, Marcos Augusto P. de; ADORNO, Rubens de Camargo Ferreira. Juventude e Reprodução entre os Guarani-Mbyá da Aldeia Morro da Saudade na Periferia da Cidade de São Paulo. Rev. bras. crescimento desenvolv. hum., São Paulo, v. 17, n. 2, p. 64-73, ago. 2007). O trabalho em tela pretendeu examinar possíveis contradições entre diferentes gerações dos índios Guarani em relação à maternidade. A visualização do evento se deu na esfera ‘sociocultural que estabelece um processo de interação entre a cosmologia que os representa e as ocorrências do presente, apontando para prováveis possibilidades de mudança ou permanências no seio cultural do universo étnico que os caracteriza enquanto grupo’ [...].” (ACP nº 5009160-45.2018.4.03.6100/SP, 2ª Vara Previdenciária Federal de São Paulo, Juíza Federal Márcia Hoffmann do Amaral e Silva Turri, j. 21/08/2019)

12 “O consequenciachismo é um estado de espírito, um pensamento desejoso, a confusão entre o que é e o que se queria que fosse [...]”. MENDES, Conrado Hübner. Jurisprudência impressionista. *Revista Época*, 14 set. 2018. Disponível em: <https://epoca.globo.com/conrado-hubner-mendes/jurisprudencia-impressionista-23066592>. Acesso em: 12 jan. 2020.

referenciada, não há como determinar se todas as etnias indígenas enfrentam o mesmo *ethos* cultural quanto à maternidade e à inserção econômica da mulher, razão pela qual se necessita de laudo antropológico específico, o que justifica a limitação do presente estudo à etnia Guarani. Assim, termos como “sabidamente” ou “notório” são indicativos de tendências cognitivas sem base científica e, a partir dessas ilações, são concebidos juízos de causalidade.

De todo modo, o Estatuto do Índio estabelece a proibição de discriminação dos trabalhadores indígenas em relação às garantias previdenciárias, permitindo a adaptação das condições de trabalho aos costumes próprios, consoante interpretação sistemática-teleológica do artigo 14.

Nesse sentido vão os artigos 231 da Constituição Federal, 24 da Convenção nº 169 da OIT (consolidada no Decreto nº 10.088/2019) e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Portanto, a não concessão implicaria violação a tais normativos em quebra das expectativas internacionais, com abertura de margem para responsabilização nas Cortes internacionais.

Outros fatores de peso seriam os possíveis impactos na maternidade e na proteção à gestante tuteladas no artigo 201, II, e 6º, *caput*, da Constituição Federal. Em outros dizeres: a não concessão do salário-maternidade deixaria sem proteção as mães indígenas com redução da capacidade de absorção dos gastos naturais da parturiente, obrigando a permanência no trabalho, o que pode gerar consequências severas no desenvolvimento da criança e na própria saúde da mãe. No entanto, tal hipótese pode vir a ser descartada considerando o dever estatal de garantia de assistência médica-hospitalar à gestante e ao recém-nascido, por exemplo.

Também cumpre ponderar a hipótese de intervenção judicial para a *concessão do salário-maternidade* às índias menores de 16 (dezesseis) anos.

Em outro panorama, talvez se possa cogitar que a *concessão do salário-maternidade* na ação coletiva em questão venha a estimular a inserção precoce de crianças e adolescentes Guarani no mercado de trabalho informal em prejuízo ao seu desenvolvimento integral escolar e profissional.

O INSS indicou que o pedido de reconhecimento do labor campesino da indígena “impúbere” em momento futuro e generalizado, acabaria por autorizar a atividade antes dos 16 (dezesseis) anos. Já o MPF, de seu turno, indicou uma espécie de contradição da finalidade de proteção do artigo 7º, XXXIII, da Lei Maior, porquanto a proibição do trabalho do menor não poderia resultar em prejuízo para aqueles a quem objetiva tutelar.



Fonte: www.inss.gov.br

Em outras palavras: a mesma situação fática sofre duas interpretações, servindo de base para um juízo de improcedência e, ao mesmo tempo, de procedência a depender da visão acolhida.

Sendo assim, imprescindível o exame sobre a existência de mecanismos técnicos hábeis a prever se o reconhecimento ou não do período tem potencial de gerar desproteção ou incentivo ao exercício da atividade profissional antes dos 16 (dezesseis) anos. Isso

porque o presente artigo pretende levantar a perceptividade de que, em geral, soluções fáceis para problemas difíceis e estruturais costumam estar erradas holisticamente.

Primeiramente, há indícios de que a necessidade de trabalhar antes do tempo, sobremaneira no âmbito rural, não se restringe à realidade das índias Guarani, mas sim da população campestre em si, a qual precisa colaborar com o sustento familiar prematuramente.

Em vista disso, se a classe campestre não desfruta da concessão do salário-maternidade antes dos 16 (dezesesseis) anos, configuraria violação ao princípio da igualdade. Isso porque a não flexibilização da idade para a caracterização como segurado especial desse grupo implicaria sensação de injustiça, podendo desencadear protestos e descontentamentos da população afetada.

Nessa esteira, é plausível que tal medida judicial possa levar à acentuação das desigualdades sociais em comparação com as outras crianças nascidas no meio rural e que também trabalham antes dos 16 (dezesesseis) anos e não são indígenas.

Outra hipótese consiste na própria concessão do salário-maternidade, restrita a determinadas etnias, que poderia gerar conflitos entre os grupos indígenas próximos geograficamente, a depender dos resultados diversos das ações coletivas, por exemplo.

Em outro olhar, a imersão do Judiciário nas políticas públicas moldadas pelo Legislativo e Executivo representaria, a princípio, afronta à tripartição de funções na criação de benefício por analogia?

Bem, é possível pensar que a concessão do salário-maternidade às indígenas Guarani, à revelia do artigo 2º e do artigo 7º, XXXIII, ambos da Constituição Federal, poderia ocasionar um efeito cascata de judicialização dos direitos previdenciários com incremento da litigiosidade.

A esse respeito, espelhados nos demais casos encontrados na pesquisa jurisprudencial, vale estipular que um dos efeitos sistêmicos do primeiro caso de extensão do salário-maternidade às indígenas com menos de 16 (dezesesseis) anos resultou na judicialização pelo Brasil do tema em outras varas judiciais, buscando a implantação judicial do benefício fora da arena legislativa, portanto.

Na perspectiva coletiva, antes do ajuizamento da ACP em estudo, já estava em andamento a ACP nº 0009749-31.2009.403.6103, com idêntico objeto, só que restrito à população Guarani de Ribeirão Silveira, em São Sebastião/SP, na 3ª Vara Federal de São José dos Campos.

Já no viés individual, uma visão sobre essa grande realidade, lançada em breve relato¹³, indicou que a liderança indígena Guarani já não estimularia a judicialização individual do direito ao salário-maternidade dado esse constrangimento. Por isso, cabível a reflexão no sentido de que a não concessão do benefício previdenciário afetaria o acesso à justiça das mulheres Guarani e a decisão sobre a forma do planejamento familiar nessa etnia.

Também remanesce, no próprio âmbito institucional interno da Advocacia-Geral da União (AGU), permanente controvérsia, uma vez que o Parecer Conjunto nº 01/2016/Subgrupo OS nº 30/2014/DEPCONSU/PGF/AGU¹⁴ foi favorável ao reconhecimento da concessão salário-maternidade, porém sem caráter vin-

13 Relatos do palestrante Tiago Karai, 29 anos, no Curso de Formação Inicial da Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região, em fevereiro de 2020.

14 O Parecer Conjunto nº 01/2016/Subgrupo OS nº 30/2014/DEPCONSU/PGF/AGU não condicionou a concessão do benefício a uma alteração legislativa no artigo 18 do Decreto nº 3.048/1999 com base em uma interpretação sistemática do artigo 55 do Estatuto do Índio, do artigo 39, § 4º, da IN INSS nº 77/2015, do artigo 231, *caput*, e do artigo 6º, *caput*, ambos da Constituição Federal.

culante, pois de encontro ao estabelecido no Despacho PGFN nº 1.321/2016.

Assim, em face desse desacordo sistêmico, não se permite ao Procurador do INSS o reconhecimento do pedido, a celebração de acordos judiciais ou a abstenção de contestar ou recorrer, o que implica judicialização, ao menos na via coletiva.

E, na prática, com a judicialização emblemática da concessão do salário-maternidade e com a proliferação de ações com diferentes decisões variando por Região e Vara em que ajuizada a ação coletiva, enfrenta-se, decerto, um risco à coerência¹⁵ e à integridade sistêmica, bem como à homogeneidade da interpretação do direito¹⁶, à previsibilidade, à segurança jurídica e à consistência.

Por exemplo, há decisões que estendem o benefício a partir de 14 (catorze) anos em comparação com a figura do aprendiz. Todavia, a etnia Guarani não trabalha com a noção de faixa etária e tampouco com a concepção de estudo regular incentivado pela Lei nº 10.097/2000.

Conjuntamente, não só há um risco ao funcionamento da democracia, que demanda oxigenação por suas vias normais parlamentares, como também riscos de fricções internas com o sistema cultural Guarani, de maneira a pressionar o *ethos* e provocar mudanças não espontâneas.

Em exercício hipotético, estima-se que a concessão do salário-maternidade poderá alterar a fonte de renda do núcleo familiar (consustancialidade) em torno da mulher Guarani, titular do benefício, com o seu consequente empoderamento.

A partir disso, ocorreria a emancipação da mulher Guarani, a qual passaria a ganhar voz na aldeia, influenciando no destino das verbas públicas recebidas, passando a traçar caminhos alternativos, remodelando a autorregulação do povo Guarani no Estado de São Paulo.

A etnografia não permite a identificação dos indígenas como integrantes de uma bolha cultural, na medida em que há interpenetrações que, de modo algum, deslegitimam o estado de indígena. Entretanto, uma mistura da “solução branca”, exógena e estatal, com os expedientes internos poderia, em tese, prejudicar a evolução da cosmologia por seus próprios processos.

Em outra perspectiva, impende ainda abordar que, na ação coletiva selecionada, houve a interposição do agravo de instrumento em face da concessão da liminar no curso processual. Tal peça baseou sua argumentação no perigo de grave dano ao erário no deferimento dos benefícios de salário-maternidade.

Assim, o gasto de recursos públicos, em um contexto em que se põem gargalos no financiamento da Previdência Social – já escasso e finito –, levanta um impacto sem o cálculo respectivo, apenas a título retórico. Importante notar que a negativa do benefício previdenciário, com base em argumentos utilitaristas, não apela para a opinião pública, e talvez seja a razão pela qual não seja processado pelos meandros políticos tradicionais.

É provável que esse seja um indício pelo qual as ações coletivas continuam sendo ajuizadas, uma vez que as instâncias políticas podem não querer despendar capital político no assunto.

15 Sem enfrentar o tema especificamente, a Súmula nº 05 da Turma Nacional de Uniformização preconiza que “(a) prestação de serviço rural por menor de 12 a 14 anos, até o advento da Lei 8.213, de 24/07/91, devidamente comprovada, pode ser reconhecida para fins previdenciários”.

16 “O tempo de serviço em atividade rural realizada por trabalhador com idade inferior a 14 anos em regime de economia familiar, ainda que não vinculado ao regime de Previdência Social, pode ser averbado e utilizado para o fim de obtenção do regime previdenciário”. (Cf. Tese 1 – Jurisprudência em Teses – Edição nº 941. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%C3O%20N.%2094:%20APOSEN-TADORIA%20RURAL>. Acesso em: 12 jan. 2020.)

Nesse sentido, é possível que o próprio MPF não tenha, necessariamente, por objetivo o sucesso da ação coletiva ajuizada e sim conscientizar as classes políticas e a mídia para um problema sem solução legislativa/executiva em progresso, e forçar a outra parte (INSS) a tomar conhecimento, independentemente da (im)procedência do pedido, impedindo a invisibilidade dessas lacunas sociais.

Contudo, em um sistema previdenciário de repartição simples, marcado pela solidariedade, o efeito multiplicador poderia afetar a concessão de outros benefícios e serviços contemplados aos demais segurados obrigatórios do RGPS, prejudicando a universalidade da cobertura e do atendimento, a seletividade subjetiva (art. 194, III, da CF/88), a distributividade, a uniformidade e a equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais.

Visto isso, é plausível pensar que a extensão do salário-maternidade para situações não contempladas na Lei comprometeriam o equilíbrio financeiro e atuarial, norteador do RGPS, nos termos do artigo 201, *caput*, da Constituição da República. Esse impacto de verniz orçamentário será melhor analisado no próximo item.

Em outro norte, a concessão do salário-maternidade demandaria trabalho de inscrição e cadastramento dos indígenas junto ao Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS) pelos servidores da FUNAI. Em função disso, ocorreria um problema de gestão de pessoas, na medida em que a União deveria destacar servidores públicos especializados para o trabalho.

Em segundo lugar, no caso de falecimento da mulher com benefício em curso ou durante o parto, na cultura Guarani, em que os registros de casamento são orais, haveria dificuldade de comprovação da união para o gozo do benefício. E, em terceiro lugar, existe o problema de o sistema CNIS não admitir a inscrição de indígenas menores de 16 (dezeses) anos, o que exigiria correções no sistema.

Outro ponto a ser refletido na concessão do benefício consiste em aferir se há relevância na categorização do indígena como aldeado, não-aldeado, em vias de integração, isolado ou integrado para fins do gozo do benefício. Nas ações coletivas não se levam em consideração tais distinções, dando a entender um tratamento uniforme.

E não param por aí as indagações. São inúmeras questões que continuamente se põem: o trânsito em julgado da sentença pacifica a controvérsia ou, se tratando de uma demanda estrutural, existiria possibilidade de flexibilizar a coisa julgada para um novo pensar futuro mais amadurecido com as experiências anteriores? Quais os efeitos sistêmicos da concessão da liminar até o julgamento da sentença, ou da sentença até o julgamento pela segunda instância? Como conciliar os interesses públicos, os princípios constitucionais e os bens jurídicos em jogo nessa transição temporal?

Certo que a maturação do tema se mostra relevante para a reunião de mais dados, pesquisas e estatísticas, porém não se pode deixar o julgamento em aberto durante muito tempo sob pena de transfigurar em negativa transversa.

De todo modo, não há respostas fechadas para essas perguntas, e sim uma orientação da preocupação do juízo quanto ao caso submetido ao seu exame. Em continuidade, a concessão do salário-maternidade teria de ultrapassar a idade mínima trazida pelo artigo 11, VII, “c”, da Lei nº 8.213/1991. Para tanto, a extensão do benefício demandaria a flexibilização da legalidade estrita ao desprezar o limite etário mínimo ali explicitado.

Com isso, talvez se gerasse uma sensação de descolamento da classe judicial dos lindes legais. E, assim, talvez em outros casos e demandas judiciais os juízes federais se sentissem mais confortáveis para deixar de seguir a letra estrita da lei, colocando em risco a segurança jurídica e a confiabilidade na coerência do sistema.

Também poderia ocasionar uma politização do Judiciário, deslocando demandas cujo foro adequado seria o Legislativo/Executivo para o Judiciário, e viabilizando tentativas de captura decisória no âmbito deste Poder com riscos à independência institucional.

A mesma situação-problema tomada sob outras lentes mostraria o Judiciário como um espaço democrático de construção de direitos, ainda que à margem da competência do Legislativo, o que suscitaria novos influxos à separação de poderes¹⁷ contida no artigo 2º da Constituição.

Nessa ordem de ideias, esforços como o de grupos de trabalho que propõem a alteração do artigo 18, § 2º, do Decreto nº 3.048/1999, para acomodar a hipótese da segurada indígena menor de 16 (dezesesseis) anos, seriam reduzidos em prejuízo ao sentimento democrático e à deliberação pública de agendas cruciais.

4 Estudo de projeções das consequências mapeadas e pontos comuns

Estabelecidos esses potenciais impactos, objetiva-se pinçar padrões comuns às decisões quando da consideração dos resultados consequenciais para uma avaliação mais acurada. Assim, salta aos olhos o temor de que a concessão do salário-maternidade, nos moldes do tópico anterior, possa aumentar (i) o trabalho infantil; (ii) a maternidade “precoce”; e, (iii) o rombo no orçamento.

Pois bem, a literatura especializada

costuma não abordar o tema¹⁸, tampouco as decisões judiciais mencionam os instrumentos internacionais correlatos.

Dessa maneira, a decisão escolhida serviu de modelo para estudo, na medida em que representa um ponto fora da curva ao examinar o aspecto cultural da organização social dos indígenas, inclusive com a citação de testemunhos e relatos, por amostragem, das mulheres Guarani que seriam afetadas pela sentença. Portanto, não veiculou pensamento preconcebido, e sim solução com as mulheres e para elas.

Nesse caminho, muitos julgados trabalharam como a aplicação analógica da condição do “aprendiz” às indígenas¹⁹ ou do limite mínimo de idade aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça²⁰ para trabalhadores rurais,

18 “Vale mencionar também que, ao pesquisarmos alguns dos manuais que versam sobre o direito previdenciário, normalmente utilizados nos cursos de direito, na parte em que abordam a temática de segurado especial, não encontramos qualquer menção à situação dos povos indígenas na maioria dessas obras (CASTRO; LAZZARI, 2001; FORTES; PAULSEN, 2005; IBRAHIM, 2012; KERTZMAR, 2013; MENEZES, 2012; RIBEIRO, 2011; TAVARES, 2012; VIANNA, 2013). É como se essas sociedades não existissem mais, sendo mais uma vez invisibilizadas na educação jurídica tradicional”. (ARAÚJO, Fabíola Souza. *Mulheres indígenas e salário-maternidade: a colonialidade das decisões judiciais*. Brasília: UNB, 2016, p. 18.)

19 “[...] todas as decisões finais do TRF4 proclamadas nos julgamentos dos casos 1 a 6 entenderam pela impossibilidade de negar a concessão do benefício de salário-maternidade para mulheres indígenas apenas por motivo de idade. No entanto, não obstante tenham apresentado como pressuposto o trabalho e a gravidez precoce nas sociedades indígenas, todas essas decisões compreenderam pela aplicação às mulheres indígenas do desfecho empregado para o aprendiz. Em outras palavras, o TRF4 vinha adotando uma postura que impunha a essas mulheres uma saída que não foi pensada a partir de sua vivência, uma saída que não foi refletida por elas e que não contempla sua cosmovisão”. (*Ibidem*, p. 106.)

20 STJ, AR 3.877/SP, Terceira Seção, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. 28/11/2012, DJe 30/04/2013.

17 Na ACP nº 5005629-62.2017.4.04.7100/RS, o juízo dispôs que “o Judiciário ao acolher a pretensão ministerial não está se alçando à posição de legislador, mas tão somente cumprindo sua função de intérprete da Constituição das leis. Desta missão não podemos nos omitir”. Disponível em: <https://www2.jfrs.jus.br/noticias/jfrs-determina-concessao-de-auxilio-maternidade-para-indigenas-a-partir-dos-14-anos/>. Acesso em: 05 fev. 2020.

revelando a matriz colonial unilinear do pensamento jurídico hegemônico.

Além disso, as decisões judiciais consideraram diferentes idades como marco para o início do benefício do salário-maternidade²¹, sob diversos fundamentos normativos²², com o sopesamento da organização social própria dos indígenas envolvidos²³, preponderantemente na 1ª instância²⁴.

21 “[...] referente à idade mínima que a mulher indígena deverá apresentar para que seja considerada segurada especial do RGPS e assim tenha direito ao recebimento do benefício previdenciário de salário-maternidade, identificamos: 14 decisões fixaram em 14 anos; uma em 15 anos; duas em 16 anos; três entenderam que não deveria haver limite mínimo de idade e apenas uma não mencionou o tema”. (ARAÚJO, Fabíola Souza. *Mulheres indígenas e salário-maternidade: a colonialidade das decisões judiciais*. Brasília: UNB, 2016, p. 121.)

22 “[...] 17 decisões mencionaram o art. 7º, XXXIII, CR/88; 13 deliberações se embasaram na Lei nº 8.213/91; apenas quatro citaram o art. 231, CR/88; duas indicaram o Estatuto do Índio; duas fizeram referência a normas internacionais; e quatro não mencionaram qualquer marco normativo”. (*Ibidem*, p. 121.)

23 “[...] Na categoria Autodeterminação, notamos que houve um respeito, de modo positivo, à organização indígena, que abrange o reconhecimento da organização social, cultural, política e econômica dos povos indígenas, em 11 decisões. Por outro lado, os argumentos de matriz colonial, que revelam justamente a ausência de respeito à organização indígena, apareceram em 14 decisões. Ou seja, sempre que na deliberação verificamos argumentos de matriz colonial ao lado daqueles que revelariam um respeito aos povos indígenas, o texto se mostrou incoerente [...] os argumentos não colonialistas e, portanto, de respeito à organização social foram usados apenas como forma de aparente atenção e reconhecimento aos povos indígenas. [...] Constatamos também que somente duas das 21 decisões analisadas fizeram referência ao laudo antropológico relativo à respectiva etnia, o que é digno de registro”. (*Ibidem*, p. 122-123.)

24 “Ao contrário, é possível que as demandas sobre direitos das mulheres indígenas se concentram mais no primeiro grau, e que não estejam sendo levadas aos tribunais na via recursal. Uma das razões para isso pode ser a dificuldade de acesso à justiça, outra marca da colonialidade do poder”. (*Ibidem*, p. 133.)

A diferenciação de idades, conforme a ação coletiva, acarreta hierarquias dentro das etnias e assimetrias de tratamento do mesmo problema, considerando que, antes da Constituição de 1988, a idade mínima era 12 (doze) anos, depois 14 (catorze), e com a EC nº 20/1998 passou para 16 (dezesseis), mostrando a evolução de entendimento para o Legislador.

Sendo assim, a lógica ocidental e o senso comum permeiam o discurso judicial sem as lentes da interseccionalidade e da discriminação indireta – subordinações étnica, de gênero e etária das indígenas –, reputando as gravidezes como consequência da falta de acesso à informação, e como problema de saúde pública sem sopesar a baixa expectativa de vida.

Isso revela a atitude etnocêntrica de considerar as práticas indígenas atrasadas. Nessa esteira, essa linha de pensamento toma o padrão reprodutivo das indígenas como primitivo, o que repercute na salvaguarda ao princípio da não discriminação étnica alçado no artigo 231 da Constituição e na Convenção OIT nº 169.

Com efeito, a temática deve ser lida sob lentes do evolucionismo multilinear, pelo qual cada povo tem sua história e segue seus próprios caminhos e valores. Sob esse prisma, a reprodução biológica representa uma forma de combate à extinção da comunidade Guarani, de sorte que o ciclo da fecundidade²⁵ (menarca, gravidez, parto e puerpério) serve para aumentar a autoridade da mulher na comunidade, essa diretamente relacionada ao tamanho de sua prole, dentro da divisão sexual do trabalho com tarefas domésticas e pesca, por exemplo.

25 Cf. LOPEZ, Gloria Margarita Alcaraz. *A fecundidade entre os Guarani: um legado de Kunhankarai*. 2000. 219f. Tese (Doutorado em Ciências da Saúde) – Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz, Ministério da Saúde, Rio de Janeiro, 2000, *passim*.

Tendo em vista esse prestígio especial, as decisões – individuais ou coletivas – denegatórias alteram a dinâmica socioeconômica, com riscos de flutuação hierárquica da comunidade Guarani (uxorilocalidade), invertendo o raciocínio cultural predominante até então.

Outro ponto é que o trabalho indígena não pode ser enxergado como exploração infantil nos moldes da interculturalidade e da cosmovisão dos Guarani, e sim pelos dogmas ocidentais naturalizados como “neutros” ou “mais racionais”.

Assim, o reconhecimento da autonomia cultural dos Guarani repercute na retirada de qualquer balizamento ético à luz da civilização ocidental e, nessa perspectiva, não há que se falar em precocidade sem inferiorizar “a maneira correta de ser guarani” (ñande reko).

Por conta disso, essas duas reflexões acima permitem descartar o impacto do incentivo ao trabalho infantil e da gravidez precoce como resultado direto da concessão do salário-maternidade antes dos 16 (dezesesseis) anos.

Ao fim, em relação ao risco de abalo ao equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência Social, o MPF, no curso da ACP nº 5009160-45.2018.4.03.6100, contrapõe que o princípio da contrapartida ou da preexistência da fonte de custeio (art. 195, § 5º, da CF/88) perde o sentido diante de um benefício²⁶ que, de modo excepcional,

sequer se vincula a contribuições, como no caso de variação da produtividade da safra do seguro especial.

Ultrapassado esse argumento para fins de aferição concreta de índices de afetação, na pesquisa aos autos e nas demais decisões judiciais analisadas, denota-se que não há estudos conclusivos ou cálculos precisos sobre o potencial prejuízo do deferimento do benefício ao caixa orçamentário do sistema previdenciário.

E, nessa linha de inteligência, o próprio INSS declinou que não havia registro de requerimentos indeferidos nos últimos 12 (doze) meses, contradizendo o fundamento da ação noticiado pela FUNAI.

Desse modo, sopesar como elemento o risco ao orçamento²⁷ da previdência social ocorre em mero exercício de futurologia, pois implica presumir impacto intuitivo não passível de absorção pelo sistema tal como construído. Portanto, se trata de um argumento consequencialista, despido de base técnica, porém com alto poder apelativo e de convencimento retórico.

Assim, não se pode equacionar o impacto orçamentário sem contabilizar o número de potenciais beneficiários da concessão do salário-maternidade de acordo com o censo demográfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e o consequente gasto coletivo da previdência com tal despesa.

26 “Se nosso sistema securitário tripartite (saúde, assistência e previdência), organizado pelo Estado, começa a exibir as contradições de um modelo em que dois subsistemas (saúde e assistência) foram pensados para uma clientela difusa, ao passo que os custos foram concentrados, sobretudo, na população que contribui para a arrecadação do terceiro (previdência), a tal ponto que se fala em falência organizacional e financeira da seguridade social, o que esperar de iniciativas espontâneas da sociedade, à margem do poder soberano?” (HOFFMANN, Márcia. *Um toque de solidariedade*. São Paulo: Lumen Juris, 2019, p. 22.)

27 “[...] o equilíbrio atuarial de um sistema previdenciário, ao contrário do que possa parecer, não demanda, necessariamente, contribuição adequada para a concessão de benefício individualmente considerada. A ideia tradicional, especialmente nos sistemas públicos de previdência, é a existência de um plano de custeio compatível com um plano de benefícios, genericamente considerado. Ou seja, a análise é macro, e não micro – deve-se ver o todo, e o particular”. (IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. Niterói/RJ: Impetus, 2012, p. 552.)



Fonte: www.br.pinterest.com

Apesar da expressividade populacional do povo Guarani, sem esses dados, não se pode analisar a afetação da eficiência alocativa das demais políticas públicas subsidiadas pela verba pública desviada para essa finalidade judicialmente fixada.

Além disso, sem citar a fonte dos estudos para checar o financiamento da pesquisa, eventuais números cabalísticos mencionados sem lastro probatório mais concreto não permitem chegar a uma conclusão sobre o impacto na sustentabilidade do sistema previdenciário²⁸, em que pese esse ter sido um fator

decisivo para o destino das ações coletivas, inclusive subsídio do agravo de instrumento da ação em comento.

Em razão disso, o argumento do impacto orçamentário também merece ser descartado enquanto não ocorram estudos e cálculos sérios com a mensuração atuarial da verba pública afetada, isto é, sem esses dados, remanesce apenas retórica consequencialista e não efetiva preocupação com os efeitos colaterais da medida judicial.

5 Pahapê (considerações finais)

Em desfecho, o artigo apresentou o caso a ser estudado, os limites desta pesquisa e, em seguida, os possíveis impactos de uma decisão judicial pela improcedência e pela procedência, em exercício de percepção intuitiva e também pelos argumentos consequencialistas levantados nos autos da ação selecionada.

Com efeito, foi apresentada uma tentativa de conscientizar o público acerca do uso retórico do “consequenciachismo” nas ações coletivas previdenciárias de concessão do salário-maternidade às indígenas menores de 16 (dezesseis) anos, principalmente num contexto de assimetria informacional do juízo com a realidade tal como posta.

da Seguridade Social previsto pela Constituição de 1988 em seu art. 195, que abrange receitas variadas. Após fazer uma análise financeira da Seguridade Social no período de 1990 a 2005, a pesquisadora afirma que, em alguns anos, houve superávit operacional no fluxo de caixa da Previdência Social – como exemplo, a autora cita o ano de 2006, com superávit de R\$ 1,2 bilhões – e que, caso se considere a Seguridade Social como um todo, o excedente seria ainda maior”. (GENTIL, Denise Lobato. *A política fiscal e a falsa crise da seguridade social brasileira: análise financeira do período 1990–2005*. Tese (Doutorado em Economia) – Instituto de Economia, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006 *apud* ARAÚJO, Fabíola Souza. *Mulheres indígenas e salário-maternidade: a colonialidade das decisões judiciais*. Brasília: UNB, 2016, p. 79.)

28 “Denise Gentil (2006) defende que se considere o orçamento da Seguridade Social de forma separada do orçamento da União, afirmando que, dessa maneira, não haveria que se falar em *déficit* orçamentário. Justifica seu argumento tendo em vista o múltiplo financiamento

A partir disso, considerados os limites da capacidade epistêmica do juízo para conhecer os impactos de determinados cursos de ação, foram levantadas hipóteses de efeitos com o escopo de aferir se houve, de fato, a mensuração objetiva de dados pelos sujeitos envolvidos na lide.

As idealizações mínimas²⁹ não podem reduzir complexidades em caixas estereotipadas com vistas a passar a “realidade” como universal, atemporal e simples. Por isso, convém ter cautela para não incorrer em superficialidade analítica na mobilização de categorias causais para “construir realidades” de forma equivocada.

Por fim, sem pretensão de esmiuçar os detalhes jurídicos ou fáticos dos casos citados, ou mesmo fixar (des)vantagens técnicas de uma solução específica, o texto trouxe ao debate como o Judiciário faz uso de argumentos consequentialistas.

Entre eles: “proteção à diversidade”, “saúde pública”, “impacto orçamentário”, “alteração no comportamento reprodutivo das comunidades indígenas”, “incentivo ao trabalho infantil e à gravidez precoce” e outras transversalidades de políticas públicas.

Pyru’a ma mba’eajy he’y, nhame’en
direito

Gravidez não é doença. Tem que dar
direito

Tiago, 29 anos³⁰

29 Esse fenômeno também é conhecido como essencialismo estratégico. (SPIVAK, Gayatri C. *Interview with Angela McRobbie*. Block, 1985, p. 5-9.)

30 Autoria e tradução de palestrante do Curso de Formação Inicial da Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região, Tiago Karai, 29 anos. Informou que a palavra “direito” não tem tradução na língua Guarani, motivo pelo qual se usa o termo na grafia portuguesa.

Kuatiá nhe'e (referências)

ARAÚJO, Fabíola Souza. *Mulheres indígenas e salário-maternidade: a colonialidade das decisões judiciais*. Brasília: UNB, 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília/DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. *Decreto nº 3.048*, de 6 de maio de 1999. Aprova o regulamento da previdência social, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 01 fev. 2020.

BRASIL. *Lei nº 8.213*, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 01 fev. 2020.

BRASIL. *ACP nº 5009160-45.2018.4.03.6100*, 2ª Vara Previdenciária Federal de São Paulo, Juíza Federal Márcia Hoffmann do Amaral e Silva Turri, j. 21/08/2019.

CASTRO, Giovana Dörr. *Do salário-maternidade concedido às indígenas: um estudo de caso sobre os Kaingang*. Porto Alegre: UFRS, 2014.

HOFFMANN, Márcia. *Um toque de solidariedade*. São Paulo: Lumen Juris, 2019.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. Niterói/RJ: Impetus, 2012.

KRENAK, Ailton. *Ideias para adiar o fim do mundo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

LOPEZ, Gloria Margarita Alcaraz. *A fecundidade entre os Guarani: um legado de Kunhankarai*. 2000. 219f. Tese (Doutorado em Ciências da Saúde) – Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz, Ministério da Saúde, Rio de Janeiro, 2000.

MACHADO, Almiros Martins. Nhande Nhe'e Rupia'e (Por nossas próprias palavras). In: CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; OLIVEIRA, Assis da Costa (Orgs.). *Lei do índio ou lei do branco - quem decide? Sistemas jurídicos indígenas e intervenções estatais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MENDES, Conrado Hübner. Jurisprudência impressionista. *Revista Época*, 14 set. 2018. Disponível em: <https://epoca.globo.com/conrado-hubner-mendes/jurisprudencia-impressionista-23066592>. Acesso em: 12 jan. 2020.

SILVA, Rosimeire Ribeiro da. *Mulheres Guarani e Kaiowá encarceradas no sul de Mato Grosso do Sul: violência territorial, violência de gênero, alcoolismo e a negligência estatal*. Dourados: UFGD, 2016.

SPIVAK, Gayatri C. *Interview with Angela McRobbie*. Block, 1985.

Comércio eletrônico: guia do Conselho Nacional de Combate à Pirataria sobre boas práticas e orientações

Luís Rodolfo Cruz e Creuz



Advogado e Consultor. Sócio de Cruz & Creuz Advogados. Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2019). Certificate Program in Advanced Topics in Business Strategy University of La Verne – Califórnia (2018). Mestre em Relações Internacionais pelo Programa Santiago Dantas, do convênio das Universidades UNESP/UNICAMP/PUC-SP (2010). Mestre em Direito e Integração da América Latina pelo PROLAM - Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina da Universidade de São Paulo (2010). Pós-graduado em Direito Societário - LLM pelo INSPER São Paulo (2005). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Autor de várias obras.

RESUMO: O presente estudo visa avaliar de forma pormenorizada o “Guia: boas práticas e orientações às plataformas de comércio eletrônico”, elaborado pelo Conselho Nacional de Combate à Pirataria e aos Delitos contra a Propriedade Intelectual, publicado no dia 23 de abril de 2020, o qual tem como objetivo implantar medidas repressivas e preventivas no combate à venda de produtos piratas, contrabandeados ou que violem a propriedade intelectual. Para tanto, o escopo deste trabalho concerne à avaliação de todos os pontos considerados no Guia, buscando apresentá-los de maneira sistematizada aos usuários.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade intelectual. Pirataria. *E-commerce*. Guia de boas práticas e orientações. CNCP.

ABSTRACT : This study aims to evaluate in more detail the Good Practices Guide and Guidelines for Electronic Commerce Platforms published by the Nacional Anti-Piracy Council and Intellectual Property Offenses, published on April 23th, 2020, which has with the objective of implementing repressive and preventive measures in order to fights against piracy and counterfeiting sales, that violate intellectual property . The objective was to evaluate all points considered in the Guide, seeking to present a systematic form to users.

KEYWORDS: Intellectual property. Counterfeiting. E-commerce. Good practice guide and guidelines. CNCP.

SUMÁRIO: 1 Apresentação. 2 O Guia de boas práticas e orientações às plataformas de comércio eletrônico. 3 Comentários finais. Referências.

1 Apresentação

O Conselho Nacional de Combate à Pirataria e aos Delitos contra a Propriedade Intelectual¹ (CNCI) publicou, no dia 23 de abril de 2020, o “Guia: boas práticas e orientações às plataformas de comércio eletrônico”, com o objetivo de implantar medidas repressivas e preventivas no combate à venda de produtos piratas, contrabandeados ou que violem a propriedade intelectual.

O documento decorre do reconhecimento da aceleração da maior utilização do comércio *on-line*. Não necessariamente significando queda brusca em comércio físico (em contraste – *off-line*). Isso porque o próprio Guia reconhece que:

A aceleração da transformação digital promoveu um rápido crescimento do comércio eletrônico ou *e-commerce* (aqui usados como sinônimos). Estudos da Organização para Cooperação e Desenvolvimento apontam que o comércio eletrônico pode diminuir os preços e expandir a variedade de produtos disponíveis para consumo, e que as pesquisas demonstram mais que a metade de indivíduos de países membros da OCDE efetuaram compras online em 2018.²

Ou seja, o crescimento deve ser verificado em todas suas variáveis (*on e off-line*).

A popularização do acesso à *internet* trouxe consigo o surgimento, o rápido crescimento e a expansão do comércio *on-line*. Impulsionada, ainda mais, com a forte propagação das mídias sociais, a forma de comunicação e venda *on-line* ganhou o mercado consumidor. Desse modo, num curto espaço de tempo, o avanço tecnológico impactou fortemente o modo como os consumidores adquirem ou utilizam produtos e serviços.

A amplitude e o alcance da venda hoje são globais, com oferta e a venda “em poucos cliques”, de uma diversidade cada vez maior de produtos. Fornecedores alcançam diretamente consumidores, ou tais vendas podem ocorrer (e cada vez mais assim ocorrem), através de grandes portais ou *marketplaces* (grandes centros varejistas virtuais).

Ao consumidor, por um lado, apresenta-se um cenário mais cômodo, com facilidade de acesso a informações e até mesmo comparações, encurtando a distância entre fornecedores e consumidores (e isso causa potencial diminuição de preços e custos aos envolvidos).

Por outro lado, no ambiente *on-line*, o consumidor está exposto (ainda mais se não for experiente ou com mínimos conhecimentos técnicos) a uma ampla gama de riscos de fraudes e ilícitos, inclusa a oferta de produtos

¹ “O Conselho Nacional de Combate à Pirataria e aos Delitos contra a Propriedade Intelectual (CNCI), órgão consultivo integrante do Ministério da Justiça e Segurança Pública, foi criado em 2004 e atualmente é regido pelo Decreto 9.875, de 27 de junho de 2019. Dentre suas atribuições, pode-se elencar o estudo e proposição de medidas e ações destinadas ao enfrentamento da pirataria, contrabando, à sonegação fiscal dela decorrentes e aos delitos contra a propriedade intelectual, o estímulo, auxílio e fomento do treinamento de agentes públicos envolvidos em operações e processamento de informações relativas aos delitos contra propriedade intelectual e, ainda, a proposição de mecanismos de combate à entrada de produtos e serviços pirata ou contrabandeados, realização de levantamentos estatísticos, possibilidade de sugerir fiscalizações e fomentar campanhas educativas e acompanhar o trabalho realizado pelas diversas agências e órgãos que atuam nesta seara. Atualmente, o CNCI é vinculado à Secretaria Nacional do Consumidor.” *Guia: boas práticas e orientações às plataformas de comércio eletrônico para a implementação de medidas de combate à venda de produtos piratas, contrabandeados ou, de qualquer modo, em violação à propriedade intelectual*. Brasília/DF: SENACON; CNCI; MJSP, abr. 2020, p. 1. Disponível em: <https://www.novo.justica.gov.br/news/conselho-nacional-de-combate-a-pirataria-lanca-guia-de-boas-praticas-e-orientacoes-as-plataformas-de-comercio-eletronico/guia.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2020.

² *Ibidem*, p. 1.

ilegais, ainda que esteja trafegando em *web-sites* conhecidos.

No tocante a produtos, na maior parte das vezes, são comercializados como se legais fossem. E a cadeia de intermediários, em grande parte os referidos grandes portais ou *marketplaces*, acaba não tomando todas as medidas de verificação de direitos, titularidade, legalidade e até de qualidade (ou até se isentam de tal tarefa), colocando em risco o mercado consumidor e expondo-o a riscos das mais distintas naturezas.

Assim, esta expansão do comércio vem associada ao crescimento de problemas e ataques à propriedade intelectual. Segundo dados destacados pelo Guia:

O comércio eletrônico também é amplamente utilizado para compra e venda de bens falsificados ou contrabandeados. Também de acordo com a OCDE, o comércio de bens piratas tem aumentado nos últimos anos, e hoje representa 3,3% do comércio global. O comércio eletrônico não é uma exceção a essa tendência mundial. Diante disso, o Ministério da Justiça e Segurança Pública - MJSP, tornou o combate ao comércio ilegal (contrabando, pirataria e contrafação) uma pauta prioritária, tendo firmado em 2019, por intermédio do CNCP, Memorando de Entendimento com a Organização Mundial da Propriedade Intelectual-OMPI a fim de criar lista de sítios eletrônicos que praticam comércio ilegal³.

Afinal, tanto o comércio ilegal de produtos e bens falsificados ou contrabandeados deve ser combativo, pois o seu crescimento é de fato muito preocupante.

Nos termos da Nota Técnica nº 610/2019/CCSS/- CGCTSA/DPDC/SENACON/MJ⁴, o comércio internacional de produtos fal-

sificados e pirateados é extremamente valioso aos criminosos, citando dados da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), “podendo chegar à US\$ 461 bilhões de dólares, o que representa até 2,5% do comércio mundial.”. Em sua “vertente” nacional, em 2018, “o Brasil perdeu, aproximadamente, R\$155,5 bilhões de reais como resultado do comércio de produtos piratas e ilegais” e “58 mil postos de trabalho por causa da pirataria”, segundo dados do Fórum Nacional Contra a Pirataria e a Ilegalidade.

A correta orientação aos consumidores é importante, seja porque a proteção ao consumidor é preceito constitucional, elevado a direito indisponível, seja porque possui tutela individual e coletiva própria, nos termos do Código de Defesa do Consumidor⁵.

Nesse sentido, empreendedores que atuam por meio de plataformas de comércio eletrônico – independentemente de sua natureza ou porte – devem respeito ao mercado consumidor, o que inclui a oferta de produtos que respeitem os direitos básicos do consumidor (art. 6º do CDC⁶).

NACON/MJ. Dispõe acerca de produtos proibidos e produtos piratas que geram risco à vida, saúde e segurança dos consumidores e sobre a atuação da Secretaria Nacional do Consumidor no âmbito do consumo seguro e demais providências. Disponível em: <https://www.novo.justica.gov.br/news/senacon-questiona-sites-sobre-politica-para-evitar-anuncio-e-venda-de-produtos-falsificados/NTPirataria.pdf>. Acesso em: 03 maio 2020.

- 5 Lei nº 8.078/1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 03 maio 2020.
- 6 Lei nº 8.078/1990. “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem

3 *Ibidem*, p. 1.

4 Nota Técnica nº 610/2019/CCSS/CGCTSA/DPDC/SE-

E mais, os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas (art. 18 do CDC⁷).

Nessa esteira, são considerados impróprios ao uso e consumo, dentre outros, produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas

como sobre os riscos que apresentem; IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados; VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; IX - (Vetado); X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.” *Ibidem*.

- 7 Lei nº 8.078/1990. “Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.” *Ibidem*.

regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação (art. 18, § 6º, do CDC⁸).

2 O Guia de boas práticas e orientações às plataformas de comércio eletrônico

E a isto o Guia se destina – apresentar boas práticas e orientações às plataformas de comércio eletrônico para evitar a venda de produtos ilegais, especialmente aqueles oriundos de pirataria, contrabando ou, que de alguma forma, violem a propriedade intelectual de terceiros.

No tocante à propriedade intelectual, a missiva considera como grupo de direitos de propriedade intelectual o conjunto envolvendo “a marca, a patente ou desenho industrial, depositado ou registrado, ou direitos autorais, nos termos da lei brasileira aplicável, associados a produtos, bens e serviços abrangidos por este Guia”⁹.

O Guia reconhece ser do titular dos direitos de propriedade intelectual a principal responsabilidade pela sua proteção, mas estabelece princípios de orientação às plataformas de comércio eletrônico, as quais

- 8 Lei nº 8.078/1990. “Art. 18. [...] § 6º. São impróprios ao uso e consumo: I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos; II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação; III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.” *Ibidem*.

- 9 *Guia*: boas práticas e orientações às plataformas de comércio eletrônico para a implementação de medidas de combate à venda de produtos piratas, contrabandeados ou, de qualquer modo, em violação à propriedade intelectual. Brasília/DF: SENACON; CNCP; MJSP, abr. 2020, p. 6. Disponível em: <https://www.novo.justica.gov.br/news/conselho-nacional-de-combate-a-pirataria-lanca-guia-de-boas-praticas-e-orientacoes-as-plataformas-de-comercio-eletronico/guia.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2020.

devem zelar por um ambiente de negócios livre de produtos ilícitos e seguro para os consumidores¹⁰. Cita Nota Técnica nº 610/2019/CCSS/CGCTSA/DPDC/SENACON/MJ, que consignou o seguinte:

[...] resta claro que produtos ilegais e falsificados, à luz do Código de Defesa do Consumidor e da própria Constituição Federal, são proibidos de serem comercializados, inclusive em plataformas de comércio eletrônico, sem prejuízo de possível responsabilidade imposta pelo CDC seja pela ausência de registro adequado de vendedores que não permitam consumidores identificá-los, seja pela ausência de informação sobre esses vendedores ou mesmo sobre os limites de responsabilidade da plataforma pelos atos de terceiros [...], as plataformas de comércio eletrônico não podem se furtar da responsabilidade de comercializarem estes tipos de produtos, alegando impossibilidade de retirada dos anúncios em respeito à liberdade de expressão, pois disso não se trata, mas sim do exercício da liberdade econômica, que com ele não se confunde¹¹.

Vale lembrar, que o Marco Civil da *Internet*¹² já estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da *internet* no Brasil. E tal corpo normativo fixa direitos e

obrigações no uso da *internet* no país, garantida a liberdade de expressão; bem como o reconhecimento da escala mundial da rede; os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais; a pluralidade e a diversidade; a abertura e a colaboração; a finalidade social da rede e a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor¹³. Ou seja, o Marco Civil alça a defesa do consumidor como uma de suas premissas, juntamente com a livre iniciativa e a livre concorrência.

A mesma norma prevê em seu artigo 7º que o acesso à *internet* é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados diversos direitos, dentre eles, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela *internet*, salvo por ordem judicial, na forma da lei; e a aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na *internet*¹⁴.

¹⁰ *Ibidem*, p. 2.

¹¹ Nota Técnica nº 610/2019/CCSS/CGCTSA/DPDC/SENACON/MJ. Dispõe acerca de produtos proibidos e produtos piratas que geram risco à vida, saúde e segurança dos consumidores e sobre a atuação da Secretaria Nacional do Consumidor no âmbito do consumo seguro e demais providências. Disponível em: <https://www.novo.justica.gov.br/news/senacon-questiona-sites-sobre-politica-para-evitar-anuncio-e-venda-de-produtos-falsificados/NTPirataria.pdf>. Acesso em: 03 maio 2020.

¹² Lei nº 12.965/2014. Marco Civil da *Internet*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da *Internet* no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 05 maio 2020.

¹³ Lei nº 12.965/2014. “Art. 2º A disciplina do uso da *internet* no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como: I - o reconhecimento da escala mundial da rede; II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais; III - a pluralidade e a diversidade; IV - a abertura e a colaboração; V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e VI - a finalidade social da rede”. *Ibidem*.

¹⁴ Lei nº 12.965/2014. “Art. 7º O acesso à *internet* é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela *internet*, salvo por ordem judicial, na forma da lei; III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial; IV - não suspensão da conexão à *internet*, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização; V - manutenção da qualidade contratada da conexão à *internet*; VI - informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime



CONSELHO NACIONAL DE COMBATE À PIRATARIA
E DELITOS CONTRA A PROPRIEDADE INTELECTUAL - CNCP

Fonte: www.justica.gov.br

O Guia, em seu aspecto prático, ao lado de medidas preventivas e recomendações a serem adotadas pelas plataformas de comércio eletrônico e pelos titulares de direitos, “estabelece e incentiva a adoção de procedimentos de notificação, medidas preventivas e proativas, de caráter prático, simples, eficaz e eficiente, facilmente acessíveis aos titulares de direitos e aos consumidores por meio ele-

de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de *internet*, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade; VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de *internet*, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei; VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que: a) justifiquem sua coleta; b) não sejam vedadas pela legislação; e c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de *internet*; IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais; X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de *internet*, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei; XI - publicidade e clareza de eventuais políticas de uso dos provedores de conexão à *internet* e de aplicações de *internet*; XII - acessibilidade, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, nos termos da lei; e XIII - aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na *internet*”. *Ibidem*.

trônico, que possam abarcar várias ofertas do mesmo vendedor infrator”¹⁵. Regula, também, procedimentos de notificação e medidas preventivas, sistema de denúncia, publicidade e cooperação no compartilhamento de informações, e políticas das plataformas de comércio eletrônico relacionadas aos infratores reincidentes, dentre outras.

Desse modo, no que tange à venda de produtos ilícitos e ilegais (pirataria, contrafação, contrabando, entre outros), a premissa consiste no consenso de que:

[...] é prejudicial a todos, na medida em que: (i) os consumidores correm o risco de comprar produtos de baixa qualidade ou possivelmente perigosos; (ii) os valores da marca, a reputação e os interesses econômicos dos detentores de direitos de propriedade intelectual são comprometidos pela venda de versões falsificadas de seus produtos originais; e (iii) a reputação das Plataformas de Comércio Eletrônico fica comprometida, assim como seu esforço em serem consideradas locais seguros para compra de produtos originais¹⁶.

Com efeito, a adesão ao Guia representa acordo de boa-fé entre os signatários e aderentes, a fim de enfrentar a venda de produtos ilícitos e ilegais pela *internet*, sendo uma demonstração justa e honesta de suas intenções¹⁷. É reconhecido que, apesar da principal responsabilidade pela proteção dos

15 *Guia*: boas práticas e orientações às plataformas de comércio eletrônico para a implementação de medidas de combate à venda de produtos piratas, contrabandeados ou, de qualquer modo, em violação à propriedade intelectual. Brasília/DF: SENACON; CNCP; MJSP, abr. 2020, p. 3. Disponível em: <https://www.novo.justica.gov.br/news/conselho-nacional-de-combate-a-pirataria-lanca-guia-de-boas-praticas-e-orientacoes-as-plataformas-de-comercio-eletronico/guia.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2020.

16 *Ibidem*, p. 5.

17 *Ibidem*, p. 6.

direitos de propriedade intelectual ser atribuída aos seus titulares é também fundamental que as plataformas de comércio eletrônico e *marketplaces* zelem por um ambiente digital seguro para tráfego dos consumidores, deixando de veicular ofertas de produtos ilegais. Reconhece-se, outrossim, que o Governo Federal deve adotar medidas de repressão fronteiriça, aduaneira, criminal, fiscal e de proteção ao consumidor¹⁸.

O Guia considera os denominados procedimentos de notificação como indispensáveis no combate à venda pela *internet* de produtos que infrinjam direitos de propriedade intelectual e, portanto, sejam ilegais, bem como aponta que “representam a medida mais eficaz para o combate efetivo à pirataria e delitos afins, além de garantir a segurança dos consumidores em ambientes digitais”¹⁹.

Outra possibilidade – que sempre existiu – é a de notificação das plataformas de comércio eletrônico e *marketplaces* pelos titulares de direitos para informar e denunciar eventuais vendedores com indícios razoáveis de envolvimento na venda de produtos ilegais²⁰.

Por sua vez, as plataformas de comércio eletrônico e *marketplaces* aderentes ao Guia assumem o compromisso de criar e fornecer ao público em geral um canal específico para procedimentos de notificação, o qual deve ser eficaz e eficiente, crível e realmente funcione como um sistema de denúncia, acessível por meio eletrônico. O texto destaca que precisa ser “compreensível por uma pessoa não especializada em tecnologia” para que o titular do direito de propriedade intelectual ou o consumidor possam fazer real e efetivo uso²¹.

Em seu aspecto prático, o sistema de denúncia, visando maximizar a oportunidade,

deve estar limitado às informações necessárias, tais como: (i) identificação clara do vendedor; (ii) identificação clara da suposta oferta em violação a direito de propriedade intelectual de titular de direitos; (iii) indicação da URL da oferta na *internet*, (iv) apontamento, alegação e justificativa clara sobre as razões para considerar a oferta em questão como um produto ilegal; (v) outras informações ou campos que podem ser aplicadas ou fundamentar a denúncia, sempre prezando pela celeridade e facilidade de uso dos instrumentos disponibilizados²².

Aos titulares de direitos de propriedade intelectual, o Guia fixa expressa orientação para que façam uso dos meios oferecidos pelas plataformas de comércio eletrônico e *marketplaces*, especialmente os procedimentos de notificação, para a defesa e proteção dos direitos de propriedade intelectual.

Assim, os titulares de direitos deverão usar os procedimentos de notificação oferecidos para manifestar a violação aos seus direitos de propriedade intelectual em ofertas de produtos e/ou serviços, cabendo a eles, ainda, notificar as plataformas de comércio eletrônico e *marketplaces* de forma clara, específica e inteligível acerca dos fatos, localização (URL), apontando todas as informações necessárias para que se possa constatar a violação na oferta na *internet*.

Importante ressalva é feita pelo Guia ao ponderar que os titulares de direitos deverão cooperar para minimizar possíveis consequências de notificações inverídicas ou equivocadas. Inclusive, na forma da legislação civil, e diante da boa-fé exortada pelo documento, arcarão com “eventuais prejuízos, custos ou sanções decorrentes” de tais notificações²³. Noutros termos, incumbe aos titulares de direitos serem cautelosos, precisos e estarem fortemente munidos de documentação comprobatória para fazer uso dos procedimentos de notificação.

18 Lembrando que o Guia estabelece princípios de orientação a todos, inclusive aos próprios titulares de Direitos de Propriedade Intelectual. *Ibidem*, p. 8.

19 *Ibidem*, p. 8.

20 *Ibidem*, p. 8.

21 *Ibidem*, p. 9.

22 *Ibidem*, p. 9.

23 *Ibidem*, p. 9.

Existe, ainda, a referência de que as plataformas de comércio eletrônico e *marketplaces* aderentes ao Guia se obrigam a desenvolver e manter procedimentos de notificação que viabilizem e atendam aos objetivos propostos no documento, com menção expressa de que devem se abster de externalizar todo o risco do negócio ou os custos de monitoramento de venda de produtos ilegais e ilícitos, seja para os consumidores, para os titulares de direitos de propriedade intelectual ou para o Governo Federal. A indicação é clara de que, também diante da boa-fé exortada pelo documento, as plataformas de comércio eletrônico e *marketplaces* não podem “repassar” o custo ao mercado ou ao Governo²⁴.

Além disso, o Guia inclui outras recomendações às plataformas de comércio eletrônico e *marketplaces*, nomeadamente²⁵:

(i) tratar as notificações através do canal de procedimentos de notificação (ou outra forma) de maneira eficiente, e no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas, visando garantir que as comunicações corretas e fundamentadas possam resultar rápida remoção da oferta violadora de direitos de propriedade intelectual e de direitos do consumidor;

(ii) exigir do titular de direitos que forneça informações de qualidade, verídicas e fundamentadas, sob pena de eventual responsabilização civil por retirada de oferta legítima;

(iii) devem, em suas políticas de uso e de repressão e prevenção à venda de produtos ilegais e ilícitos, conter dispositivos que tratem da detecção e rejeição de abusos nas alegações de infrações de direitos de propriedade intelectual que venham a constituir atos contra o ambiente de competitividade das empresas, mas que, ao mesmo tempo, garantam a imediata exclusão e eventual responsabilização dos vendedores de produtos ilegais e ilícitos;

(iv) em caso de dúvida, ou caso não possuam as informações necessárias para identificar a oferta notificada, poderão solicitar informações adicionais à parte notificadora (titular de direitos, consumidor ou terceiros interessados), buscando a identificação clara, específica e inequívoca do conteúdo tido como infringente às normas de proteção aos direitos de propriedade intelectual, devendo a solicitação sempre ser feitas de boa-fé e não somente para acarretar um atraso injustificado ou indevido na retirada de ofertas notificadas.

As plataformas de comércio eletrônico e *marketplaces*, assim como os titulares de direitos que aderirem ao Guia, devem assumir o compromisso de, reciprocamente, fornecer *feedbacks* um ao outro sobre os procedimentos de notificação. Ao CNCP serão encaminhados os dados sobre a efetividade do tratamento das denúncias e da política de uso e de repressão e prevenção à venda de produtos ilegais e ilícitos adotada, sempre respeitado o sigilo comercial e dados concorrenciais. Mas não resta claro se a obrigação seria apenas das plataformas de comércio eletrônico e *marketplaces*, ou também dos titulares de direitos. Ademais, serão informados, também, os vendedores na hipótese de uma oferta sua ser retirada do ar²⁶.

Outrossim, o Guia determina uma série de medidas preventivas que os titulares de direito se comprometem a adotar, tidas como comercialmente razoáveis e disponíveis. Segundo o documento, as medidas envolvem²⁷:

(i) combater efetivamente a falsificação, pirataria e contrabando na fonte, inclusive nos pontos de fabricação e distribuição inicial e a fabricação e distribuição de qualquer forma de produtos ilegais e ilícitos;

(ii) monitorar as ofertas nos *sites* das plataformas de comércio eletrônico e *marketplaces* com o objetivo de identificar produtos ilegais

²⁴ *Ibidem*, p. 9.

²⁵ *Ibidem*, p. 10.

²⁶ *Ibidem*, p. 10.

²⁷ *Ibidem*, p. 10-11.

e ilícitos e iniciar os procedimentos de notificação;

(iii) fornecer e atualizar informações para plataformas de comércio eletrônico e *marketplaces*, priorizando produtos específicos que apresentem problema substancial e generalizado de falsificação, incluindo aqueles que nunca foram desenvolvidos pelos titulares de direitos de propriedade intelectual, e sim pelos contrafactores para atrair consumidores;

(iv) fornecer às plataformas de comércio eletrônico e *marketplaces*, recorrentemente e não apenas mediante solicitação, informações úteis para identificação de produtos ilegais e ilícitos, tais como, mas não apenas, lista de palavras-chave comumente usadas para vendas irregulares, preços e características dos produtos originais para ajudá-las com suas medidas preventivas;

(v) cooperar na detecção de infratores reincidentes, especialmente, mas não se limitando àqueles que vendem grandes volumes de produtos ilegais e ilícitos perigosos ou pré-lançamento; e

(vi) fornecer informações às plataformas de comércio eletrônico e *marketplaces* e ao CNCP sobre os vendedores que acreditem ser infratores reincidentes, e fornecer avaliações (*feedback*) às plataformas e ao CNCP sobre a eficácia das políticas adotadas contra os infratores reincidentes.

Por outro lado, o Guia determina também medidas preventivas que as plataformas de comércio eletrônico e *marketplaces* se comprometem a adotar, tidas como comercialmente razoáveis e disponíveis, as quais incluem²⁸:

(i) estabelecer diretrizes para os procedimentos de notificação mediante controle eficiente do cadastro de seus usuários vendedores e, por conseguinte, da inserção das ofertas;

(ii) realizar cadastro de usuário vendedor condicionado ao lançamento e validação de CPF e CNPJ correto e completo, bem como à existência de conta bancária, carteiras digitais ou quaisquer outros meios de pagamento associados a estes registros ou qualquer outro registro que garanta a identificação do vendedor;

(iii) exigir dos vendedores a apresentação de documentos fiscais relativos às obrigações acessórias aplicáveis às operações de venda de produtos, bens e serviços, podendo, em caso de não apresentação de tais documentos ou da constatação de irregularidades não sanadas, promover o desligamento do vendedor;

(iv) envidar seus melhores esforços para adotar medidas comercialmente razoáveis e disponíveis, para identificar e/ou impedir proativamente a venda de produtos ilegais e ilícitos, independentemente de denúncias específicas dos titulares de direitos ou dos consumidores, objetivando a retirada célere ou impedimento para as postagens de ofertas irregulares, que infringam as políticas de uso da plataforma de comércio eletrônico e *marketplace*;

(v) adotar, publicar e aplicar políticas de adequação do Guia, que devem ser claramente comunicadas e indicadas em seus sítios eletrônicos, refletidas nos acordos existentes com os seus vendedores credenciados, pela aceitação dos “termos de uso” e da “política de privacidade” e “política de repressão e prevenção à venda de produtos ilegais e ilícitos”;

(vi) fornecer aos consumidores os meios adequados para identificarem e relatarem as ofertas de produtos ilegais e ilícitos antes ou após a compra, podendo o *website* consumidor.gov.br ser usado como canal de denúncia;

(vii) cooperar na detecção de infratores reincidentes, especialmente, mas não se limitando àqueles que vendem grandes volumes de produtos ilegais, ilícitos, perigosos ou pré-lançamento;

²⁸ *Ibidem*, p. 11-12.

(viii) implementar e aplicar políticas dissuasivas de reincidência, que devem ser aplicadas de maneira rígida e objetiva, incluindo a suspensão (temporária ou permanente) ou restrição aos vendedores e o compartilhamento da informação com o CNCP, respeitado o sigilo comercial e as informações concorrenciais;

(ix) estabelecer em suas políticas a consideração de fatores como a gravidade da violação, o número de violações, a intenção do infrator e o registro de notificações e avaliações (*feedback*) recebido pelos titulares de direitos de propriedade intelectual, do Governo ou dos consumidores; e

(x) impedir recadastro de vendedores suspensos permanentemente.

Por sua vez, o Guia determina que o Poder Público envidará seus melhores esforços para²⁹:

(i) criar programas de educação e conscientização da população quanto aos males decorrentes da venda de produtos ilegais e ilícitos à economia e à saúde;

(ii) adotar as medidas necessárias de coordenação de ações de inteligência entre órgãos de todas as esferas da administração pública;

(iii) adotar as medidas necessárias para a promoção de ações coordenadas de repressão em todo o território nacional;

(iv) apoiar os entes federados que demonstrem ter mais dificuldades em fazer frente à venda de produtos ilegais e ilícitos;

(v) auxiliar, através de seus órgãos de controle e fiscalização, na identificação e combate à venda de produtos ilegais e ilícitos;

(vi) regulamentar os requisitos fiscais e consumeristas para as plataformas de comércio eletrônico e *marketplace*;

(vii) tomar medidas legais contra vendedores de produtos ilegais e ilícitos; e

(viii) monitorar e acompanhar a execução do Guia, o que poderá ser substituído pela criação de órgão de autorregulação análogo ao existente no mercado publicitário (CONAR).



Fonte: www.rawpixel.com

O documento sugere, ainda, que, visando facilitar ações judiciais e investigações sobre a venda de produtos ilegais e ilícitos, as plataformas de comércio eletrônico e *marketplace* devem se comprometer a, quando solicitado e desde que com prazo razoável, informar ou compartilhar com o CNCP a identidade e os detalhes de contato dos supostos infratores e seus nomes de usuário, podendo ser criada a partir daí, pelo CNCP, uma lista de sítios eletrônicos ou vendedores dedicados à venda de produtos ilegais e ilícitos a ser banida da *internet*³⁰.

A todos os aderentes é ressaltada a importância de apoiar o trabalho do Poder Público e das autoridades competentes na luta contra a entrada de produtos ilegais e ilícitos em território nacional, bem como sua venda na *internet*. Para este fim, é destacada a importância do controle de aduanas e fronteiras, sendo que as plataformas de comércio

29 *Ibidem*, p. 12-13.

30 *Ibidem*, p. 13.

eletrônico e *marketplace* bem como os titulares de direitos de propriedade intelectual aderentes devem se comprometer a cooperar e fornecer apoio, dentro de suas políticas de *compliance* e conforme regras de integridade pública, às autoridades, oferecendo e apresentando informações relevantes que ajudem na identificação dos responsáveis pela venda de produtos ilegais e ilícitos³¹.

3 Comentários finais

O Guia entrou em vigor na data de sua aprovação pelo colegiado do CNCP, com vigência fixada em 2 (dois) anos, e poderá ser revisado de boa-fé a qualquer tempo em razão de fatos supervenientes à sua divulgação, ou ainda em decorrência de novos acontecimentos, fatos e eventos que venham a interferir no *e-commerce* e/ou nos serviços prestados pelas plataformas de comércio eletrônico e *marketplace*³².

Segundo a já citada Nota Técnica nº 610/2019/CCSS/CGCTSA/DPDC/SENACON/MJ, “o combate ao comércio ilícito de produtos falsificados é uma realidade desafiadora no atual cenário econômico mundial globalizado e impulsionado pela inovação e pela constante evolução tecnológica”³³.

Consoante a apresentação do próprio Guia, trata-se de uma proposta de autorregulação do comércio eletrônico, que teve sua gênese em discussões e análises durante o ano de 2019 e início de 2020, no âmbito da co-

missão especial de *e-commerce*, em reuniões do CNCP, alcançando uma versão oferecida à consulta pública, que precedeu ao documento final publicado. Inclusive, apontam que, futuramente, o Guia poderá ensejar um selo de integridade a ser conferido pelo CNCP³⁴.

E exatamente por ser proposta de autorregulação, o Guia não prevê sanções ou penalidades. Sua natureza é orientativa e de suporte à estrutura legal existente, e, portanto, de *soft law*³⁵, e neste sentido, indutor e incentivador de comportamentos e ações. Visa auxiliar a construção de um ambiente de negócios digital saudável, competitivo e

34 Guia: boas práticas e orientações às plataformas de comércio eletrônico para a implementação de medidas de combate à venda de produtos piratas, contrabandeados ou, de qualquer modo, em violação à propriedade intelectual. Brasília/DF: SENACON; CNCP; MJSP, abr. 2020, p. 1-2. Disponível em: <https://www.novo.justica.gov.br/news/conselho-nacional-de-combate-a-pirataria-lanca-guia-de-boas-praticas-e-orientacoes-as-plataformas-de-comercio-eletronico/guia.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2020.

35 *Soft law* não é um termo sobre o qual exista consenso a respeito da sua definição – cuja origem atribui-se ao direito internacional. Contudo, predominantemente, é uma norma social, afastando-se do conceito de norma legal. Em grande parte das vezes, o termo se refere a qualquer documento escrito, que contenha princípios, regras, normas, padrões, orientações, diretivas e outras declarações do comportamento esperado daqueles a que diga respeito. São declarações, códigos de conduta, diretrizes e outras promulgações de órgãos políticos de entidades, empresas, ou até mesmo órgãos do poder público, diretrizes de instituições, resoluções e declarações, que não estão vestidas de formato de Lei, mas que assumem um peso normativo significativo. Segundo disposto no próprio Guia: “A aplicação do Guia não é juridicamente vinculante e não cria quaisquer obrigações contratuais ou pré-contratuais de caráter legal (*‘hard law’*). Nada no Guia pode ser interpretado como criação de qualquer responsabilidade, direito, renúncia a qualquer direito ou obrigação para quaisquer partes ou como liberação de quaisquer partes de suas obrigações legais, devendo, contudo, nortear o relacionamento entre o poder público, as plataformas de comércio eletrônico e os titulares de direito, fulcro na boa-fé”. *Ibidem*, p. 5.

31 *Ibidem*, p. 14.

32 *Ibidem*, p. 14.

33 Nota Técnica nº 610/2019/CCSS/CGCTSA/DPDC/SENACON/MJ. Dispõe acerca de produtos proibidos e produtos piratas que geram risco à vida, saúde e segurança dos consumidores e sobre a atuação da Secretaria Nacional do Consumidor no âmbito do consumo seguro e demais providências. Disponível em: <https://www.novo.justica.gov.br/news/senacon-questiona-sites-sobre-politica-para-evitar-anuncio-e-venda-de-produtos-falsificados/NTPirataria.pdf>. Acesso em: 03 maio 2020.

livre de produtos ilegais (piratas, contrabandeados, nocivos ao consumidor), baseado na boa-fé e na autorregulação, nos termos da legislação brasileira vigente, especialmente o Marco Civil da *Internet* e as regras e normas relacionadas à propriedade intelectual.

Desse modo, representa uma proposta de práticas e condutas a serem adotadas por todos os atores inseridos na cadeia digital de consumo, que deve ser festejada, esperando-se a adesão de empresas, associações, entidades de classe, associações setoriais, empreendedores, com a devida atenção e divulgação ao mercado consumidor. Todos voltados para o entendimento de que a venda de produtos ilegais é prejudicial à sociedade, na medida em que expõe consumidores ao risco de compra de produtos de baixa qualidade ou possivelmente perigosos, além do risco reputacional a que as plataformas de comércio eletrônico e *marketplaces* são expostos, juntamente com o risco de prejuízo aos valores e reputação da marca e dos interesses empresariais e econômicos dos detentores de direitos de propriedade intelectual³⁶.

Todos unidos para e na conscientização da importância de atuação social contra a venda de produtos ilegais (piratas, contrafeitos, contrabandeados) pela *internet*.

³⁶ *Ibidem*, p. 2.

Referências

BRASIL. *Guia*: boas práticas e orientações às plataformas de comércio eletrônico para a implementação de medidas de combate à venda de produtos piratas, contrabandeados ou, de qualquer modo, em violação à propriedade intelectual. Brasília/DF: Secretaria Nacional do Consumidor; CNCP; MJSP, abr. 2020. Disponível em: <https://www.novo.justica.gov.br/news/conselho-nacional-de-combate-a-pirataria-lanca-guia-de-boas-praticas-e-orientacoes-as-plataformas-de-comercio-eletronico/guia.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2020.

BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 03 maio 2020.

BRASIL. *Lei nº 12.965*, de 23 de abril de 2014. Marco Civil da *Internet*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da *Internet* no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 05 maio 2020.

BRASIL. *Nota Técnica nº 610/2019/CCSS/CGCTSA/DPDC/SENACON/MJ*. Processo nº 08012.003622/2019-81. Dispõe acerca de produtos proibidos e produtos piratas que geram risco à vida, saúde e segurança dos consumidores e sobre a atuação da Secretaria Nacional do Consumidor no âmbito do consumo seguro e demais providências. Disponível em: <https://www.novo.justica.gov.br/news/senacon-questiona-sites-sobre-politica-para-evitar-anuncio-e-venda-de-produtos-falsificados/NTPirataria.pdf>. Acesso em: 03 maio 2020.



Jurisprudência

Direito Administrativo



APELAÇÃO CÍVEL

0019805-79.2002.4.03.6100

Apelantes: DANILO MARQUES TEIXEIRA PINTO, RENATO FERREIRA DA SILVA JUNIOR, HELENO ALEXANDRE LUCIO, MARCOS ANTONIO HUNGRIA DE MORAES, PAULO ROBERTO SILVEIRA PUPO

Apelada: UNIÃO FEDERAL

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/07/2020

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE AGENTE E ESCRITÃO DA POLÍCIA FEDERAL. EDITAL N.º 45/2001. EXIGÊNCIA DE EXAME PSICOTÉCNICO. ADMISSIBILIDADE. PREVISÃO LEGAL. AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS NO EDITAL. OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE, MORALIDADE E IMPESSOALIDADE. TESTE DE ZULLIGER NÃO APROVADO NO CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. REPROVAÇÃO DE CANDIDATOS INDEVIDA. APELAÇÃO PROVIDA.

- No caso concreto, os apelantes pretendem assegurar seu direito ao prosseguimento no concurso para provimento de cargos de escrivão e agente da Polícia Federal, edital n.º 45/2001, independentemente do resultado dos exames psicotécnicos realizados, os quais reputam como ilegais.

- Os diplomas legais aplicáveis ao concurso público para provimento de vagas no cargo de Policial Rodoviário Federal foram devidamente informados no edital: a Lei n.º 8.112/90, a Lei n.º 9.266/96 e o Decreto n.º 2.320/87.

- Por outro lado, a avaliação psicotécnica deve ser realizada mediante a aplicação de critérios objetivos, sob pena de violação dos princípios administrativos previstos na Constituição Federal.

- Todavia, não obstante estejam detalhados os objetivos da avaliação psicológica no edital, não foram definidos critérios objetivos para a realização das avaliações, de modo que o teste possibilitou a inserção de grau de subjetividade não permitido na realização do concurso público.

- Ademais, no caso específico do concurso em comento, foi utilizado como critério o Teste de Zulliger, o qual não foi aprovado em avaliação do Conselho Federal de Psicologia em suas duas vertentes, Freitas e Vaz, ensejando sua aplicação pena de ofensa ao Código de Ética Profissional do Psicólogo. Precedente desta Corte em caso idêntico (ApelRemNec 0012648-40.2002.4.03.6105, Rel. Des. Fed. Mairan Maia, TRF3 – Sexta Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/06/2010 PÁGINA: 450.)

- Portanto, os apelantes têm direito à declaração de nulidade dos exames psicotécnicos, tais como realizados. Todavia, há que se considerar a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral (tema 1009): “No caso de declaração de nulidade de exame psicotécnico previsto em lei e em edital, é indispensável a realização de nova avaliação, com critérios objetivos, para prosseguimento no certame” (RE 1.133.146 RG/DF, Ministro Luiz Fux, Pleno, DJe 26/09/2018).

- Desta forma, a r. sentença deve ser reformada para garantir aos autores que repitam os exames psicotécnicos, a serem realizados com critérios objetivos e previamente divulgados e, caso aprovados, prossigam na análise dos demais critérios e etapas do certame.
- Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar provimento à apelação, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaram os Des. Fed. MARCELO SARAIVA e ANDRÉ NABARRETE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de ação ordinária em que se requer a nulidade do ato de reprovação dos autores no exame psicotécnico, do concurso para provimento de cargos de escrivão e agente da Polícia Federal (Edital n.º 45/2001), assegurando-lhes o direito de prosseguir no certame.

A r. sentença julgou improcedente a ação e condenou os autores ao pagamento da verba honorária, fixada em 10% sobre o valor da causa.

Nas razões de apelação, os autores sustentam a ilegalidade da eliminação no certame pela utilização de critérios subjetivos para realização do exame psicotécnico. Requer a reforma da r. sentença.

Não houve apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

VOTO

De início, esclareço que o Código de Processo Civil de 1973 será o diploma processual aplicável ao deslinde da controvérsia, pois a r. sentença foi publicada na vigência do código revogado.

No caso concreto, os apelantes pretendem assegurar seu direito ao prosseguimento no concurso para provimento de cargos de escrivão e agente da Polícia Federal, edital n.º 45/2001, independentemente do resultado dos exames psicotécnicos realizados, os quais reputam como ilegais.

A Súmula n.º 686, do Supremo Tribunal Federal, dispõe:

“Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público”.

Assim, há necessidade de previsão legal para exigir-se a realização de exame psicotécnico para a habilitação em cargo público.

Os diplomas legais aplicáveis ao concurso público para provimento de vagas no cargo de Policial Rodoviário Federal foram devidamente informados no edital: a Lei n.º 8.112/90, a Lei n.º 9.266/96 e o Decreto n.º 2.320/87.

Por sua vez, o artigo 8.º, inciso III, do Decreto n.º 2.320/87, dispõe:

“Art. 8.º. São requisitos para a matrícula em curso de formação profissional, apurados em processo seletivo, promovido pela Academia Nacional de Polícia:

(...)

III - possuir temperamento adequado ao exercício das atividades inerentes à categoria funcional a que concorrer, apurado em exame psicotécnico;”

Assim, há previsão legal de avaliação psicotécnica para os cargos em comento.

Por outro lado, a avaliação psicotécnica deve ser realizada mediante a aplicação de critérios objetivos, sob pena de violação dos princípios administrativos previstos na Constituição Federal.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC/1973. INEXISTENTE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 284 DA SÚMULA DO STF. PRETENSÃO DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ

I - Em relação à alegada violação ao art. 535, II, do CPC/73, verifica-se que o recorrente limitou-se a afirmar, em linhas gerais, que o acórdão recorrido incorreu em omissão ao deixar de se pronunciar acerca das questões apresentadas nos embargos de declaração, o fazendo de forma genérica, sem desenvolver argumentos para demonstrar especificamente a suposta mácula. Nesse panorama, a apresentação genérica de ofensa ao art. 535, II, do CPC/73 atrai o comando do enunciado sumular n. 284/STF, inviabilizando o conhecimento dessa parcela recursal.

II - A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a legalidade do exame psicotécnico em provas de concurso público está condicionada a observância de três pressupostos, quais sejam, previsão legal, objetividade dos critérios adotados no edital e possibilidade de revisão do resultado obtido pelo candidato.

III - Para alterar tal conclusão e considerar a adequação e legalidade do exame psicológico previamente realizado, seria necessária a incursão no acervo fático-probatório dos autos, o que é vedado no âmbito estreito do recurso especial. Incide na hipótese o enunciado da Súmula n. 7/STJ.

IV - A jurisprudência desta Corte já se firmou no sentido de que a anulação do teste psicotécnico não elide o candidato da submissão e aprovação em novo exame, a ser aplicado em conformidade com as normas pertinentes, a partir de critérios de avaliação objetivos, resguardada a publicidade a ele inerente.

V - O fato do recorrido já ter sido nomeado e empossado, não o exime do cumprimento da etapa pendente, consistente na submissão ao exame psicotécnico, conforme previsto em edital. Isso porque, a nomeação e posse se deu de forma precária, em decorrência de decisão liminar, a qual ainda necessita ser confirmada para sua consolidação.

VI - A permanência no cargo de forma definitiva está a depender do resultado final da referida avaliação psicológica, i.e., em sendo ao final recomendado, deverá permanecer no cargo, caso contrário restará eliminado do certame, caindo por terra a anterior nomeação e posse em caráter precário.

VII - Agravo interno improvido”.

(AINTARESP - AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 1152408 2017.02.02570-3, FRANCISCO FALCÃO, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:27/08/2018 ..DTPB – o destaque não é original.)

No caso concreto, não foram previstos critérios objetivos de avaliação para o exame psicotécnico pelo edital do concurso ora em discussão.

A respeito da avaliação psicológica, o edital em questão:

“5.19 DA AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA

5.19.1 A avaliação psicológica terá caráter unicamente eliminatório, e o candidato será considerado recomendado ou não-recomendado.

5.19.2 A avaliação psicológica consistirá na aplicação e na avaliação de baterias de testes projetivos, de inventário de personalidade, de aptidão e de nível mental, visando a aferir se o candidato possui temperamento adequado ao exercício das atividades inerentes à categoria funcional de cada concurso, inclusive para portar arma de fogo.

5.19.3 A avaliação psicológica consistirá em exames para os concursos de Delegado de Polícia Federal, de Perito Criminal Federal, de Escrivão de Polícia Federal e de Agente de Polícia Federal. Todavia, serão levados em consideração, para a correção das planilhas de avaliação, as atribuições do concurso concorrido e a profissiografia específica de cada concurso.

5.19.4 Será considerado recomendado o candidato que se adequar à profissiografia da categoria funcional traçada para cada concurso pelo Setor de Psicologia da Divisão de Recrutamento e Seleção da Academia Nacional de Polícia.

5.19.5 Será considerado não -recomendado o candidato que demonstrar inadequação à profissiografia da categoria funcional traçada pelo Setor de Psicologia da Divisão de Recrutamento e Seleção da Academia Nacional de Polícia.

5.19.6 Será eliminado do(s) concurso(s) público(s) o candidato considerado não -recomendado na avaliação psicológica.

5.19.7 Demais informações a respeito da avaliação psicológica constarão de edital específico de convocação para esta fase.” (ID 107319022 - Pág. 36)

Assim, não obstante estejam detalhados os objetivos da avaliação psicológica no edital, não foram definidos critérios objetivos para a realização das avaliações, de modo que o teste possibilitou a inserção de grau de subjetividade não permitido na realização do concurso público.

Neste sentido, a jurisprudência:

“ADMINISTRATIVO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. EXAME PSICOTÉCNICO. SUBJETIVIDADE. NÃO-CABIMENTO. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE NOVO EXAME.

1. É cediço que o exame psicotécnico deve ser aplicado nos concursos públicos em geral, sempre que houver lei prevendo sua exigência. Entretanto, tal avaliação deverá pautar-se pela objetividade de seus critérios, sob pena de ofensa aos princípios da isonomia, da impessoalidade, da ampla defesa e do contraditório, máxime porque o candidato reprovado certamente encontrará sérios obstáculos à formulação de eventual recurso, diante da obscuridade e da falta de transparência nos motivos que levaram a sua reprovação. Precedentes: AgRg no Ag 1.297.273/DF (Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 13.10.2010); AgRg no Ag 995.147/DF (Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe 04.08.2008); RMS 15.676/SC (Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quinta Turma, DJ 22.03.2004).

2. Contudo, o juízo *a quo* permitiu que o candidato inabilitado no exame fosse nomeado e

empossado no cargo de policial rodoviário federal, sem a necessidade de nova avaliação psicológica, o que representa medida igualmente atentatória à isonomia no certame, tendo em vista que todos os demais candidatos tiveram que se sujeitar à aludida avaliação.

3. Dessa forma, tendo em vista os fins almejados com o instituto do exame psicotécnico e os princípios da legalidade, da isonomia e da proporcionalidade, representaria odioso privilégio autorizar o provimento em cargo público pelo recorrido, sem que seja exigida a participação do candidato em todas as etapas exigidas por lei.

4. Assim, mais razoável mostra-se exigir da Administração Pública a realização de novo exame psicotécnico, desta vez em obediência aos critérios de cientificidade e objetividade nos critérios de avaliação e possibilidade de revisão do resultado obtido pelo candidato. Precedentes: AgRg no RMS 25.093/MS (Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 18.10.2010); AgRg no Ag 1.291.819/DF (Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 21.06.2010); RMS 19.339/PB (Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 15.12.2009).

5. Recurso especial conhecido em parte e provido em parte.”

(RESP 201100848862- RESP - RECURSO ESPECIAL - 1250864 Relator(a)CASTRO MEIRA-STJ-SEGUNDA TURMA-DJE DATA:01/07/2011)

“CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL. EXAME PSICOTÉCNICO. AUSÊNCIA CRITÉRIOS PREESTABELECIDOS PARA A APROVAÇÃO. AUSÊNCIA DE REGRAS SOB AS QUAIS OS EXAMES SERIAM REALIZADOS. ILEGALIDADE. NULIDADE. PARTICIPAÇÃO NAS DEMAIS ETAPAS DO CONCURSO. APROVAÇÃO. PERMANÊNCIA NO CARGO. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Os autores embora considerados inaptos no exame psicotécnico, realizaram as demais etapas do concurso, por força de decisão judicial, nas quais restaram aprovados.

2. O artigo 3º, da Lei nº 9.654/98, dispõe que ‘ingresso nos cargos de carreira de que trate esta Lei dar-se à mediante aprovação em concurso público, constituído de duas fases, ambas eliminatórias e classificatórias, sendo a primeira de exame psicotécnico e de provas e títulos e a segunda constituída de curso de Formação’.

3. O Edital do Concurso, em momento algum, trata dos critérios estabelecidos para a aprovação no exame psicotécnico, nem das regras sob as quais os exames seriam realizados, de modo que tal procedimento acarreta um grau de subjetividade inaceitável na realização do concurso público, que deve ser pautado nos princípios da legalidade, da motivação e da moralidade.

4. O estabelecimento de critérios para a realização do exame após este ter sido realizado não retira a ilegalidade do ato, pois ele deve estar baseado em critérios previamente elaborados e inseridos no ordenamento jurídico.

5. Os exames psicotécnicos utilizados em concurso público para a avaliação do candidato são legais se: (i) tiver previsão legal; e (ii) tiver critérios objetivos de avaliação, previamente divulgados pelo edital do concurso. Precedentes.

6. A falta de divulgação dos critérios da avaliação psicológica no edital do concurso público acarreta, inexoravelmente, a anulação do teste psicotécnico, ocasionando a sua reaplicação. Precedentes.

7. Impõe-se reconhecer a ilegalidade do exame psicotécnico elaborado no concurso em foco para provimento de cargos de policial rodoviário federal, e tendo em vista que os autores passaram em todas as outras etapas do concurso, a sua nomeação ao cargo.

8. Apelação provida para determinar a nomeação dos autores, a posse e lotação no cargo de Policial Rodoviário Federal no Estado de Mato Grosso do Sul.”

(ApCiv 0007025-24.1999.4.03.6000, DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/05/2017)

Ademais, no caso específico do concurso em comento, foi utilizado como critério o *Teste de Zulliger*, o qual não foi aprovado em avaliação do Conselho Federal de Psicologia em suas

duas vertentes, Freitas e Vaz, ensejando sua aplicação pena de ofensa ao Código de Ética Profissional do Psicólogo.

Em idêntico sentido, o precedente desta Corte referente ao edital do concurso em discussão:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EXAME PSICOTÉCNICO. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE. TESTE NÃO APROVADO NO CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. REPROVAÇÃO DE CANDIDATO INDEVIDA.

1. A submissão de candidatos a testes psicológicos, no intuito de aferir o enquadramento ao perfil profissiográfico da categoria funcional é legítima, por ter a Administração liberdade para estabelecer critérios que reputa necessários para o ingresso na função pública, não cabendo ao Judiciário invadir a esfera de discricionariedade relativa ao exercício da função administrativa, salvo se a pretensão consistir na correção de ato administrativo ilegal ou ilegítimo.

2. Reprovação no exame psicotécnico de candidato ao cargo de agente da polícia federal, instituído no Edital nº 45/2001, com base no Teste de Zulliger.

3. O Teste de Zulliger não foi aprovado em avaliação do Conselho Federal de Psicologia em suas duas vertentes, Freitas e Vaz, ensejando sua aplicação pena de ofensa ao Código de Ética Profissional do Psicólogo.

4. Indevida a reprovação de candidato com base em teste não aprovado pelo Conselho Federal de Psicologia.”

(ApelRemNec 0012648-40.2002.4.03.6105, DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/06/2010 PÁGINA: 450.)

No caso concreto, portanto, os apelantes têm direito à declaração de nulidade dos exames psicotécnicos, tais como realizados.

Todavia, há que se considerar a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral (tema 1009):

“No caso de declaração de nulidade de exame psicotécnico previsto em lei e em edital, é indispensável a realização de nova avaliação, com critérios objetivos, para prosseguimento no certame” (RE 1.133.146 RG/DF, Ministro Luiz Fux, Pleno, DJe 26/09/2018).

Desta forma, a r. sentença deve ser reformada para garantir aos autores que repitam os exames psicotécnicos, a serem realizados com critérios objetivos e previamente divulgados e, caso aprovados, prossigam na análise dos demais critérios e etapas do certame.

Por fim, em face da inversão do resultado da lide e considerando o valor da causa (R\$ 12.100,00 em setembro de 2002 – ID 107319022 – pág. 14), bem como a matéria discutida nos autos, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido ao seu serviço, condeno a apelada no pagamento de verba honorária arbitrada em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, devidamente atualizados, conforme a regra prevista no § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil/1973.

Por estes fundamentos, dou provimento à apelação, nos termos da fundamentação.

É o meu voto.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL

0004281-27.2011.4.03.6100

Apelantes: MARIA SYLVIA CASTRO DE VASCONCELOS, FERNANDO PORTO DE VASCONCELLOS, GOL LINHAS AÉREAS S.A

Apeladas: GOL LINHAS AÉREAS INTELIGENTES S.A., MAPFRE SEGUROS GERAIS S.A., EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA-ESTRUTURA AEROPORTUÁRIA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/07/2020

EMENTA

APELAÇÃO CIVIL. DANO MORAL. ACIDENTE NO DESLOCAMENTO DE PASSAGEIRO DA AERONAVE PARA O TERMINAL DE PASSAGEIROS. PASSAGEIRO COM MOBILIDADE REDUZIDA. DANO, EVENTO DANOSO E NEXO DE CAUSALIDADE. COMPROVADOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA ADMINISTRADORA DO AEROPORTO E DA EMPRESA AÉREA. DEMONSTRADA. DEVER DE INDENIZAR. CONFIGURADO. APELAÇÃO DOS AUTORES NÃO PROVIDA. APELAÇÃO DA VRG, PARCIALMENTE PROVIDA.

1. Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade, pelo acidente descrito na inicial, envolvendo o deslocamento de passageiro com mobilidade reduzida, ocorrido em 11/12/2010, no trecho entre aeronave/terminal de passageiros, nas dependências do Aeroporto de Congonhas/SP, deve ser atribuída às rés, ensejando o dever de indenizar por danos morais.

2. De plano há que se reconhecer que o dano e o fato danoso efetivamente ocorreram e são incontroversos.

3. Ainda que do Laudo Pericial não conste a conclusão de que o óbito tenha se dado em razão do acidente, é evidente que o fato teve consequência médicas avassaladoras para quem possuía um quadro clínico/médico já bastante complexo. Como dito, e isso fica bastante claro diante do conjunto probatório constante dos autos, com tantos agravamentos provocados pelo acidente, ainda que não se possa tê-lo com causa direta é, sem sombra de dúvidas, o maior responsável pelo desfecho do quadro clínico/médico do autor, que o levou a óbito, o que comprova o nexo de causalidade entre o dano e o evento danoso. Portanto, considerando o conjunto probatório acostado aos autos, fica inequivocamente comprovado, incontroverso e incontestado o dano ocorrido, o evento danoso e a relação de causalidade entre eles.

4. É possível concluir, com absoluta clareza, que a responsabilidade pela movimentação segura das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, entre as aeronaves e o terminal de passageiros, é das empresas aéreas ou dos operadores de aeronaves (art. 20 *caput* da NOAC).

5. A celebração dos contratos, acordos, ou outros instrumentos jurídicos de que cuida o § 2º do art. 20 da NOAC, não excluem ou transferem a responsabilidade da contratante. A empresa aérea ou o operador de aeronaves não transfere para o contratado essa responsabilidade. O documento pode sim garantir o direito de regresso, mas não exime a contratante de sua responsabilidade estabelecida em lei, o que descarta a hipótese de culpa exclusiva de terceiro.

6. A norma exige que as administrações aeroportuárias, as empresas aéreas, os operadores de aeronaves, os seus prepostos e as empresas de serviços auxiliares adotem todas as medidas necessárias para garantir a integridade física das pessoas que necessitam de assistência especial, no aeroporto de destino e em qualquer outra etapa da viagem não prevista pela própria norma (art. 11, incisos IX e X, da NOAC).

7. A funcionária da VRG, diante do fato de que, naquele momento, representava a empresa aérea, não estava ali cumprindo o papel de acompanhante, mas sim de preposto daquela que tinha a obrigação de designar funcionário altamente treinado (art. 34 da NOAC) para garantir a segurança do passageiro em seu deslocamento da aeronave, até o terminal de passageiros e deveria estar qualificada, sim, para opinar sobre as condições de segurança do deslocamento do passageiro com mobilidade reduzida, como determina o art. 33 e 34 da NOAC, até porque, na condição de preposta da contratante, poderia ter exigido o efetivo cumprimento das cláusulas contratuais de segurança, por parte do preposto da contratada. Além disso, acompanhante é aquele que o passageiro requer que, na hipótese dos autos, era a esposa do Sr. Fernando, como regulamentam os arts. 47 e 48 da norma e não a funcionária da empresa aérea que, repiso, ali estava na condição de preposto.

8. Comprovado e devidamente demonstrado nos autos, o dano, o evento danoso, o nexo de causalidade entre eles e a conduta das rés, resta configurada, portanto, a responsabilidade solidária da VRG Linhas Aéreas S/A. e da INFRAERO, ensejando o dever de indenizar por danos.

9. Nega-se provimento à apelação dos autores e dá-se parcial provimento à apelação da VRG, para reformar a r. sentença, apenas e tão somente, no que se refere à lei de regência para fins de sucumbência, devendo ser aplicado o disposto no Código de Processo Civil de 2015, em face do tempo em que foi prolatada a r. sentença, no mais, mantida a r. sentença, por seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, realizado nos moldes do artigo 942 do Código de Processo Civil, a Sexta Turma, por maioria, negou provimento à apelação dos autores e dou parcial provimento à apelação da VRG, para reformar a r. sentença, apenas e tão somente, no que se refere à lei de regência para fins de sucumbência, devendo ser aplicado o disposto no Código de Processo Civil de 2015, em face do tempo em que foi prolatada a r. sentença, nos termos do voto da então Relatora, Desembargadora Federal Diva Malerbi, acompanhada pelos votos dos Desembargadores Federais Consuelo Yoshida e Fábio Prieto e da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Johonsom Di Salvo, que dava parcial provimento ao apelo dos autores para aumentar o valor da indenização e parcial provimento ao recurso da VGR apenas e tão somente para declarar aplicável o NCPC. Lavrará o acórdão o Desembargador Federal Souza Ribeiro, sucessor da Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de apelação interposta por MARIA SYLVIA CASTRO DE VASCONCELOS e OUTRO e pela VRG LINHAS AÉREAS S/A., em face da r. sentença de parcial procedência proferida nesta ação de indenização por dano, promovida por MARIA SYLVIA CASTRO DE VASCONCELLOS e FERNANDO PORTO DE VASCONCELLOS, contra as rés, pessoas jurídicas, EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA-ESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - INFRAERO e a GOL LINHAS AÉREAS INTELIGENTES S/A.

A petição inicial, distribuída à 2ª Vara Cível Federal de São Paulo/SP (fls. 02/23) veiculou, em suma, o seguinte: que em 11/12/2010, os autores se deslocavam de Brasília para São Paulo em voo da GOL; ressalta que o autor Fernando possui mobilidade reduzida, e em razão do embarque para o voo ter sido direcionado para área remota, foi solicitado o veículo ambulift, de propriedade da INFRAERO; relata que os autores foram embarcados no veículo e acompanhados até a aeronave por funcionária da GOL; afirma que não havia cintos de segurança para prender a cadeira e que não foram postas as presilhas para travar a cadeira de rodas, sendo utilizados apenas os freios da própria cadeira; ressalta que a cadeira utilizada era a de propriedade do autor; afirma que durante o deslocamento, em face de uma freada brusca, a cadeira de rodas com autor Fernando tombou, lançando-o ao chão, assim como a funcionária da GOL que o acompanhava, haja vista que não existe alça ou suporte para o funcionário se segurar dentro do veículo; alega que ao cair o autor Fernando bateu a cabeça no chão, tendo sangramento pelo nariz e pela boca, com perda dos sentidos; aduz que a equipe médica de plantão no aeroporto de Congonhas efetuou os primeiros socorros e, em seguida, foi removido para o Hospital Santa Paula, dando entrada no nosocômio em estado de coma e com instabilidade hemodinâmica, quadro que se mantinha até o ajuizamento da ação, 23/03/2011; relata que o autor Fernando foi submetido, desde então, a diversos procedimentos cirúrgicos, alguns de urgência; informa que o autor permanece na UTI, o que modificou completamente a rotina da autora Maria Sylvia e de toda a família, haja vista que ela não possui atividade remunerada que lhe garanta aposentadoria; ressalta que o autor é aposentado pelo INSS e recebe R\$545,00, sendo que a INFRAERO vem arcando com todas as suas despesas hospitalares; informa que foi instaurado, pela Polícia Federal, o Inquérito Policial nº 0107/2010; alega que a INFRAERO, para apurar o ocorrido, instaurou a Sindicância nº 023/SEDE/2010; e afirma que ainda não recebeu a indenização do Seguro obrigatório RETA.

Ao final os autores requerem a condenação das rés no dever de indenizar por danos morais e a concessão da tutela antecipada no que se refere ao custeio do tratamento médico/hospitalar do autor.

Indeferida a antecipação de tutela. Interposto agravo de instrumento pela parte autora. Negado provimento ao agravo de instrumento às fls. 977/979.

Contestação da GOL às fls. 308/331, com denúncia da lide da ALLIANZ SEGUROS S/A., indeferida à fl. 631 e contestação da INFRAERO às fls. 364/400, com denúncia da lide da MAPFRE VERA CRUZ SEGURADORA S/A., deferida à fl. 622. Réplica às fls. 444/459. Contestação da MAPFRE às fls. 554/595. Réplica às fls. 625/629.

Aberta a oportunidade para a especificação de provas a produzir (fl. 461). Os autores requereram a produção de prova pericial (fls. 463/464). A INFRAERO requereu a produção da prova testemunhal e documental (fl. 465) e perícia médica às fls. 632/633. A GOL requereu a produção de prova testemunhal e documental às fls. 634/635. A MAPFRE requereu a

produção de prova documental e perícia médica (fls. 641/642). Deferida a produção da prova pericial médica à fl. 643. Quesitos dos autores às fls. 645/650, da MAPFRE às fls. 686/690, da INFRAER às fls. 691/693.

Laudo médico expedido pelo Hospital SARAHBrasília, responsável pelo tratamento do autor às fls. 699/701, complementado às fls. 720/787v. Manifestação da GOL às fls. 709/710 e fls. 807/808, da MAPFRE às fls. 711/712 e 804/805 e da INFRAERO à fl. 806.

Comunicado o óbito do autor Fernando Porto de Vasconcellos à fl. 816. Regularização do polo ativo determinada à fl. 819.

Deferida a retificação no polo passivo da ação para que onde constava GOL Linhas Aéreas inteligentes S/A, passasse a constar: VRG LINHAS AÉREAS S/A (fl. 829).

Portaria do MPF às fls. 865/865v. Resposta da GOL e da VRG às fls. 866/869 e da ANAC às fls. 870/873.

Laudo Médico Pericial, produzido em juízo, juntado às fls. 876/895. Manifestação da parte autora às fls. 897/899, da VRG às fls. 901/904, da INFRAERO às fls. 906/909 e da MAPFRE às fls. 910/915, com a manifestação de seu assistente técnico às fls. 916/927.

Alegações finais dos autores às fls. 980/983, da INFRAERO às fls. 986/998, da VRG às fls. 999/1011, da MAPFRE às fls. 1012/1042.

Sobreveio a r. sentença (fls. 1057/1065v) que julgou parcialmente procedente o pedido inicial, na forma do dispositivo abaixo transcrito, em seus trechos essenciais:

[...]

Inicialmente, cumpre analisar a preliminar de ilegitimidade passiva em relação à pretensão dos Autores de recebimento do valor relativo ao seguro obrigatório RETA, pela VGR.

O Seguro RETA é um seguro obrigatório. Toda aeronave, independentemente de sua operação ou utilização, deve possuir cobertura desse seguro de responsabilidade civil (RETA), correspondente a sua categoria de registro. A contratação do seguro RETA é obrigatória para todo o explorador (proprietário ou arrendatário) conforme previsto na Lei 7565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica) e no apêndice B do RBHA 47, nos limites estabelecidos no comunicado DECAT 001/95 de 23 de janeiro de 1995 do IRB - Instituto de Resseguro do Brasil, bem como pela Resolução nº 37, de 07 de agosto de 2008.

[...]

Desta feita, entendo que a RÉ VGR linhas Aéreas S.A é parte ilegítima para a pretensão relativa á exigibilidade do pagamento do valor relativo ao seguro, haja vista que a lei exige a contratação e o pagamento do valor estipulado para a contratação do seguro. O sinistrado deve obter o pagamento do valor do prêmio diretamente com a seguradora contratada pela companhia aérea.

[...]

Verifica-se, portanto, que é responsabilidade da empresa aérea a segurança do passageiro com necessidades especiais também após o desembarque, até a chegada ao terminal.

Ainda, a companhia aérea responde objetivamente pelos danos causados a terceiros.

[...]

Não restam dúvidas, portanto, acerca da responsabilidade da VGR Linhas Aéreas.

Acrescente-se que, ainda que não houvesse a responsabilidade legal e contratual de transportar os passageiros de forma segura e entrega-los em seu destino intactos, restou caracterizada, também, a conduta culposa da funcionária da empresa que acompanhou o Autor, uma vez que não determinou fossem adotados procedimentos de segurança para o transporte do passageiro cadeirante.

[...]

De fato não resta qualquer dúvida sobre a responsabilidade da empresa aérea, tal como já decidido acima.

Entretanto, a responsabilidade da correio não exclui a da INFRAERO.

[...]

Ainda, acrescente-se o fato de o evento ter ocorrido em veículo de sua propriedade, conduzido por agente de seu corpo de funcionários.

O modo como os fatos se desenrolaram demonstram claramente que o agente da INFRAERO não tomou todos os cuidados relativos à segurança do passageiro cadeirante, o que caracteriza a culpa por imprudência e negligência, ao não prender a cadeira de rodas e ao realizar manobra brusca, ainda que para evitar a colisão.

[...]

Assim, a INFRAERO deve ser responsabilizada também subjetivamente, por culpa *in elegendo*.

[...]

Por fim, ambos os requeridos e a Mapfre alegam que as condições de saúde anteriores do Autor determinaram as consequências que se seguiram ao evento.

[...]

Verifica-se, assim, que as Rés argumentam, fundamentadas na doença preexistente do Autor, a inocorrência de nexo causal entre o acidente e o estado vegetativo que veio apresentar e, posteriormente, sua morte.

Analisando as provas trazidas aos autos e os argumentos das partes, conclui-se que houve o dano, o ato cometido pelas partes e o nexo causal.

A circunstância de o Autor ter doença preexistente ao acidente, que lhe diminuía a mobilidade e a capacidade de cognição, não elide o fato de que o mesmo estava acordado, voltando de viagem na qual fora realizar tratamento médico em Brasília e, após a queda o trauma decorrente da mesma, entrou em coma que evoluiu para estado vegetativo e, por fim, seu óbito.

Não há a possibilidade de afirmar-se com absoluta segurança se o falecimento do Autor decorreu do evento danoso. Entretanto, é possível, aí sim com certeza total, afirmar que o acidente causado pela negligência das Rés determinou seu estado de coma e vegetativo até a sua morte. Desta feita, é devida a indenização por danos morais, uma vez que presentes o dano, o nexo causal e a culpa.

[...]

Entendo existente, portanto, o dano, o nexo causal e a culpa, se apresentando esta na modalidade negligência (por parte dos representantes da Rés, que não tomaram as precauções necessárias para o transporte do Sr. Fernando), tudo isto sabendo-se que é dever das mesmas assegurar a segurança dos passageiros, ainda mais se tratando de pessoa com mobilidade reduzida.

[...]

Assim, entendo que encontra-se configurado o dano moral, resultante da angústia e do abalo psicológico, não havendo, portanto, qualquer dúvida a respeito do direito invocado, restando caracterizado o dano, o nexo causal e a culpa.

[...]

Desta forma, *julgo parcialmente procedente o pedido, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil e condeno a INFRAERO e a VGR Linhas Aéreas S.A. a pagar solidariamente, aos autores Sra. Maria Sylvia Castro de Vasconcellos e Sr. Fernando Porto de Vasconcelos - espólio, o valor de R\$ 250.000,00 (...) para cada autor, totalizando o montante de R\$ 500.000,00 (...) corrigido monetariamente desde a data do evento danoso e acrescido de juros de mora de 1% ao mês após o trânsito em julgado da sentença.*

Declaro extinto o feito sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI do Código de Processo Civil, em relação ao pedido de pagamento do seguro RETA.

Tendo em vista a ação ter sido proposta na vigência do Código de Processo Civil de 1973, cujas regras para fixação dos honorários advocatícios eram diferentes das atuais e, aplicando-se

o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, fixo honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação a ser pago pelas Rés ao advogado dos Autores e fixo honorários a ser pago pelos Autores aos advogados das Rés em R\$ 1.000,00 (um mil reais).

[...]

(os destaques são do original)

Interpostos embargos de declaração pela MAPFRE às fls. 1067/1070, pela INFRAERO às fls. 1071/1073, conhecidos e providos às fls. 1123/1123v.

Interposta apelação pelos autores que, em suas razões recursais de fls. 1074/1083, sustentam, em síntese, o seguinte: que no que tange à correção monetária e aos juros de mora devem ser observadas as Súmulas 362 e 54 do C. STJ e invoca o art. 398 do Código Civil; insurge-se contra o valor fixado a título de indenização por danos morais e cita a jurisprudência do C. STJ e requerem a sua majoração para, pelo menos, 600 salários mínimos.

Interposta apelação pela VRG que, em suas razões recursais de fls. 1101/1121 e 1126/1146, sustenta, em síntese, o seguinte: que a sua funcionária apenas acompanhou o Sr. Fernando, em sua própria cadeira de rodas, que quem acomodou a cadeira e conduziu o veículo foi o funcionário da INFRAERO; afirma que o veículo é parte da infraestrutura aeroportuária e que somente o funcionário da INFRAERO possuía conhecimento técnico específico para operar o equipamento; sustenta que a VRG responde apenas e tão somente pelo transporte aéreo do passageiro e nada mais; aduz que a INFRAERO é quem recebe o valor relativo à taxa de embarque como pagamento pelos seus serviços e invoca o art. 16 da Resolução ANAC Nº 09/2007; afirma que com base no § 2º do art. 20 da Resolução ANAC Nº 09/2007, contrata o serviço junto à INFRAERO; alega que a funcionária que foi disponibilizada para acompanhar o Sr. Fernando estava devidamente treinada e capacitada para exercer a função de acompanhante, com participação em cursos específicos, mas que não entrevistou e nem poderia na acomodação do passageiro no veículo, por entender que era obrigação da INFRAERO, que é contratada para isso; defende a tese de que o dano ocorrido não se relaciona com qualquer conduta ilícita da apelante, afastando, portanto, o nexo de causalidade; sustenta a hipótese de culpa exclusiva de terceiro, sob o fundamento de que a responsabilidade pela prestação daquele serviço de transporte é da INFRAERO; afirma que o inquérito policial concluiu pela responsabilidade penal do funcionário da INFRAERO, por lesão corporal culposa; insurge-se contra o valor fixado a título de indenização por danos morais e requer a sua minoração e invoca os arts. 884 e 944 do Código Civil; insurge-se, ainda, contra a sistemática adotada pela r. sentença para a fixação do termo inicial da correção monetária; e afirma que a sucumbência é regida pela lei vigente ao tempo de sua imposição, aduzindo que a r. sentença não observou a proporcionalidade ao fixar honorários e invoca a Súmula 306 do STJ e o art. 86 do CPC.

Interposto agravo de instrumento pelos autores às fls. 1150/1164. Contrarrazões da GOL e da VRG às fls. 1165/1174, da Infraero às fls. 1175/1182 e da MAPFRE às fls. 1186/1187. Negado Seguimento ao agravo às fls. 1193/1196v.

Contrarrazões de apelação dos autores às fls. 1200/1207, da VRG às fls. 1208/1219, da INFRAERO às fls. 1223/1233 e da MAPFRE às fls. 1234/1258.

Vieram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade, pelo acidente descrito na inicial, envolvendo o deslocamento de passageiro com mobilidade reduzida, ocorrido em 11/12/2010, no trecho entre aeronave/terminal de passageiros, nas dependências do aeroporto de Congonhas/SP, deve ser atribuída às rés, ensejando o dever de indenizar por danos morais.

De plano há que se reconhecer que o dano e o fato danoso efetivamente ocorreram e são incontroversos.

O autor, Fernando Porto de Vasconcellos, que tinha mobilidade reduzida e se locomovia com o auxílio de cadeira de rodas, em 11/12/2010, ao chegar no aeroporto de Congonhas/SP, em um voo da GOL Linhas Aéreas Inteligentes, procedente de Brasília/SF, estacionado na área remota, teve que ser transportado, da aeronave até o saguão do aeroporto, com o auxílio do veículo *ambulift*, e em razão de uma freada brusca a cadeira de rodas tombou e o Sr. Fernando caiu, batendo a cabeça no chão, acidente que provocou uma série de complicações, incluindo traumatismo crânio encefálico, conforme conta dos relatórios médicos juntados aos autos, bem relatados no Laudo Pericial Médico produzido em juízo e acostado às fls. 880/895.

O Sr. Fernando vinha sendo submetido a tratamento no Hospital Sarah Kubitschek, em Brasília/DF, com um quadro neurológico complexo, conforme se depreende dos relatórios e prontuários médicos de fls. 699/701 e 720/787v.

Nesse passo vale transcrever parte da conclusão a que chegou o perito judicial às fls. 888/889 do Laudo:

[...]

Segundo os dados contidos no prontuário médico do Hospital Santa Paulo, o periciando apresentou traumatismo crânio encefálico, com identificação de uma hemorragia subaracnóidea difusa, evoluindo com quadro de hipertensão intracraniana e consequente rebaixamento do nível de consciência, demandando a implantação de cateter de PIC para a monitorização da pressão intracraniana e intubação traqueal para ventilação mecânica. O periciando também apresentou hipotensão e choque (queda acentuada da pressão arterial), sendo iniciada droga vasoativa para melhora hemodinâmica.

Posteriormente, o periciando foi submetido à procedimento neurocirúrgico de colocação de derivação ventricular externa e drenagem de hematoma intracraniana em 27 de dezembro de 2010 e realização de traqueostomia para facilitar a ventilação e gastrostomia para alimentação enteral em 04 de janeiro de 2011, evoluindo em estado vegetativo.

Em 07 de maio de 2011 o periciando foi transferido do Hospital Israelita Albert Einstein, onde permaneceu internado até a ocasião de seu óbito, ocorrido em 19 de fevereiro de 2014. Faz-se importante ressaltar que previamente ao acidente ocorrido em 11 de dezembro de 2010, que inclusive ocorreu quando o periciando se encontrava sobre uma cadeira de rodas, o mesmo já era portador de sequelas neurológicas decorrentes de um acidente vascular cerebral (AVC) hemorrágico ocorrido em 05 de dezembro de 2006, com acometimento do tronco encefálico, especificamente da região pontinha à esquerda.

Por conta deste evento encefálico, o periciando manteve acompanhamento regular e tratamento especializado no Hospital Sarah Kubitschek a partir de março de 2007, com alta definitiva em 11 de dezembro de 2010, dia do acidente.

Segundo as informações médicas deste serviço, o periciando evoluiu com sequela motora e cognitiva, caracterizadas por hemiparesia à direita com dificuldade de locomoção, realizada em andador em pequenas distâncias (residência) e cadeira de rodas com assistência em dis-

tâncias maiores (quando saía de casa). Além disso, o periciando também evoluiu com prejuízo cognitivo, respondendo apenas a ordens simples, com desatenção, apatia e desorientação têmporo-espacial parcial.

Ao longo do tratamento realizado no Hospital Sarah Kubitschek, o periciando evoluiu de maneira oscilatória, apresentando um ganho funcional e intelectual inicial, porém com recaída já no período final de acompanhamento, quando as funções mentais superiores voltaram a se deteriorar. Portanto, pode-se concluir que o periciando já era portador de sequela neurológica com comprometimento da transferência corporal, demandando uso de cadeira de rodas e apresentava dano cognitivo significativo, com caracterização de incapacidade laborativa total e permanente e com dependência de terceiros para a realização das atividades de vida diária.

De fato, após o acidente o periciando apresentou piora do quadro neurológico, especialmente pelo rebaixamento do nível de consciência que o deixou inicialmente em coma e posteriormente em estado vegetativo, com pobre contato com o meio e com perda das capacidades básicas, como de respiração espontânea e alimentação independente, permanecendo hospitalizado desde o acidente ocorrido em 11 de dezembro de 2010 até seu óbito, ocorrido em 19 de fevereiro de 2014.

[...]

Ou seja, trata-se de uma pessoa com um quadro complexo, iniciado com um AVC em 05/12/2006; que vinha se tratando desde março/2007, no Hospital Sarah Kubitschek, reconhecido internacionalmente como referência em diversas enfermidades; recebe alta médica definitiva em 11/12/2010; retorna para São Paulo no mesmo dia e sofre o acidente descrito na inicial.

É imprescindível destacar que o autor, mesmo diante da gravidade de sua enfermidade, tinha capacidade de locomoção, por iniciativa própria, ainda que bastante reduzida, haja vista que, como relata o Laudo Pericial, ele se locomovia sozinho, por meio de andador e se alimentava, normalmente.

Após o acidente passou do coma ao estado vegetativo, permanecendo nessa condição por 3 (três) anos e 3 (três) meses, aproximadamente, até o seu óbito, ocorrido em 19/02/2014.

Ainda que do Laudo Pericial não conste a conclusão de que o óbito tenha se dado em razão do acidente, é evidente que o fato teve consequência médicas avassaladoras para quem possuía um quadro clínico/médico já bastante complexo. Como dito, e isso fica bastante claro diante do conjunto probatório constante dos autos, com tantos agravamentos provocados pelo acidente, ainda que não se possa tê-lo com causa direta é, sem sombra de dúvidas, o maior responsável pelo desfecho do quadro clínico/médico do autor, que o levou a óbito, o que comprova o nexo de causalidade entre o dano e o evento danoso.

Portanto, considerando o conjunto probatório acostado aos autos, fica inequivocamente comprovado, incontroverso e incontestado o dano ocorrido, o evento danoso e a relação de causalidade entre eles.

Dito isso, passo a análise da responsabilidade das rés no que se refere ao evento danoso.

As Leis nº 10.048 e 10.098, ambas de 2000, regulamentam a prioridade de atendimento às pessoas com algum tipo de deficiência e estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade dessas pessoas e das que possuem mobilidade reduzida.

Diante disso, foi editado o Decreto nº 5.296, de 2004, que regulamenta as leis acima mencionadas e trata especificamente da acessibilidade em relação aos usuários dos meios de transporte coletivo aéreo (art. 44), remetendo o detalhamento da norma às orientações que até então eram expedidas pelo Departamento de Aviação Civil do Comando da Aeronáutica e pelas normas técnicas de acessibilidade da ABNT.

No entanto, em 27 de setembro de 2005, foi editada a Lei nº 11.182, que criou a Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, autarquia federal, autoridade de aviação civil, com competência para regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária.

Diante dessa atribuição legal e no exercício de sua competência, a ANAC edita normas que regulamentam as atividades da aviação civil e dentre elas, foi expedida a Resolução ANAC 09/2007, que aprova a Norma Operacional de Aviação Civil - NOAC, que dispõe sobre o acesso ao transporte aéreo de passageiros que necessitam de assistência especial.

Peço vênica para transcrever parte da norma de referência para facilitar a apreciação da matéria:

[...]

Art. 1º Esta Norma Operacional de Aviação Civil - NOAC estabelece os procedimentos que assegurem aos passageiros com necessidade de assistência especial o acesso adequado ao transporte aéreo.

Art. 2º Para efeito desta NOAC considera-se:

I - administração aeroportuária: estrutura organizacional do aeroporto, responsável pela sua administração, operação, manutenção e exploração.

[...]

III - empresa aérea ou operador de aeronaves: empresa constituída que explora ou se propõe a explorar aeronaves para prestação dos serviços públicos de transporte aéreo regular ou não regular. IV - passageiros com necessidade de assistência especial: pessoas portadoras de deficiência, idosos com idade igual ou superior a sessenta (60) anos, gestantes, lactantes e pessoas acompanhadas por crianças de colo, crianças desacompanhadas e pessoas com mobilidade reduzida.

[...]

VI - Pessoa com deficiência dependente: pessoa incapaz de acessar ou abandonar a aeronave por conta própria.

VII - Pessoa com mobilidade reduzida: aquela que, não se enquadrando no conceito de pessoa portadora de deficiência, tenha, por qualquer motivo, dificuldade de movimentar-se, permanente ou temporariamente, gerando redução efetiva da mobilidade, flexibilidade, coordenação motora e percepção.

[...]

Art. 3º Os procedimentos estabelecidos nesta NOAC deverão ser observados pelas empresas aéreas e pelas administrações aeroportuárias, sendo aplicáveis aos elos do Sistema de Aviação Civil, no que for compatível.

[...]

Art. 7º Os passageiros portadores de deficiência ou com mobilidade reduzida, têm o direito a um tratamento igual ao dispensado aos demais passageiros e a receber os mesmos serviços que são prestados costumeiramente aos usuários em geral, observadas as suas necessidades especiais de atendimento. Esse direito inclui o atendimento prioritário e o acesso às informações e instruções, às instalações, às aeronaves e aos demais veículos à disposição dos passageiros nos terminais.

Art. 8º A fim de melhor prestar os serviços proporcionados às pessoas que necessitam de assistência especial, empresas aéreas ou operadores de aeronaves, seus prepostos, as administrações aeroportuárias e as empresas de serviços auxiliares de transporte aéreo deverão empregar uma definição comum para as distintas categorias de pessoas que necessitam dessa assistência.

[...]

§ 3º Serão assegurados a esses passageiros a assistência especial necessária durante todo

o trajeto da viagem, independentemente do tipo de deficiência ou do motivo da redução de sua mobilidade.

[...]

Art. 9. As administrações aeroportuárias e as empresas aéreas ou operadores de aeronaves deverão estabelecer programas de treinamento, visando assegurar disponibilidade de pessoal, de terra e de bordo, especialmente treinado para lidar com pessoas que necessitem de assistência especial.

[...]

Art. 11. As administrações aeroportuárias, as empresas aéreas e operadores de aeronaves, seus prepostos e as empresas de serviços auxiliares adotarão as medidas necessárias para garantir a integridade física e moral das pessoas que necessitam de assistência especial informando-as acerca dos procedimentos a serem adotados nas seguintes situações:

[...]

IX - no aeroporto de destino; e

X - em qualquer outra etapa da viagem não prevista nos itens acima em decorrência de situações emergenciais.

[...]

CAPÍTULO II Das Responsabilidades da Administração Aeroportuária

Artigo 16 As administrações aeroportuárias adotarão, no âmbito de sua competência, medidas necessárias para assegurar que as instalações e os serviços prestados nos aeroportos, onde opere aviação regular, estejam acessíveis para os passageiros que necessitam de assistência especial, conforme previsto no Dec. Nº 5296, de 2 de dezembro de 2004.

Artigo 17 As administrações aeroportuárias eivarão esforços para delimitar áreas específicas, o mais próximo possível das entradas principais dos terminais de passageiros para o desembarque e embarque de passageiros portadores de deficiência ou mobilidade reduzida. Parágrafo Único. As áreas a que se refere o *caput* deverão estar sinalizadas com o símbolo internacional de acesso, conforme previsto na Lei 7.405, de 10 de julho de 2001, e livre de obstáculos para a circulação de passageiro portador de deficiência ou mobilidade reduzida de forma a preservar sua segurança e autonomia, observando-se, ainda, as legislações de trânsito.

[...]

CAPÍTULO III Das Responsabilidades da Empresa Aérea ou Operador de Aeronaves

Art. 20. As empresas aéreas ou operadores de aeronaves deverão assegurar o movimento de pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida entre as aeronaves e o terminal.

§ 1º As empresas aéreas ou operadores de aeronaves deverão oferecer veículos equipados com elevadores ou outros dispositivos apropriados para efetuar, com segurança, o embarque e desembarque de pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, nos aeroportos que não disponham de pontes de embarque, ou quando a aeronave estacionar em posição remota.

§ 2º Para o cumprimento do disposto no § 1º, as empresas aéreas ou operadores de aeronaves ficam autorizadas a celebrarem contratos, acordos, ou outros instrumentos jurídicos.

[...]

Art. 22. As empresas aéreas ou operadores de aeronaves efetuarão o desembarque dos passageiros que necessitam de assistência especial, logo após o desembarque dos demais, exceto nas situações previstas no art. 19.

Parágrafo Único. O pessoal de bordo comandará o processo de desembarque, o qual deverá ser acompanhado por funcionários das empresas aéreas ou operadores de aeronaves, ou por elas contratados, devidamente treinados.

[...]

CAPÍTULO IV Dos Procedimentos e Orientações de Caráter Geral

Art. 33. As operações de embarque e desembarque de passageiros que necessitam de assistência especial serão executadas por funcionários das empresas aéreas ou por elas contratados.

Art. 34. Todo o pessoal, de terra e de bordo, diretamente envolvido no atendimento às pessoas que necessitam de assistência especial ou com o manuseio de seus equipamentos e auxílios, durante as diversas fases de uma viagem, deverá receber treinamento especializado. Parágrafo Único O treinamento de que trata o *caput* deve incluir as técnicas de atendimento adequado às estas pessoas, sendo responsabilidade das empresas envolvidas, ou seus prepostos, providenciá-lo. [...]

Art. 41. Fica assegurado aos usuários de cadeira de rodas utilizarem suas próprias cadeiras para se locomoverem até a porta da aeronave, após passarem pela inspeção especial de passageiro, nos controles de segurança dos aeroportos, conforme estabelecido no Programa Nacional de Segurança da Aviação Civil - PNAVSEC. [...]

Art. 47. Caberá aos passageiros portadores de deficiência, a fim de resguardar-lhes o direito à autonomia e ao livre arbítrio, definir, junto à empresa aérea, se necessitam ou não de um acompanhante, observando o que consta no art. 10.

Art. 48. As empresas aéreas ou operadores de aeronaves só poderão exigir um acompanhante para o passageiro portador de deficiência, independentemente da manifestação de seu interesse, quando a critério da empresa aérea ou das operadoras de aeronaves, por razões técnicas e de segurança de voo, mediante justificativa expressa, por escrito, considere essencial a presença de um acompanhante.

§ 1º. Na hipótese da empresa aérea exigir a presença de um acompanhante para o passageiro portador de deficiência, deverá oferecer para o seu acompanhante, desconto de, no mínimo, 80% da tarifa cobrada do passageiro portador de deficiência.

§ 2º O acompanhante deverá viajar na mesma classe e em assento adjacente ao da pessoa portadora de deficiência. [...]

Diante do que estabelece o texto normativo, acima transcrito, é possível concluir, com absoluta clareza, que a responsabilidade pela movimentação segura das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, entre as aeronaves e o terminal de passageiros, é das empresas aéreas ou dos operadores de aeronaves (art. 20 *caput*); o § 1º do art. 20 determina que a locomoção desses passageiros deve ser feita com segurança, seja no embarque ou no desembarque, estando a aeronave estacionada nas pontes de embarque ou em posição remota; e o § 2º do mesmo art. 20 autoriza que os operadores de aeronaves e as empresas aéreas celebrem contratos, acordos, ou outros instrumentos jurídicos para garantir essa locomoção com a segurança devida e exigida.

Cabe aqui um parêntese para esclarecer que a celebração dos contratos, acordos, ou outros instrumentos jurídicos de que cuida o § 2º do art. 20 do normativo não excluem ou transferem a responsabilidade da contratante. A empresa aérea ou o operador de aeronaves não transfere para o contratado essa responsabilidade. O documento pode sim garantir o direito de regresso, mas, repito, não exime a contratante de sua responsabilidade estabelecida em lei, o que descarta a hipótese de culpa exclusiva de terceiro.

Além disso, a norma exige que as administrações aeroportuárias, as empresas aéreas e os operadores de aeronaves, seus prepostos e as empresas de serviços auxiliares adotem todas as medidas necessárias para garantir a integridade física das pessoas que necessitam de assistência especial, no aeroporto de destino e em qualquer outra etapa da viagem não prevista pela própria norma (art. 11, incisos IX e X).

Ao contrário do que defende a VRG, a responsabilidade pelo desembarque desses passageiros é dos funcionários das empresas aéreas, ou de empresas por ela contratada (art. 33),

repto, contrato que não transfere nem exclui a sua responsabilidade.

Outro ponto abordado pela VRG e que não condiz com as determinações normativas, é a questão do acompanhante.

A funcionária da empresa, Sra. Deise Florindo, diante do fato de que, naquele momento, representava a empresa aérea, não estava ali cumprindo o papel de acompanhante, mas sim de preposto daquela que tinha a obrigação de designar funcionário altamente treinado (art. 34) para garantir a segurança do passageiro em seu deslocamento da aeronave, até o terminal de passageiros e deveria estar qualificada, sim, para opinar sobre as condições de segurança do deslocamento do passageiro, como determina o art. 33 e 34 da NOAC, até porque, na condição de preposta da contratante, poderia ter exigido o efetivo cumprimento das cláusulas contratuais de segurança, por parte do preposto da contratada.

Além disso, acompanhante é aquele que o passageiro requer, sendo que, na hipótese dos autos, era a esposa do Sr. Fernando, como regulamentam os arts. 47 e 48 da norma e não a funcionária da empresa aérea que, repiso, ali estava na condição de preposto.

De igual modo, o fato do Sr. Fernando estar usando a cadeira de rodas de sua propriedade, em nada modifica a irregularidade dos procedimentos adotados, haja vista que a própria norma, em seu art. 41, prevê e autoriza o passageiro com mobilidade reduzida a fazer uso de “suas próprias cadeiras”.

Ademais, se a VRG designou funcionário ou preposto seu que não tinha condições técnicas para garantir a segurança do passageiro, ao tempo em que afirma que a funcionária não tinha conhecimento técnico para operar o equipamento, condição que somente o condutor do veículo possuía, está descumprindo a determinação normativa contida no art. 33 e 34 da NOAC.

Além disso, as determinações contidas no art. 16 da NOAC não excluem a responsabilidade da VRG, e sim, reafirma a corresponsabilidade da INFRAERO, na condição de administradora do aeroporto.

Saliento, ainda, que o resultado do inquérito policial e a conclusão na esfera penal pela responsabilidade do funcionário da INFRAERO, por lesão corporal culposa, não exclui a responsabilidade da VRG, no que diz respeito às suas obrigações legais para garantir a movimentação segura dos passageiros com mobilidade reduzida.

Diante de todo o exposto, comprovado e devidamente demonstrado o dano, o evento danoso, o nexo de causalidade entre eles e a conduta das rés, resta configurada, portanto, a responsabilidade solidária da VRG Linhas Aéreas S/A. e da INFRAERO, ensejando o dever de indenizar por danos.

Do Dano Moral

Insurgem-se os autores contra o valor fixado, na r. sentença, a título de danos morais e requerem a sua majoração, enquanto a VRG, ao contrário, defende a sua minoração.

A r. sentença, ao fixar o *quantum* indenizatório, assim fundamentou seu entendimento:

[...]

Determinada a responsabilidade das Rés, cumpre fixar o valor da indenização a ser paga. A reparação dos danos, contudo, deve observar parâmetros que não permitam o enriquecimento sem causa, vedado pelo nosso sistema jurídico. Há que se levar em conta que a indenização pelo dano moral, prevista no Art. 5º, inciso V, da Constituição Federal, independe de eventual dano material sofrido e tem por meta reparar, mediante o pagamento de um valor estimado em pecúnia, a lesão ou estrago causado à imagem, honra ou estética de quem foi prejudicado pela atitude de outro.

No presente caso, há que se considerar que houve morte aliada à injustiça e o desconforto causado pela omissão persistente do Poder Público, que trata com notório descaso a situação dos aeroportos que servem o país. Assim, o valor deve ser razoável para compensar o dano sofrido, correspondendo a soma que irá, de alguma forma, beneficiar os Requerentes sem configurar enriquecimento indevido e, ao mesmo tempo, deve representar medida educadora para os Réus.

A parte autora pleiteia, na inicial, indenização no valor de 2000 salários mínimos para cada autor (Sra. Maria Sylvia Castro de Vasconcellos e Sr. Fernando Porto de Vasconcelos - espólio), o que equivale a R\$ 1.760.000,00 (...) para cada autor.

Apesar de entender devida a indenização pelos danos morais causados, é ser excessivo o valor pretendido.

No presente caso, tenho em vista todas as circunstâncias do evento descrito e também balizando-se pela impossibilidade de determinar em enriquecimento indevido, fixo o valor de R\$ 250.000,00 (...) para cada autor, totalizando o montante de R\$ 500.000,00 (...), quantia suficiente para que a Autora supra necessidades financeiras e encontre algum conforto na punição dos Réus.

[...]

Saliento, de início, que os valores devidos por danos morais, como bem afirmou a r. sentença, têm natureza compensatória e não de ressarcimento pela perda sofrida, tampouco de recomposição patrimonial.

Por outro lado, ainda que se considere o alto grau de subjetividade que envolve a fixação do *quantum* indenizatório, na hipótese de danos morais, é preciso ter em mente critérios bem definidos no sentido de se estabelecer valores que tenham o condão de inibir, de desestimular o ofensor à reiteração daquela conduta, seja comissiva ou omissiva, sem, contudo, configurar enriquecimento ilícito e indevido por parte do ofendido, observados, ainda, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Na hipótese dos autos, é evidente a dor e o sofrimento provocados pelo acidente que transformou o quadro da vítima que acabara de receber alta médica do tratamento de doença com recuperação altamente complexa, em uma situação de coma que evoluiu para um quadro vegetativo e que, após 3 anos e 3 meses, culminou com o óbito do Sr. Fernando.

Como se vê, avaliar o *quantum* indenizatório para compensar essa dor e esse sofrimento não é tarefa fácil, razão pela qual, no âmbito do C. STJ, foi realizado um minucioso estudo a cerca desse assunto e essa foi a decisão daquela Corte Superior, para a fixação de parâmetros aceitáveis:

[...]

O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, no julgamento do REsp n. 959.780/ES, Terceira Turma, DJe 6/5/2011, realizou estudo minudente acerca dos precedentes deste Tribunal a respeito do tema. Na oportunidade ele demonstra que as condenações impostas por esta Corte Superior nas hipóteses de dano-morte, com ressalva de casos excepcionais, tem variado entre 300 e 500 salários mínimos. Confirmam-se, nesse sentido, os seguintes julgados: REsp n. 1.095.575/SP, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 26/3/2013 (300 salários mínimos); AgRg no Ag n. 1.413.118/RJ, Relator o Ministro Benedito Gonçalves, DJe de 17/10/2011 (R\$ 300.000,00); REsp n. 959.780/ES, Relator o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe de 6/5/2011 (500 salários mínimos); AgRg no REsp n. 734.987/CE, Relator o Ministro Sidnei Beneti, DJe de 29/10/2009 (500 salários mínimos); e REsp n. 731.527/SP, Relator o Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJe de 17/8/2009 (500 salários mínimos).

[...]

(REsp 1325034/SP RECURSO ESPECIAL 2012/0103913-0 - Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE - TERCEIRA TURMA - Julgamento em 16/04/2015 - Publicado no DJe de 11/05/2015)

Nos termos da r. sentença, ao tempo de sua prolação, novembro de 2016, considerando que o valor do salário mínimo, à época, era de R\$ 880,00, o *quantum* indenizatório fixado representava algo entorno de 284 salários mínimos, para cada uma das rés.

Portanto, se algo entorno de 300 salários mínimos é aceitável, como compensação nas hipóteses de indenização por morte, segundo o estudo realizado no âmbito do C. STJ, o valor fixado na r. sentença, de 284 salários mínimos, para cada uma das rés, está perfeitamente adequado, pois, encontra-se dentro dos limites do razoável, observada a proporcionalidade, o caráter inibidor da condenação e as condições financeiras das rés, não configurando, portanto, a hipótese de enriquecimento ilícito, suscitada pela VRG.

Do Termo Inicial da Incidência dos Juros

Insurge-se a VRG contra a condenação em “*juros de mora de 1% ao mês a contar da data do evento danoso*” (fl. 1142) e sustenta que “*estes deverão ser contados a partir da data do julgado que os fixar*”.

Diante da simples leitura da parte dispositiva da r. sentença, é forçoso concluir que algum equívoco ou falha de leitura ou compreensão, por parte da VRG, ocorreu, pois, veja-se como está posta esta matéria na r. sentença:

[...] corrigido monetariamente desde a data do evento danoso e acrescido de juros de mora de 1% ao mês após o trânsito em julgado da sentença.

[...]

Ou seja, a condenação segue exatamente no sentido defendido pela apelante, qual seja, os juros de mora incidirão “*após o trânsito em julgado da sentença*”.

Da correção monetária e dos juros de mora

Insurgem-se os autores contra a sistemática utilizada pela r. sentença no que se refere a correção monetária e dos juros de mora.

Essa matéria vinha sendo alvo de muitos questionamentos em face da diversidade de entendimento a respeito da aplicação desses índices.

No entanto, em 20/03/2018, o C. STJ, em sede de Recursos Repetitivos, firmou o Tema 905, ao julgar o REsp 1.492.221/PR e o REsp 1.495.144/RS, da relatoria do Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, estabelecendo a forma e os índices a serem aplicados nas hipóteses que menciona, ou seja, apenas quando a execução se dá em desfavor da fazenda pública.

Assim, na hipótese dos autos, observe-se o disposto no Tema 905 do C. STJ.

Da sucumbência

A apelante, VRG, afirma que o ônus da sucumbência, na espécie, em que pese o fato da ação ter sido proposta na vigência do CPC de 1973, a r. sentença foi prolatada na vigência do CPC de 2015, que teria aplicação imediata, em face do que estabelece o seu art. 1046.

De fato, esse tem sido o entendimento jurisprudencial a respeito desse assunto, como consta dos seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VIGÊNCIA DO CPC DE 1973. PRINCÍPIO DO *TEMPUS REGIT ACTUM*.

MOMENTO DA PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA QUANTO À VERBA HONORÁRIA INICIAL. SENTENÇA PUBLICADA AINDA NA VIGÊNCIA DO CPC/1973. COMPENSAÇÃO. HONORÁRIOS. POSSIBILIDADE. SÚMULA 306/STJ.

[...]

2. “Fixada a compensação de honorários na vigência do CPC/1973, deve ser mantida uma vez que acolhida até então pelo ordenamento jurídico, conforme elucidado no enunciado da Súmula n. 306/STJ, tendo em vista que a sucumbência é regida pela lei vigente à data da deliberação que a impõe ou modifica” (AgInt no REsp 1.597.440/SE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 9/4/2018).

[...]

(AgInt no REsp 1741941/PR AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL 2018/0116860-0 - Ministro OG FERNANDES - SEGUNDA TURMA - Julgado em 09/10/2018 - Publicado no DJe de 15/10/2018)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO EVISIONAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO. DECISÃO QUE IMPÕE OU MODIFICA SUCUMBÊNCIA. MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CPC/15. NÃO CABIMENTO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A sucumbência é regida pela lei vigente à data da decisão que a impõe ou modifica.

2. Em fase de cumprimento de sentença, os honorários advocatícios podem ser fixados no início ou ao final, considerando-se inclusive que o valor fixado inicialmente tem caráter provisório, ante a influência sobre a verba de outros fatores no curso do cumprimento de sentença.

3. Na hipótese dos autos, a decisão que fixou os honorários advocatícios foi proferida na vigência do CPC/15, de modo que os critérios para fixação dos honorários sucumbenciais deveriam obedecer ao disposto no novo CPC.

[...]

(AgInt no AREsp 1279272/SC AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2018/0087922-5 - Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO) - QUARTA TURMA - Julgado em 23/08/2018 - Publicado no DJe de 29/08/2018)

Diante disso, a sucumbência, na hipótese dos autos, deve ser regida pelo Código de Processo Civil de 2015, tempo em que foi prolatada a r. sentença.

Por outro lado, não assiste razão à VRG, no que se refere à alegada desproporcionalidade do arbitramento dos honorários advocatícios.

Os autores sucumbiram em parte mínima, que diz respeito exatamente ao pagamento do seguro RETA, e desse mínimo foram condenados em honorários, a respeito do qual a r. sentença concluiu:

[...]

A comprovação da contratação do seguro será feita mediante a apresentação da apólice de seguro ou certificação de seguro aeronáutico, em que conste o nome do segurado, explorador, a especificação das classes seguradas de acordo com a categoria de registro, o prado de vigência e o comprovante de pagamento do prêmio.

Desta feita, entendo que a RÉ VGR linhas Aéreas S.A é parte ilegítima para a pretensão relativa á exigibilidade do pagamento do valor relativo ao seguro, haja vista que a lei exige a contratação e o pagamento do valor estipulado para a contratação do seguro. O sinistrado deve obter o pagamento do valor do prêmio diretamente com a seguradora contratada pela companhia aérea.

[...]

E assim fundamentou a condenação em honorários:

[...]

Tendo em vista a ação ter sido proposta na vigência do Código de Processo Civil de 1973, cujas regras para fixação dos honorários advocatícios eram diferentes das atuais e, aplicando-se o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, fixo honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação a ser pago pelas Rés ao advogado dos Autores e fixo honorários a ser pago pelos Autores aos advogados das Rés em R\$1.000,00 (um mil reais).

[...]

Em que pese o fato de se ter reconhecido que a sucumbência, na espécie, deve ser regida pelas disposições do CPC de 2015, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, devem continuar a serem observados.

Além disso, o percentual de 10% está perfeitamente em sintonia com o que estabelece o inciso II do § 3º do art. 85 do Código de Processo Civil, de 2015, haja vista que o valor da condenação, seja por parte ou no seu total, não ultrapassou os limites estabelecidos, quais sejam: acima de 200 até 2.000 salários mínimos.

De igual modo, a aplicação da Súmula 306 do C. STJ é perfeitamente aplicável à hipótese, haja vista que afirma que *“os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte”*.

Ante o exposto, nego provimento à apelação dos autores e dou parcial provimento à apelação da VRG, para reformar a r. sentença, apenas e tão somente, no que se refere à lei de regência para fins de sucumbência, devendo ser aplicado o disposto no Código de Processo Civil de 2015, em face do tempo em que foi prolatada a r. sentença, no mais, mantida a r. sentença, por seus próprios fundamentos.

É como voto.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johonsom di Salvo:

Ab initio destaco que no caso da Infraero a responsabilidade civil é objetiva (art. 37, ^a 6º, CF); da companhia aérea VGR também, a teor do art. 14 do CDC, pois o fornecedor de serviços responde, objetivamente, pela reparação dos danos causados ao consumidor, em razão da incontroversa má-prestação do serviço por ela fornecido, o que ocorreu na hipótese (REsp 1611915/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 06/12/2018, DJe 04/02/2019).

O pai da autora entrou em estado vegetativo à conta de traumatismo crânio encefálico, com identificação de uma hemorragia subaracnóidea difusa, evento oriundo do acidente ocorrido nas dependências do Aeroporto de Congonhas e cuja causalidade deve - sem dúvidas - ser imputada à Infraero e à companhia aérea VRG, por conta da situação da cadeira que transportava o deficiente e da conduta destemperada e descuidada dos seus respectivos funcionários. Como foi bem descrito no voto da e. relatora, aquele senhor “recebe alta médica definitiva em 11/12/2010; retorna para São Paulo no mesmo dia e sofre o acidente descrito na inicial”; ou

seja, sequer teve tempo de desfrutar da relativa melhora do quadro do quadro complexo de saúde que portava (sequela neurológica). Após o acidente, Francisco - que tinha saúde muito deficiente, mas ainda assim era lúcido e tinha capacidade de locomoção, por iniciativa própria passou do coma ao estado vegetativo, permanecendo nessa condição por 3 (três) anos e 3 (três) meses, aproximadamente, até o seu óbito ocorrido em 19/02/2014. Da alta em relativo estado de saúde para o desastre completo do estado sanitário do paciente, foi um passo apenas, graças ao desprezo dos agentes das rés pela condução de deficiente/cadeirante nas dependências do aeroporto e da relação de consumo consistente na prestação de serviços aéreos. Destaco que o mau comportamento das rés tornou miserável a vida do sr. Francisco, que já era ruim, pondo-o naquilo que é pior do que a morte: a vida vegetativa, que traz mais apreensão e angústia para os parentes do que a certeza de que a vítima definitivamente descansa. Estar em vida vegetativa é o mais terrível dos castigos e uma fonte inesgotável de sofrimento para esposos, filhos, irmãos, para qualquer um que tenha carinho pela vítima. E Francisco ficou mais de 3 anos nessa situação, sendo fácil imaginar o calvário suportado pela coautora MARIA SYLVIA CASTRO DE VASCONCELOS. Nesse cenário fático, entendo que a indenização de 284 salários mínimos, que se aproxima do mínimo (330 salários-mínimos) indicado pelo STJ (REsp 1325034/SP RECURSO ESPECIAL 2012/0103913-0 - Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE - TERCEIRA TURMA - Julgamento em 16/04/2015 - Publicado no DJe de 11/05/2015) não faz justiça ao quanto de sofrimento foi experimentado por conta da má conduta das corrés. Como o próprio STJ ressalta “situações excepcionais”, vejo aqui uma delas e dou provimento ao apelo dos coautores para fixar indenização de 500 salários-mínimos para cada um deles, o que equivale a R\$ 440.000,00, que deverá ser corrigido e atualizado conforme a Res. 267/CJF. No ponto, beira o grotesco a afirmação da ré VGR de que a indenização mais doce - R\$ 250.000,00 - ensejava enriquecimento sem causa. A meu ver, manter esse patamar de 284 salários-mínimos é que geraria enriquecimento ilícito da VGR. Correta a d. relatora quando julga que juros e correção monetária obedecerão o Tema 905 do C. STJ.

Ora, se num caso em que um cadeirante recebeu “tratamento indigno” por conta da companhia aérea, ou noutro evento em que o passageiro foi maltratado na aquisição do serviço, fixou-se indenização de R\$ 15.000,00 (REsp 1611915/RS e AgInt no REsp 1676641/RO), se nos casos de mero atraso de voo o STJ pune a companhia com indenização de R\$ 10.000,00 (AgRg no AREsp 610.815/RJ) o que dizer do caso em que o cadeirante entra em coma vegetativo por 3 anos à causa do “tratamento indigno” a ele deferido?

Aduzo que os autores sucumbem em parte mínima e, pelo meu voto, ainda saem vencedores quanto ao aumento do valor da indenização pela dor moral; logo, ainda que se aplique o NCPC, não há que se mexer na verba honorária.

Assim, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DOS AUTORES para aumentar o valor da indenização e PARCIAL PROVIMENTO ao recurso da VGR apenas e tão somente para declarar aplicável o NCPC.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0003600-46.2014.4.03.6102

Apelante: AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT

Apelada: PRADO & FERREIRA COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA - ME

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/07/2020

EMENTA

APELAÇÃO CIVIL. AUTO DE INFRAÇÃO. ANTT. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CONFIGURADO. INSCRIÇÃO DO NOME DA AUTORA NO SERASA. IRREGULARIDADE. COMPROVADA. DANO MORAL. *IN RÉ IPSA*. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DANOS, EVENTO DANOSO E NEXO DE CAUSALIDADE. COMPROVADOS. DEVER DE INDENIZAR. CONFIGURADO. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO, PARCIALMENTE PROVIDAS.

1. Cinge-se a controvérsia em apurar se o Auto de Infração lavrados pela ANTT, contra a autora, apresenta irregularidade capaz de ensejar a declaração de inexistência de débito e de ilegalidade da inscrição do nome da apelada no SERASA, ensejando o dever de indenizar, por danos morais.

2. É absolutamente desnecessária a juntada do procedimento administrativo correspondente, bastando a comprovação de que o veículo, alvo do Auto de Infração, não era da apelada, até porque, a ANTT não informa o que pretendia provar com a juntada do referido processo, uma vez que não rechaça o fato de que sequer tentou buscar informação segura a respeito de quem era o legítimo proprietário do veículo, antes de aplicar a penalidade, admitindo que o fez em nome da autora, repito, que comprovou, inequivocamente, que não era mais a proprietária do veículo. Portanto, não há que se falar em cerceamento de defesa. Rejeito a preliminar.

3. A inclusão do nome do devedor nos cadastros de inadimplentes é ato legítimo do credor, desde que o inscrito seja, indiscutivelmente, o efetivo devedor.

4. A defesa e o contraditório são direitos e não obrigações, razão pela qual ninguém pode ser considerado culpado pelo simples fato de não ter se defendido em processo administrativo, é preciso provar a autoria do fato e a responsabilidade do agente. Portanto, o fato da autora não ter exercido o seu direito de defesa em processo do qual era acusada de infração que a ela não poderia ser atribuída, não pesa em seu desfavor.

5. Na hipótese o dano é presumido, haja vista que a simples inscrição indevida do nome nos cadastros de inadimplentes pressupõe o atingimento da esfera subjetiva, o íntimo da personalidade, com reflexos em sua reputação e imagem, ultrapassando, portanto, a situação de mero aborrecimento.

6. No que se refere à responsabilidade da ANTT, filio-me à teoria da Responsabilidade Objetiva da Administração Pública mesmo nas hipóteses de conduta omissiva, como posto no entendimento do C. STJ.

7. Ficou comprovado que a Administração Pública foi a responsável pela efetiva inscrição do nome da autora no SERASA, sendo indevido tal ato, haja vista que a apelada não era a proprietária do veículo alvo do Auto de Infração, o que estabelece

o nexo de causalidade entre o evento danoso e a conduta do agente. Portanto, diante de tudo o que consta dos autos, restou comprovado, de forma inequívoca, o dano, o evento danoso e o nexo de causalidade com a conduta do agente, ensejando o dever de indenizar, por dano.

8. A sucumbência não se caracteriza pela fixação de valor menor do que aquele requerido na inicial, pois, está diretamente relacionada aos pedidos e, na hipótese dos autos, a autora requer a declaração de inexistência de débito e de ilegalidade da inscrição de seu nome no SERASA, ensejando o dever de indenizar, por danos morais, reconhecidos, na sua integralidade, o que faz sucumbente, portanto, a parte requerida.

9. No que diz respeito à correção monetária e a incidência de juros de mora, observe-se o disposto no Tema 905 e na Súmula 54, ambos do C. STJ.

10. Dá-se parcial provimento à remessa oficial e à apelação da ANTT, apenas e tão somente para determinar que se observe o disposto na Súmula 54 e no Tema 905, ambos do C. STJ, no que diz respeito à incidência de juros de mora e correção monetária, no mais, mantida a r. sentença, por seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à remessa oficial e à apelação da ANTT, apenas e tão somente para determinar que se observe o disposto na Súmula 54 e no Tema 905, ambos do C. STJ, no que diz respeito à incidência de juros de mora e correção monetária, mantendo no mais a r. sentença, por seus próprios fundamentos, nos termos do voto da Relatora, tendo o Desembargador Federal Johonsom Di Salvo acompanhado a Relatora com ressalva de seu entendimento pessoal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de apelação interposta pela ANTT, em face da r. sentença de procedência, proferida nesses autos de declaratória de inexistência de débito e indenização por danos morais, promovida por PRADO E FERREIRA COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA. ME., contra a ré, pessoa jurídica, AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT.

A petição inicial, distribuída à 7ª Vara Federal de Ribeirão Preto/SP (ID 89983570) veiculou, em suma, o seguinte, como bem relatou a r. sentença (ID 89983570):

[...]

Grosso modo, pleiteia a autora declaração de inexistência de débito e indenização por danos morais a serem suportados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, objetivando em sede de tutela de urgência a imediata exclusão do nome da empresa da relação de inadimplentes junto ao SERASA e ao SPC.

Esclarece que a empresa, no mês de maio de 2014, recebeu dois comunicados do SERASA informando a inclusão do seu nome nos cadastros de proteção ao crédito, em decorrência de supostos inadimplimentos registrados sob o nº S1364626 e nº S1418375.

Afirma que os apontamentos se referem a multas por infrações à legislação de trânsito, relacionadas a dois veículos comercializados pela empresa no ano de 2011, cujas vendas foram devidamente comunicadas ao órgão competente (CIRETRAN) em 29.11.2011 e 03.03.2011. Aduz que cumpriu com todas as determinações legais após o fechamento do negócio, mas os veículos continuaram em seu nome por negligência do comprador, não podendo ser responsabilizada por débitos a que não deu causa.

Alega que devido à negativação sofreu prejuízos de ordem moral, pois seu bom nome e crédito na praça foram abalados, dificultando a administração de seus negócios.

[...]

Contestação da ANTT (ID 89983570).

Sobreveio a r. sentença (ID 89983570) que julgou procedentes os pedidos iniciais, na forma do dispositivo abaixo transcrito, em seus trechos essenciais:

[...]

Inicialmente, necessário registrar que não constam dos autos os dados completos das autuações, porém é possível identificar que os veículos são dois ônibus, com suas especificações, bem como as datas em que se deram as infrações.

Segundo os documentos de fis. 24 e 29, as ocorrências se deram em 15/10/2012 (Auto de Infração S1418375) e 08/02/2012 (Auto de Infração 5 13646266), respectivamente.

Ocorre que a autora comprovou que alienou ambos os veículos muito antes dessas datas, em 01/03/2011 e 23/11/2011, bem como protocolizou junto ao CIRETRAN a comunicação de venda correlata dentro do prazo legal (fis. 26 e 31).

[...]

Ora, no momento da fiscalização, a autora não era mais legítima possuidora e proprietária dos veículos, pois apresentou cópia dos documentos de transferência assinadas e também as comunicou ao órgão competente.

Nesse contexto, os argumentos apresentados pela ANTT, no sentido de que não teria como verificar os registros de todos os veículos autuados e que a comunicação ao DETRAN não tem o alcance pretendido, não merecem guarida tendo em conta o que dispõe o Código de Trânsito Brasileiro. De fato, todos os entes da federação compõem o Sistema Nacional de Trânsito e devem estabelecer sistemática de acesso a informações entre os seus órgãos, a fim de facilitar o processo decisório e a integração do Sistema.

[...]

Ao que ressaí, a ANTT compõe sim o Sistema Nacional de Trânsito, devendo observar as diretrizes e comandos do CTB e, ainda que tenha competência para fixar outras regras e infrações no âmbito de suas prerrogativas, deve buscar a integração e harmonização das informações com os demais órgãos ou entidades de trânsito ou, pelo menos, adotar a cautela de checar o sistema para que possa verificar a propriedade dos veículos autuados.

Também não prospera o argumento de que a falta de defesa administrativa autorizaria a inscrição do débito no SERASA. Importante destacar que a requerida sequer trouxe documentos para comprovar a prévia notificação da multa à autora. Aliás, a maior parte da contestação cuidou apenas de esclarecer as razões pelas quais promoveu o registro no referido cadastro de inadimplentes, antes mesmo da inscrição em dívida ativa, como mecanismo de cobrança mais eficiente e menos oneroso para o recebimento do crédito.

Ora, não pode a Administração Pública, no intuito de buscar maior efetividade na sua atuação, adotar atos ou condutas que desrespeitem a legislação e o direito do cidadão, especialmente quando ele cumpre com suas obrigações atendendo ao comando legal (comunicar ao órgão executivo de trânsito do Estado) para assegurar a proteção ali prevista (não ser responsabiliza [do] solidariamente pelas penalidades impostas e suas reincidências até a data da comunicação).

Desse modo, o conjunto probatório acaba por evidenciar a responsabilidade da Autarquia pela indevida autuação e inscrição do nome da autora no cadastro de inadimplentes, sem adotar as devidas cautelas, sendo mister a reparação dos danos causados mediante indenização.

[...]

Assim, tem-se por inegável o constrangimento sofrido pela autora, o que se mostra suficiente para a aplicação dos incisos V e X do art. 5º da Magna Carta, na esteira do que também decidido pela Suprema Corte (RE nº 172.720/Ri, ReI. Mm. Marco Aurélio, DJ de 21.02.97, pg. 2831).

[...]

Ante essas balizas, entendo que o dobro do valor indevidamente inscrito, R\$ 26.752,10 (vinte e seis mil, Setecentos e cinquenta e dois reais e dez centavos) é suficiente para a reparação da ofensa.

[...]

a) concedo a tutela de urgência pretendida e determino que a ANTT providencie a imediata exclusão do nome da autora dos cadastros de inadimplentes, no prazo de 10 (dez) dias, comprovando-a nos autos;

b) julgo procedente o pedido, para RECONHECER a nulidade das multas nº S1364626 e nº S1418375 e CONDENAR a ANTT a pagar à autora indenização no valor de R\$ 26.752,10 (vinte e seis mil, setecentos e cinquenta e dois reais e dez centavos) a título de danos morais.

Lembre-se que o quantum indenizatório deve ser atualizado desde a data em que foi arbitrado (Súmula 362 do STJ) e acrescido de juros de mora desde o dia em que o nome da demandante passou a figurar injustamente nos cadastros de inadimplentes (i.é., desde o dia 08/02/20 12, que é a data do primeiro evento danoso - cf. fi. 29) (Súmula 54 do STJ).

Para fins de remuneração do capital e compensação da mora, na linha do que decidido pelo STJ no REsp 1270439/PR, submetido ao rito dos recursos repetitivos, já considerando o assentado pelo C. STF na ADI 4357/DF, que declarou a inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09, fixo que: (a) a correção monetária deve observar índices que reflitam a inflação acumulada do período (INPC), a ela não se aplicando os índices de remuneração básica da caderneta de poupança; e (b) os juros moratórios serão equivalentes aos índices aplicáveis à caderneta de poupança, mantendo-se a disposição legal quanto ao ponto, pois que não alcançado pela decisão proferida pela Suprema Corte.

Custas, na forma da lei. Condeno a ANTT no pagamento de honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o valor da condenação, considerado o trabalho desenvolvido a teor do que dispõe o art. 85, parágrafos 2º, 3º, 4º, III, do CPC-15, atualizados nos moldes da Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal.

Sentença sujeita a reexame necessário (CPC: art. 496).

[...]

Interposta apelação pela ANTT que, em suas razões recursais sustenta (ID 89983570/71), em síntese, o seguinte: nulidade da r. sentença sob o argumento de que ocorreu cerceamento de defesa, por não ter sido dada a oportunidade para especificação de provas, ressaltando que pretendia produzir prova documental, com a juntada do processo administrativo relativo ao auto de infração que relaciona; no mérito, defende a legalidade da inscrição do nome da autora no SERASA, sob o argumento de que é ato legítimo; afirma que o documento de comunicação ao DETRAN da venda do veículo, por si só, não tem o condão de eivar de nulidade a multa aplicada pela ANTT e tampouco de dispensar a autora de se defender no processo administrativo; defende a legalidade da atuação da Agência em aplicar a multa e incluir o nome do inadimplente no SERASA; aduz que não houve a comprovação do dano sofrido e que a condenação no dever de indenizar configura enriquecimento sem causa; sustenta que o fato do valor da indenização ter sido menor do que o pleiteado induz à sucumbência da autora; e

insurge-se contra a sistemática adotada pela r. sentença, no que diz respeito à incidência de juros de mora e correção monetária.

Contrarrazões da autora (ID 89983571).

Vieram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Cinge-se a controvérsia em apurar se o Auto de Infração lavrados pela ANTT, contra a autora, apresenta irregularidade capaz de ensejar a declaração de inexistência de débito e de ilegalidade da inscrição do nome da apelada no SERASA, ensejando o dever de indenizar, por danos morais.

Da preliminar de cerceamento de defesa

Sustenta a ANTT nulidade da r. sentença sob o argumento de que ocorreu cerceamento de defesa, por não ter sido dada a oportunidade para especificação de provas, ressaltando que pretendia produzir prova documental, com a juntada de cópia do processo administrativo relativo ao auto de infração que relaciona.

O que se questiona nos presentes autos, é a legitimidade da autora para figurar como destinatária de Auto de Infração lavrada em face de irregularidade referente a veículo do qual não era mais a proprietária, no momento do cometimento da infração.

Assim, é absolutamente desnecessária a juntada do procedimento administrativo correspondente, bastando a comprovação de que o veículo, alvo do Auto de Infração, não era da apelada, até porque, a ANTT não informa o que pretendia provar com a juntada do referido processo, uma vez que não rechaça o fato de que sequer tentou buscar informação segura a respeito de quem era o legítimo proprietário do veículo, antes de aplicar a penalidade, admitindo que o fez em nome da autora, repito, que comprovou, inequivocamente, que não era mais a proprietária do veículo.

Portanto, não há que se falar em cerceamento de defesa. Rejeito a preliminar.

Do mérito

Defende a ANTT a legalidade da inscrição do nome do contribuinte no SERASA, sob o argumento de que é ato legítimo, reconhecido pela lei e pela jurisprudência pátria como tal.

De fato, a inclusão do nome do devedor nos cadastros de inadimplentes é ato legítimo do credor, desde que o inscrito seja, indiscutivelmente, o efetivo devedor.

A ANTT, em sua peça de apelação, fez questão de ressaltar que:

[...]

No que se refere à apuração do débito, ou à liquidez e certeza do crédito (apto a ser inscrito na Dívida Ativa), tem-se que se da em estrita observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, isto é, a inscrição do débito na SERASA só ocorre após exauridos todos os procedimentos administrativos, aí incluídos, obviamente, as fases de defesa e recurso inerentes ao procedimento, em observância ao disposto no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal.

[...]

No entanto, na espécie, não observou o exaurimento dos procedimentos administrativos, ao tempo em que deixou de se certificar que o contribuinte processado era, efetivamente, o proprietário do veículo.

A defesa e o contraditório são direitos e não obrigações, razão pela qual ninguém pode ser considerado culpado pelo simples fato de não ter se defendido em processo administrativo, é preciso provar a autoria do fato e a responsabilidade do agente.

Portanto, o fato da autora não ter exercido o seu direito de defesa em processo do qual era acusada de infração que a ela não poderia ser atribuída, não pesa em seu desfavor.

Como bem destacou a r. sentença, a ANTT, por integrar o sistema estatal de controle de tráfego de veículos nas vias públicas, dispunha de todos os recursos para identificar, de forma precisa, o legítimo proprietário do veículo, por ocasião do cometimento da infração, até porque, a autora cumpriu com sua obrigação de comunicar ao órgão competente a transferência da propriedade, assim que ela ocorreu.

E aqui não se discute a legalidade da aplicação de multa, tampouco do ato de inclusão do nome de devedor no rol de inadimplentes, como sugere a ANTT, mas sim, a legitimidade da autora para responder por uma infração atribuída a um bem que não lhe pertencia ao tempo do cometimento da infração.

Assim, conforme fartamente comprovado nos autos, a autora não era a proprietária do veículo no instante do cometimento da infração e tampouco no momento da lavratura do Auto de Infração, o que configura a ilegalidade e irregularidade da inscrição de seu nome no cadastro de inadimplentes.

Diante disso, passo a análise da ocorrência de dano indenizável.

Para a configuração da hipótese de dano indenizável, necessariamente, há que se comprovar a ocorrência: do dano; do evento danoso; da conduta do agente; e do nexo de causalidade entre esta e o evento danoso.

Na hipótese dos autos o dano é presumido, haja vista que a simples inscrição indevida do nome nos cadastros de inadimplentes, pressupõe o atingimento da esfera subjetiva, o íntimo da personalidade, com reflexos em sua reputação e imagem, ultrapassando, portanto, a situação de mero aborrecimento.

Nesse sentido o julgado:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ANTT. AUTO DE INFRAÇÃO. INSCRIÇÃO NO SERASA INDEVIDA. DANO MORAL *IN RE IPSA*. SÚMULA 83/STJ. REEXAME PROBATÓRIO VEDADO. SÚMULA 7/STJ.

1. Preliminarmente, constata-se que não houve ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015, pois o Tribunal de origem ratificou a sentença primeva que declarou ilegal a inscrição da recorrida no Serasa, além de reiterar o valor razoável da indenização imposta em razão da natureza *in re ipsa* do dano moral.

[...]

5. O posicionamento do colegiado original acerca do caráter presumível do dano moral quanto à inscrição irregular nos cadastros de proteção ao crédito está em sintonia com o do STJ, atraindo-se a Súmula 83.

[...]

(REsp 1820537/RS RECURSO ESPECIAL 2019/0171010-6 - Ministro HERMAN BENJAMIN - SEGUNDA TURMA – Julgado em 10/09/2019 – Publicado no DJe 11/10/2019)

No que se refere à responsabilidade da ANTT, filio-me à teoria da Responsabilidade Objetiva da Administração Pública mesmo nas hipóteses de conduta omissiva, como posto no entendimento do C. STJ, no seguinte julgado:

DIREITO CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. AUSÊNCIA DE GRADES DE PROTEÇÃO NO LOCAL. DEMONSTRAÇÃO DE RELAÇÃO DE CAUSA E EFEITO ENTRE A OMISSÃO E AS MORTES.

[...]

2. Para que se configure a responsabilidade objetiva do ente público basta a prova da omissão e do fato danoso e que deste resulte o dano material ou moral.

[...]

6. Jurisdição sobre a referida marginal de competência da ré, incumbindo a ela a sua manutenção e sinalização, advertindo os motoristas dos perigos e dos obstáculos que se apresentam. A falta no cumprimento desse dever caracteriza a conduta negligente da Administração Pública e a torna responsável (art. 66, parágrafo único, do Decreto nº 62.127/68) pelos danos que dessa omissão decorrerem.

[...]

(REsp 439408/SP RECURSO ESPECIAL 2002/0071492-6 - Ministro JOSÉ DELGADO - PRIMEIRA TURMA – Julgado em 05/09/2002 – Publicado no DJ 21/10/2002 p. 308 LEXSTJ vol. 159 p. 210)

Destaco, todavia, que ainda nas hipóteses de responsabilidade objetiva, o que se dispensa é a demonstração da culpa, mas, o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o evento danoso, é indispensável para configurar a hipótese de condenação no dever de indenizar por dano.

Na espécie, ficou comprovado que a Administração Pública foi a responsável pela efetiva inscrição do nome da autora no SERASA, sendo indevido tal ato, haja vista que a apelada não era a proprietária do veículo alvo do Auto de Infração, o que estabelece o nexo de causalidade entre o evento danoso e a conduta do agente.

Portanto, diante de tudo o que consta dos autos, restou comprovado, de forma inequívoca, o dano, o evento danoso e o nexo de causalidade com a conduta do agente, ensejando o dever de indenizar, por dano.

A ANTT questiona o critério e o valor da indenização fixado na r. sentença, sustentando a hipótese de enriquecimento sem causa.

O Juízo *a quo*, ao fixar o valor da indenização, assim fundamentou sua decisão:

[...]

Cumpre, assim, arbitrar a indenização.

Assenta-se, quanto ao ponto, que a fixação do valor deve ser da alçada exclusiva do juiz, a quem cabe o arbitramento nos moldes que entender plausíveis face ao caso concreto posto a deslinde (STJ, REsp nº 198.458/MA, Rel. Mi Ari Pargendler).

Destarte, embora a autora faça jus a uma indenização, entendo ser excessivo o valor de 10 vezes o valor inscrito nos órgãos de restrição ao crédito (R\$ 133.760,50).

De acordo com a jurisprudência, “o valor da indenização, a título de danos morais, não pode ser módico, de forma a representar ausência de sanção efetiva ao ofensor; nem excessivo, a fim de evitar o enriquecimento sem causa da vítima”, razão por que “[...] tal fixação deve orientar-se, portanto, pelos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da moderação”

(TRF 10 Região, 5ª Turma, AC 200033000025254 - BA, rei. Des. Fed. Fagundes de Deus, j. 14.06.2004, DJU de 03.06.2004, p. 39).

Ante essas balizas, entendo que o dobro do valor indevidamente inscrito, R\$ 26.752,10 (vinte e seis mil, Setecentos e cinquenta e dois reais e dez centavos) é suficiente para a reparação da ofensa.

[...]

Assim, não há que se falar em desproporcionalidade do *quantum* indenizatório, tampouco de ocorrência da hipótese de enriquecimento sem causa, uma vez que para a sua fixação a r. sentença observou os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

No que se refere a alegada condenação da autora nas verbas honorárias, por entender a ANTT que o fato do valor indenizatório ter sido menor do que o requerido na inicial, não procede.

A sucumbência não se caracteriza pela fixação de valor menor do que aquele requerido na inicial, pois está relacionada aos pedidos e, na hipótese dos autos, a autora requer a declaração de inexistência de débito e de ilegalidade da inscrição de seu nome no SERASA, ensejando o dever de indenizar, por danos morais, reconhecidos, na sua integralidade, o que faz sucumbente, portanto, a parte requerida.

Nesse sentido o Tema 152 do C. STJ:

“Para efeito de apuração de sucumbência, em demanda que tem por objeto a atualização monetária de valores depositados em contas vinculadas do FGTS, ‘deve-se levar em conta o quantitativo de pedidos (isoladamente considerados) que foram deferidos em contraposição aos indeferidos, sendo irrelevante o somatório dos índices”.

No que diz respeito à correção monetária e a incidência de juros de mora, observe-se o disposto no Tema 905 e na Súmula 54, ambos do C. STJ.

Quanto aos efeitos do julgamento do RE 870947, acrescente-se que o Plenário do STF, em sessão realizada no dia 03/10/2019, decidiu, por maioria de votos, rejeitar todos os embargos de declaração opostos no mencionado recurso extraordinário e não modular os efeitos da decisão anteriormente proferida.

Ante todo o exposto, dou parcial provimento à remessa oficial e à apelação da ANTT, apenas e tão somente para determinar que se observe o disposto na Súmula 54 e no Tema 905, ambos do C. STJ, no que diz respeito à incidência de juros de mora e correção monetária, no mais, mantida a r. sentença, por seus próprios fundamentos.

É como voto.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

VOTO

Deveras, há uma certa vertente jurisprudencial (que não deriva de eco da doutrina, pelo menos a nacional) no sentido da responsabilidade objetiva dos entes públicos mesmo diante de atos omissivos que possam trazer prejuízos aos jurisdicionados.

Sucedo que se isso ocorrer - e já há precedentes até no STF - vai derivar de situações muito peculiares, perscrutadas ‘cum granulum salis’.

Aqui, basta considerar o quanto a e. Relatora argumentou com a responsabilidade com desatenção evidente, com negligência, sem que seja preciso recorrer-se à responsabilidade objetiva da ANTT.

Com essa ressalva, acompanho a r. Relatoria.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO

APELAÇÃO CÍVEL
0068009-82.2014.4.03.6182

Apelante: CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Apelada: ZULEIDE MARIA ALVES
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA DENISE AVELAR
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/07/2020

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO. ANUIDADES DOS ANOS DE 2012, 2013 E 2014. ART. 8º DA LEI N.º 12.514/11. VALOR EXEQUENDO SUPERIOR A 4 (QUATRO) VEZES O VALOR COBRADO ANUALMENTE DA PESSOA FÍSICA INADIMPLENTE. MULTA ELEITORAL DO ANO DE 2011. COBRANÇA INDEVIDA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. O artigo 8º da Lei n.º 12.514/11 introduz novo requisito para o ajuizamento de execução fiscal, qual seja, o limite mínimo a ser executado, correspondente a quatro vezes o valor da anuidade cobrada pelos Conselhos Regionais.

2. O entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça - STJ, é de que a limitação de valor mínimo para propositura da execução fiscal se refere ao valor do montante executado, e não a cobrança pura e simples de quatro anuidades (REsp 1.425.329/PR).

3. No caso *sub judice*, o valor da anuidade cobrada de pessoa física na época da propositura da presente execução (ano de 2014) era de R\$ 402,85 (quatrocentos e dois reais e oitenta e cinco centavos) (Resolução 587/2013, do Conselho Federal de Farmácia. Assim, o valor correspondente a 04 (quatro) anuidades corresponde a R\$ 1.611,40 (um mil, seiscentos e onze reais e quarenta centavos), sendo que na presente execução o valor cobrado referente às anuidades previstas para os anos de 2012 a 2014 (CDA's de ID de n.º 88047164, páginas 05, 07 e 09) perfazem um total de é de R\$ 1.628,05 (um mil, seiscentos e vinte e oito reais e cinco centavos), ou seja, superior ao estabelecido no art. 8º da Lei nº 12.514/11. Assim, atendida a condição legal, não existe razão para extinção em relação às anuidades cobradas dos anos de 2012, 2013 e 2014.

4. De outra face, a cobrança da multa eleitoral para o ano de 2011 é incabível devido à inadimplência da executada em relação à anuidade de 2011 (ID de n.º 88047164, página 04) (precedentes deste Tribunal).

5. Apelação parcialmente provida, para determinar o prosseguimento da execução fiscal em relação às anuidades obradas dos anos de 2012, 2013 e 2014.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo *Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo - CRF/SP*, inconformado com a sentença proferida nos autos da execução fiscal ajuizada em face de *Zuleide Maria Alves*.

A MM. Juíza de primeiro grau extinguiu o feito, nos termos do artigos. 485, IV, e VI, e § 3º, do Código de Processo Civil. Sua Excelência considerou que não a amparo legal para a cobrança das anuidades anteriores ao ano de 2011, sendo que as posteriores ao referido ano também não podem ser cobradas por não atingirem o mínimo exigido no art. 8º, da Lei n.º 12.514/11. No que se refere à multa eleitoral, entendeu que a cobrança é indevida, pois não se pode exigir o voto quando o inscrito estiver inadimplente em relação às anuidades. No que se refere ao termo de confissão de dívida e compromisso de pagamento de débitos (parcelamento não honrado de anuidades e/ou multas, CDA no ID de n.º 88047164, pág. 08), a MM. Juíza *a quo* considerou nulo o título executivo pela não especificação da real origem do débito.

Irresignado, o apelante sustenta, em síntese que:

a) o valor cobrado referente às anuidades de 2012, 2013 e 2014, é superior ao estabelecido no art. 8º, da Lei n.º 12.514/11;

b) a execução fiscal deve prosseguir em relação à cobrança da multa eleitoral, que decorre de ausência de votação no pleito eleitoral.

Sem contrarrazões, os autos vieram a este e. Tribunal.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de execução fiscal ajuizada em 16/12/2014, pelo Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo, visando a cobrança de anuidades referente aos exercícios de 2010 a 2014, multa por ausência de votação de 2011, e, termo de confissão de dívida e compromisso de pagamento de débitos (parcelamento não horado de anuidades e/ou multas).

A MM. Juíza de primeiro grau extinguiu o feito, nos termos do artigos. 485, IV, e VI, e § 3º, do Código de Processo Civil.

O recurso de apelação apresentado restringe-se a cobrança das anuidades previstas para os anos de 2012 a 2014, bem como em relação à multa eleitoral prevista para o ano de 2011.

Discute-se nos autos a aplicação do art. 8º da Lei n.º 12.514/11, que trata das contribuições devidas aos Conselhos Profissionais em Geral.

Assim dispõe o citado artigo:

Art. 8º Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente. Parágrafo único. O disposto no caput não limitará a realização de medidas administrativas de cobrança, a aplicação de sanções por violação da ética ou a suspensão do exercício profissional.

O artigo em destaque introduz novo requisito para o ajuizamento de execução fiscal, qual seja, o limite mínimo a ser executado, correspondente a quatro vezes o valor da anuidade cobrada pelo Conselho.

Neste sentido, é o posicionamento firme da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. ART. 8º DA LEI 12.511/2011. NORMA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO STF.

1. Discute-se nos autos a aplicação do art. 8º, da Lei n. 12.514/2011 aos processos em curso.

2. Dispõe o referido artigo que ‘os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente.’

3. O dispositivo traz nova condição de procedimento para as execuções fiscais ajuizadas pelos conselhos profissionais, qual seja, o limite de quatro vezes o valor das anuidades como valor mínimo que poderá ser executado judicialmente. Trata-se de norma de caráter processual e, portanto, de aplicação imediata aos processos em curso.

4. Não cabe ao STJ, em recurso especial, a análise de suposta violação de dispositivos (5º, inciso XXXVI, do Constituição Federal) e princípios constitucionais, sob pena de usurpação da competência do STF. Recurso especial conhecido em parte e improvido.”

(REsp 1374202/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2013, DJe 16/05/2013).

Por outro lado, o C. Superior Tribunal de Justiça - STJ, esclareceu que a limitação de valor mínimo para propositura da execução fiscal se refere ao valor do montante executado, e não a cobrança pura e simples de quatro anuidades. Veja-se:

“TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ANUIDADES DE CONSELHO PROFISSIONAL. ART. 8º DA LEI Nº 12.514/2011. INTERPRETAÇÃO DA NORMA LEGAL. VALOR EXEQUENDO SUPERIOR AO EQUIVALENTE A 4 (QUATRO) ANUIDADES. CONECTÁRIOS LEGAIS. CONSIDERAÇÃO.

1. O art. 8º da Lei nº 12.514/2011 estabelece que: ‘Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente.’

2. Da leitura do dispositivo legal, extrai-se que a limitação imposta para o ajuizamento da execução fiscal refere-se ao valor da dívida na época da propositura da ação, o qual não poderá ser ‘inferior a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente’.

3. No caso concreto, apesar de a dívida executada referir-se a apenas 3 (três) anuidades, o valor do montante executado, ou seja, principal mais acréscimos legais, supera em muito o equivalente ‘a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente’, não havendo, por isso, razão para se extinguir o feito. Precedente: REsp 1.488.203/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2.ª Turma, j. em 20/11/2014, DJe 28/11/2014.

4. Ademais, ‘não obstante o legislador tenha feito referência à quantidade de quatro anuidades, a real intenção foi prestigiar o valor em si do montante exequendo, pois, se de baixo aporte, eventual execução judicial seria ineficaz, já que dispendioso o processo judicial’ (REsp 1.468.126/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, 2.ª Turma, j. em 24/02/2015, DJe 06/03/2015).

5. Recurso especial a que se dá provimento, em ordem a ensejar a retomada da execução. (STJ, Primeira Turma, REsp 1.425.329/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, data da decisão: 19/03/2015, DJe de 16/04/2015).

No caso *sub judice*, o valor da anuidade cobrada de pessoa física na época da propositura

da presente execução (ano de 2014) era de R\$ 402,85 (quatrocentos e dois reais e oitenta e cinco centavos) (Resolução 587/2013, do Conselho Federal de Farmácia. Assim, o valor correspondente a 04 (quatro) anuidades corresponde a R\$ 1.611,40 (um mil, seiscentos e onze reais e quarenta centavos), sendo que na presente execução o valor cobrado referente às anuidades previstas para os anos de 2012 a 2014 (CDA's de ID de n.º 88047164, páginas 05, 07 e 09) perfazem um total de é de R\$ 1.628,05 (um mil, seiscentos e vinte e oito reais e cinco centavos), ou seja, superior ao estabelecido no art. 8º da Lei nº 12.514/11.

Assim, atendida a condição legal, não existe razão para extinção em relação às anuidades cobradas dos anos de 2012, 2013 e 2014.

De outra face, a cobrança da multa eleitoral para o ano de 2011 é incabível devido à inadimplência da executada em relação à anuidade de 2011 (ID de n.º 88047164, página 04).

Nesse sentido, é firme a jurisprudência deste e. Tribunal. Vejam-se:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO CORPORATIVO. VALOR EXECUTADO INFERIOR AO MÍNIMO PREVISTO NO ART. 8º DA LEI 12.514/11. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO.

I. Sobrevindo regulamentação específica atinente à cobrança dos débitos por parte das autarquias fiscalizadoras do exercício profissional, a Lei nº 12.514, de 28 de outubro de 2011, vigente a partir da data de sua publicação, resta superado o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, exarado por ocasião do julgamento do REsp nº 1.111.982/SP, ainda que submetido à sistemática do artigo 543-C do CPC, no sentido do arquivamento dos autos, sem baixa na distribuição, das execuções fiscais de valor ínfimo (débitos iguais ou inferiores a R\$10.000,00).

II. Os pressupostos para cobrança dos créditos por parte dos Conselhos Corporativos passaram a ser regulados pelo artigo 8º da Lei nº 12.514/2011, de imediata aplicabilidade, devendo ser respeitado o mínimo equivalente a quatro vezes o valor cobrado a título de anuidade.

III. A multa eleitoral de 2007 é inexigível, sendo nulo o título executivo nesta parte. A Resolução CFC nº 970/03 estabeleceu normas para a realização de eleições no Conselho Regional, dispondo no §1º, do artigo 2º que o contabilista esteja em dia com as obrigações financeiras para com o conselho, inclusive a anuidade do exercício corrente, para poder exercer seu direito de voto, o que não restava caracterizado com o inadimplemento da anuidade de 2007.

IV. Além da multa acima, que se reconhece inexigível, a execução fiscal ajuizada em 27/10/2009 cobra dívida relativa às anuidades de 2007, 2008 e 2009, cujo importe não respeita o supracitado critério de valor mínimo para a propositura do executivo, torna-se imperiosa sua extinção e, portanto, a manutenção da r. sentença recorrida.

V. Apelação desprovida.”

(TRF-3, 4ª Turma, AC 1936519, Des. Federal Alda Basto, data do julgamento: 27/02/2014, e-DJF3 de 23/04/2014).

“DIREITO ADMINISTRATIVO. MULTA ELEITORAL. JUSTA CAUSA. AGRAVO INOMINADO IMPROVIDO.

1 - A executada foi impedida de votar por ato normativo do próprio conselho exequente, a Resolução 458/2006, que, em seu artigo 3º, impede o voto de inadimplentes.

2 - Portanto, a agravada estava em situação delicada já que, enquanto o artigo 5º da resolução 458/2006 a obrigava a votar, o artigo 3º a impedia.

3 - Diante dessa antinomia, não pode haver multa pelo cumprimento ou descumprimento de seu dever/direito eleitoral perante o conselho.

4 - Agravo inominado improvido.”

(TRF-3, 3ª Turma, AI 475858, Des. Federal Nery Júnior, data do julgamento: 07/02/2013, e-DJF3 de 22/02/2013).

Assim, é indevida a cobrança da referida multa.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de apelação, para determinar o prosseguimento da execução fiscal em relação às anuidades previstas para os anos de 2012, 2013 e 2014.

É como voto.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL

0011747-27.2015.4.03.6102

Apelante: RODRIMAR S/A TRANSP. EQUIP. INDUSTRIAIS E ARM. GERAIS
 Apelada: UNIÃO FEDERAL
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/07/2020

EMENTA

APELAÇÃO EM AÇÃO ORDINÁRIA. ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE CONCESSÃO PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ESTAÇÃO ADUANEIRA. DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. INEXISTÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE RESCISÃO CONTRATUAL OU DE CONDENAÇÃO PARA PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. RISCO DO NEGÓCIO. RECURSO DESPROVIDO, SEM MAJORAÇÃO DA HONORÁRIA DEVIDA.

1. Conforme apurado pelo perito judicial, confirmou-se o prejuízo alcançado pela autora na execução do contrato de prestação de serviços em todos os anos de sua vigência até sua suspensão (quesitos 01). Aduz a autora que a soma da crise econômica enfrentada, com a quebra das perspectivas contidas no edital, e as exigências técnicas da Administração propiciaram o desequilíbrio econômico-financeiro, ensejando a revisão das cláusulas contratuais, como pretendeu administrativamente. Indeferido o pedido, requer a rescisão unilateral do contrato, com suposta indenização pelas perdas e danos.

2. Contudo, conforme consta no laudo pericial, o edital de licitação para a celebração do contrato e o anexo do estudo de viabilidade *não tratam de projeções econômicas futuras da região onde se localizaria o posto alfandegário*; ao contrário, cuidam apenas do panorama econômico histórico referente ao período entre 1990 e 1997 (questão 04 da autora). O perito ressaltou que o referido anexo foi denominado “Estudo de Viabilidade para a Instalação da Estação Aduaneira Interior na Jurisdição da Delegacia da Receita Federal de Ribeirão Preto/SP”, sem constar o termo como “técnica e econômica”. Ressaltou inexistir o documento “Demonstrativo de Viabilidade Técnica e Econômica do Empreendimento” (questão 03 da autora).

3. Na espécie, a proposta de formalização do contrato administrativo em nenhum momento trouxe informações objetivas que fizessem surgir para o contratado legítima expectativa quanto ao crescimento econômico da região, até porque, no regime de concessão, o estudo da viabilidade econômica do empreendimento e da perspectiva de lucro é do contratado, assumindo o licitante-contratado os riscos do negócio, na forma do art. 2º da Lei 8.987/95.

4. É a partir desse estudo que o licitante e futuro contratado formula sua proposta, levando em consideração o custo operacional da manutenção do serviço e a contraprestação da tarifa a ser cobrada, em comum acordo com a Administração Pública, dentro dos parâmetros e princípios atinentes ao interesse público, como a modicidade (arts. 9º, 15 e 31 da Lei 8.987/95). Nos termos da sua petição inicial, revela-se que a autora tem expertise na área de atuação que foi objeto do contrato, não havendo que se falar em eventual incapacidade técnica da empresa para realizar tal exame.

5. Esclarecidos os termos em que se daria a prestação do serviço, cumpria à contratada estabelecer uma relação de custo operacional condizente com o objeto contratado e com a proposta de tarifa acordada em processo licitatório, até porque a participação da ora autora no processo licitatório derivou exclusivamente de sua vontade. Como demonstrado em perícia contábil, assim não agiu a autora, *registrando prejuízos desde o início da execução do contrato* sem que se pudesse identificar *elemento extraordinário* a justificar o resultado dito prejudicial, a não ser a própria autuação da contratada, mesmo com o incremento que foi observado na receita da atividade desempenhada, com o passar dos anos.

6. Prova desfavorável às alegações da autora.

7. A previsão de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos, prevista tanto na Lei 8.987/95 como no art. 65, II, d, da Lei 8.666/93, pressupõe a ocorrência de álea econômica ou alteração unilateral a justificar novo acordo entre as partes, como a revisão do regime tarifário (precedentes).

8. Na espécie, o conteúdo dos autos não permite favorecer a empresa, pois não se coaduna com a regra do art. 65, II, d, da Lei 8.666/93 o fato de a contratada não conseguir, desde o início da prestação contratual, alcançar resultados positivos com os valores acordados na licitação. Decidir em favor da empresa significaria gratuita repactuação, pela anódina justificativa de que o contratado não teria como sustentar os termos que lhe garantiram obter o objeto licitado.

9. A vigência da Portaria RFB 3.518/11 e o estabelecimento de novas condições de operação na estação alfandegária não podem servir de pretexto para a rescisão e a indenização - sob a acusação de alteração unilateral do contrato - pois, como apontado em laudo pericial, *a autora não comprovou o efetivo cumprimento destas novas condições*, permitindo concluir que: “(t)ais investimentos não foram realizados pela Requerente Rodrimar, que apresentou para a perícia diversos orçamentos, bem como solicitação de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Permissão para Prestação de Serviços Públicos, solicitação essa que foi indeferida pela Requerida União” (conclusão do perito, letra ‘d’).

10. Conclusão reforçada pela penalidade administrativa sofrida pela autora, de suspensão das atividades alfandegárias, devido ao descumprimento de requisitos técnico e operacional previstos na Lei 12.350/10 e no art. 17 da Portaria RFB 3.518/11. Ademais, é de se destacar que o anterior pedido de revisão tarifária diante das novas exigências técnicas foi indeferido, pois *a autora não apresentou os documentos contábeis identificados em instrução normativa* (questão 05 da União Federal).

11. Justificativa calçada em suposta crise econômica não encontra eco em prova efetiva de impacto sofrido com a redução da expectativa econômica, verificado o incremento de receitas no período analisado (quesito 12 da autora).

12. Quanto ao testemunho proferido, a suposta falta de adesão de importadores ou exportadores ao novo posto aduaneiro pela existência de outros postos aduaneiros e pela cobrança de “taxa de carga pátio” contrasta com o aumento de receitas identificados em laudo pericial no período analisado, especialmente após 2004 (quesito 12 da autora), além do que o ponto se cinge ao risco econômico assumido pela contratada ao firmar a concessão do serviço público, inexistindo imprevisão a invocar o reequilíbrio econômico-financeiro.

13. Adequada a honorária devida, observada a complexidade da causa, os valores envolvidos e o esforço exigidos dos causídicos – compreendendo elementos contábeis

e a análise pericial das questões aqui discutidas. Nada obstante, desde que fixado o montante no percentual máximo previsto no art. 85, § 3º, do CPC/15, deixa-se de majorar a honorária devida, nos termos do § 11 do citado artigo.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johonsom di Salvo, Relator:

Trata-se de apelação interposta por RODRIMAR S/A TRANSPORTES EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS E ARMAZÉNS GERAIS contra sentença que julgou improcedente seu pedido, feito para rescindir contrato administrativo firmado com a União Federal, por meio de sua Receita Federal, com a condenação da ré ao pagamento de perdas e danos, a partir dos últimos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação. A autora foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 20% sobre o valor atualizado da causa.

Diz a autora ter firmado, após processo licitatório, contrato de prestação de serviço público de movimentação e armazenagem de mercadorias em Estação Aduaneira Interior, localizada na jurisdição da DRF/Ribeirão Preto (SP) e com prazo até 08.06.18. O edital de convocação constava de estudo e demonstrativo de viabilidade técnica e econômica do empreendimento.

Publicada a Portaria RFB 3.518/11, a Receita Federal estabeleceu novas normas e procedimentos para o alandegamento, com a criação de novas normas de segurança então não previstas em edital ou contrato, e em desacordo com o estudo de viabilidade ali contido. Para a autora, a imposição de novos deveres demandam investimentos imprevisíveis e de tal monta que, somadas à crise econômica enfrentada no país, afetam o equilíbrio econômico-financeiro contratual.

A autora teve indeferido seu pedido administrativo de revisão contratual em maio de 2013, levando-a a requerer a extinção do alandegamento em janeiro de 2015, também indeferido.

Consequentemente, por força do não cumprimento do estudo de viabilidade e da promessa de resultado econômico previstos no edital de licitação, com a alteração unilateral de seus termos a partir da aludida portaria sem o devido reequilíbrio econômico (art. 65 da Lei 8.666/93 e item 8.2 do edital), e dos prejuízos crescentes enfrentados com a prestação do serviço (aplicando-se a Teoria da Imprevisão) – segundo a autora, no montante de valor nominal de R\$ 1.629.484,00 nos últimos anos -, ajuizou a presente ação, pleiteando a rescisão contratual.

Pede ainda a condenação da União Federal à indenização por perdas e danos, pois os prejuízos decorreram da imposição administrativa de novos deveres na prestação do serviço público, na forma do art. 37, § 6º, da CF/88 e dos arts. 186, 187 e 927 do CC/02, ressaltando a caracterização da culpa da Administração ao indeferir seu pedido de revisão contratual.

Deu-se à causa o valor de R\$ 100.000,00.

A União Federal contestou o pedido, defendendo: a carência da ação, dado que o pe-

didado já foi indeferido administrativo; a prescrição, verificado o prazo previsto no art. 1º do Decreto 20.910/32 e a impossibilidade de invalidar cláusulas contratuais firmadas em 2008; e a improcedência do pedido, porquanto o risco do negócio é assumido pelo contratado na prestação do serviço público, inexistindo imprevisibilidade no estabelecimento de condições de segurança para a referida prestação. Aduziu ainda que foi conferido à autora o direito ao reajuste das tarifas cobradas, atendidas as condições previstas no contrato administrativo (123360453 – fls. 307/325).

A autora trouxe fato novo, relatando decisão administrativa de suspensão de suas atividades junto ao porto seco, por não ter efetuado os investimentos exigidos para implementar o sistema de monitoramento e vigilância exigidos (123360454 – fls. 417/418).

Réplica (123360455 – fls. 449/458).

O juízo confirmou o interesse de agir da autora, afastou o fenômeno da decadência para o pedido de rescisão contratual, e determinou a produção de prova pericial (123360455 – fls. 460/461).

A autora juntou parecer contábil (123360455 – fls. 463/466).

O juízo concedeu a antecipação dos efeitos da tutela, suspendendo a execução do contrato de permissão para a prestação de serviços públicos, e dos direitos e deveres dele decorrentes (123360455 – fls. 514/516). Interposto agravo de instrumento, esta Sexta Turma assim decidiu, com baixa em 14.11.18:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE CONTRATO DE PERMISSÃO DE ARMAZENAGEM DE MERCADORIA EM ESTAÇÃO ADUANEIRA. DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA EM SEDE DE AÇÃO ORDINÁRIA. RECURSO PROVIDO.

1. Não cabe ao Judiciário, sob a sombra de suspender os efeitos de uma avença administrativa que tem todos os contornos de legalidade, “dispensar” o cumprimento de obrigações impostas em sede de contrato administrativo, às quais o particular aderiu quando da assinatura do pacto que é notoriamente contrato de adesão, onde também se comprometeu a atender às regras que atualizassem as exigências do Poder Público.
2. Estamos na seara do Direito Público, no ambiente de um contrato administrativo de outorga de exploração de serviço público, onde prevalece apenas o interesse público; dessa sorte, a ingerência do permissionário “contra” os ditames da concessão e de seus regulamentos é impossível.
3. Quem não cumpre escrupulosamente o contrato de concessão (aqui, permissão) que pactuou com a Administração Pública e/ou seus agentes, deve sofrer as consequências legal e contratualmente previstas, o que é, sem sombra de dúvida, o caso dos autos.
4. A concessão *in limine* de tutelas deve ser excepcional, reservada aos casos em que não há sacrifício ao contraditório e a ampla defesa. Para isso o direito afirmado pelo interessado deve se apresentar em alto grau de probabilidade não apenas em função de seus argumentos, mas também do acervo demonstrativo que ele consegue reunir até o momento em que o invoca perante o Judiciário para obter a tutela de urgência.
5. Agravo de instrumento provido. Agravo interno prejudicado.

Apresentação de quesitos por parte da União Federal (123360455 – fls. 522/526).

Laudo pericial (123360456 - fls. 679/729), com resposta pelas partes (123360458 – fls. 744/754 e 772/774).

Produção de prova testemunhal em audiência de instrução (123360458 – fls. 845/849).

O juízo julgou improcedente o pedido com base na conclusão do perito de que o edital não constou de projeções futuras sobre a rentabilidade do projeto, mas que a empresa permissionária é quem reunia condições para avaliar tais projeções, bem como os riscos futuros do negócio e da manutenção do devido serviço de movimentação e armazenagem das mercadorias em estação aduaneira. Nesse sentir, de acordo com o juízo, os prejuízos alcançados pela autora não podem ser imputados à Administração, sobretudo não demonstrado que a autora atendeu às exigências previstas na Portaria RFB 3.518/11, calcadas no interesse público (123360459 – fls. 1.045/1.047).

A autora interpôs apelo, reiterando a existência do estudo de viabilidade no processo licitatório, indicando o potencial econômico da região de Ribeirão Preto-SP, realidade diversa da enfrentada. Reiterou ainda que o acúmulo de prejuízos apontado pelo perito (quesito 01 e 29) decorre do desequilíbrio econômico obtido com a quebra de expectativa projetada no edital de licitação e dos investimentos exigidos pela Portaria RFB 3.518/11(quesitos 18 e 19) e que importaram em alteração unilateral do contrato firmado. Aponta o testemunho feito em juízo, no qual relata que o insucesso do posto alfandegário derivou também de atos administrativos, como a cobrança de taxa e a criação de centros logísticos, que acabaram concentrando ali as atividades alfandegárias. Por toda a situação, repisou a necessidade de indenização por perdas e danos e, sucessivamente, pleiteou a redução da honorária devida (123360460 – fls. 1.051/1.097).

Contrarrazões (123360670).

É o relatório.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

O recurso não merece prosperar.

Conforme apurado pelo perito judicial, confirmou-se o prejuízo alcançado pela autora na execução do contrato de prestação de serviços em todos os anos de sua vigência até sua suspensão. Aduz a autora que a soma da crise econômica enfrentada, com a quebra das perspectivas contidas no edital, e das exigências técnicas da Administração propiciaram o desequilíbrio econômico-financeiro, ensejando a revisão das cláusulas contratuais, como fez administrativamente. Indeferido o pedido, requer a rescisão unilateral do contrato, com suposta indenização pelas perdas e danos.

Porém, como também consta no laudo pericial, o edital de licitação para a celebração do referido contrato e o anexo do estudo de viabilidade não tratam de projeções econômicas futuras da região onde se localizaria o posto alfandegário, mas, ao contrário, apenas do panorama econômico histórico, referente ao período entre 1990 e 1997 (questão 04 da autora). O perito ressaltou que o referido anexo foi denominado “Estudo de Viabilidade para a Instalação da Estação Aduaneira Interior na Jurisdição da Delegacia da Receita Federal de Ribeirão Preto/SP”, sem constar o termo como “técnica e econômica”, como relatado pela autora. Ressaltou ainda inexistir o documento “Demonstrativo de Viabilidade Técnica e Econômica do Empreendimento” (questão 03 da autora).

Ou seja, a proposta de formalização do contrato administrativo em nenhum momento trouxe informações que fizessem surgir para o contratado legítima expectativa quanto ao crescimento econômico da região, até porque, no regime de concessão, o estudo da viabilidade econômica do empreendimento e da perspectiva de lucro é do contratado, assumindo este os riscos do negócio, na forma do art. 2º da Lei 8.987/95.

Tanto que a partir deste estudo o licitante e futuro contratado formula sua proposta, levando em consideração o custo operacional da manutenção do serviço e a contraprestação da tarifa a ser cobrada, em comum acordo com a Administração Pública dentro dos parâmetros e princípios atinentes ao interesse público, como a modicidade (arts. 9º, 15 e 31 da Lei 8.987/95). Nos termos de sua inicial, a autora tem expertise na área de atuação objeto do contrato aqui tratado, não havendo que se falar em eventual incapacidade técnica para tal exame.

Nesta senda, esclarecidos os termos em que se daria a prestação do serviço, cumpria à contratada estabelecer uma relação de custo operacional condizente com aqueles termos e com a proposta de tarifa acordada em processo licitatório, até porque sua participação no processo licitatório derivou exclusivamente de sua própria vontade. Como demonstrado em perícia contábil, assim não agiu a autora, registrando prejuízos desde o início da execução do contrato sem que se pudesse identificar elemento extraordinário a justificar tal resultado que não seu próprio atuar, mesmo com o incremento observado na receita daquela atividade com o passar dos anos.

A previsão de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos, prevista tanto na Lei 8.987/95 como no art. 65, II, d, da Lei 8.666/93, pressupõe a ocorrência de álea econômica ou alteração unilateral a justificar novo acordo pelas partes, como a revisão do regime tarifário. É o que se expressa nos seguintes julgados:

DIREITO ADMINISTRATIVO - CONTRATO - RESTABELECIMENTO DE EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO - CONTROVÉRSIA: VALORES - AUSÊNCIA DE PROVA - APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Os contratos administrativos são regidos pela Lei Federal n.º 8.666/1993. Estão vinculados às próprias cláusulas, aos preceitos de direito público e ao instrumento convocatório, o que inclui as especificações técnicas e planilhas quantitativas anexas ao projeto básico (artigo 40, § 2º, II, da Lei Federal n.º 8.666/1993). Aplicam-se-lhes, ainda, em caráter supletivo, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado (artigo 54), dentre os quais está o equilíbrio entre as partes contratantes, para evitar o enriquecimento ilícito.
2. A lei de regência previu hipóteses permissivas de alteração contratual, dentre as quais: “Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (...) II - por acordo das partes: (...) d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.”
3. No caso concreto, a empresa apelante - vencedora da Concorrência n.º 31/2008 - celebrou com a União, por intermédio do Centro Tecnológico da Marinha em São Paulo, o contrato n.º 42000/2008-036/00, cujo objeto é a “execução de obras de construção civil de implantação do sistema da nova captação, elevação e adução de água bruta do Rio Ipanema”. O contrato original, firmado em 14 de outubro de 2008, previa preço global não reajustável de R\$ 399.376,22 (trezentos e noventa e nove mil, trezentos e setenta e seis reais e vinte e dois centavos - cláusula oitava) e prazo de 120 (cento e vinte) dias corridos para a execução integral da obra (cláusula décima quarta).
4. Iniciadas as obras, foram realizados três termos aditivos ao contrato, a pedido da apelante - contratada. Referidos aditamentos teriam sido motivados por fatos supervenientes à contratação. Os eventos mencionados e as consequentes prorrogações do prazo de execução da obra teriam motivado, em julho de 2009, nova solicitação de restabelecimento do equilíbrio

econômico-financeiro, com pretendido acréscimo de R\$147.778,68 (cento e quarenta e sete mil, setecentos e setenta e oito reais e sessenta e oito centavos) ao preço então vigente.

5. Após análises realizadas por comissão especialmente designada e, diante da memória de cálculo realizada pelo arquiteto fiscal da obra - porque inexistente memória elaborada na ocasião pela apelante -, o pedido foi atendido em parte, culminando com a assinatura de novo termo aditivo em 11 de dezembro de 2009.

6. A controvérsia reside sobre o valor exato do acréscimo.

7. O laudo pericial concluiu: “finalmente, uma vez compulsada toda a documentação técnica fornecida à análise pericial, entende o subscritor que o material que se apresenta tecnicamente mais consubstanciado e fundamentado para aferição de valores e quantitativos finais do contrato celebrado entre as litigantes foi o elaborado pela contratante.” Não há prova apta a infirmar as conclusões do perito.

8. O valor de reajuste pretendido (R\$ R\$147.778,68), se somado ao valor acrescentado por força do primeiro termo aditivo (R\$ 26.153,37), representaria, aproximadamente, 43,5% (quarenta e três e meio por cento) do valor original do contrato, vinculado à proposta vencedora do certame licitatório. O aumento pretendido seria vedado nos termos da cláusula décima sexta, parágrafo único, do contrato, pautada no texto legal (artigo 65, §1º, da Lei Federal n.º 8.666/1993).

9. O ato administrativo é regular, portanto.

10. Apelação desprovida.

(ApCiv 0014395-59.2010.4.03.6100 / TRF3 – SEXTA TURMA / DES. FED. FÁBIO PRIETO / 12.12.19)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ART. 1.022 DO CPC/15, JÁ QUE A DECISÃO EMBARGADA TRATOU COM CLAREZA DA MATÉRIA DITA OMISSA PELA EMBARGANTE. INEXISTÊNCIA DE ERRO MATERIAL. IMPOSSIBILIDADE DE DESVIRTUAMENTO DOS DECLARATÓRIOS PARA OUTRAS FINALIDADES QUE NÃO A DE APERFEIÇOAMENTO DO JULGADO. RECURSO IMPROVIDO, COM IMPOSIÇÃO DE MULTA.

1. São possíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial ostentar pelo menos um dos vícios elencados no artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, o que não ocorre no caso.

2. As razões veiculadas nos embargos de declaração, a pretexto de sanarem supostos vícios no julgado (omissão ao analisar os fundamentos do pedido), demonstram, *ictu oculi*, o inconformismo da recorrente com os fundamentos adotados no decisum calçados no entendimento segundo o qual é infundada a pretensão de correção monetária dos valores que lhe foram pagos a título de honorários advocatícios, pois o contrato de prestação de serviços não previu reajuste de valores dos serviços e foi celebrado na vigência da ordem de Serviço PG/INSS nº 17/94, que não contemplava previsão de correção monetária a cada pagamento em virtude do congelamento da inflação, e a autora anuiu expressamente com os seus termos, concordando em maio/2000 com valores estipulados em junho/1994.

3. O acórdão deixou claro que o preço é fixo e irreajustável na ausência de previsão de reajuste, que deve ser expressa no contrato administrativo, nos termos do art. 55, II, da Lei nº 8.666/93.

4. Consignou, ainda, que “a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro pressupõe a existência de alteração nas condições contratuais pactuadas pelas partes ocasionada por fatos imprevisíveis, ou previsíveis de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado (art. 65, II, d, Lei nº 8666/93), porém nada disso foi demonstrado *in casu*”.

5. Se a embargante entende que a jurisprudência citada nos embargos - referente a caso diverso: pagamento de quantias em atraso - deve ser aplicada ao caso, deve manejar o recurso adequado à reforma do julgado.

6. Por fim, não há erro material no acórdão. A data estampada no Contrato de Prestação de Serviços Advocatícios é 03/05/2000, data em que foi firmado (fl. 51). No dia 05/05/2000 houve a publicação da autorização da contratação - que também é datada de 03/05/2000 - no Boletim de Serviço Local - BSL nº 17.

7. O que se vê, *in casu*, é o claro intuito do embargante de rediscutir a matéria já decidida, sendo os embargos de declaração via imprópria para tanto. Estando ausente qualquer omissão, estes aclaratórios não se prestam a compelir a Turma a se debruçar sobre o texto dos arts. 55, III e 65, § 8º, da Lei nº 8.666/83; arts. 1º, 4º, 12, 14 e 15, *caput* e § 4º da Lei nº 8.880/94; art. 884 do Código Civil; arts. 2º e 3º da Lei nº 10.192/2001 e art. 37 da Constituição Federal, para fins de prequestionamento; ou seja, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódoas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

7. “Revelam-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração quando ausentes do aresto impugnado os vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material” (STJ, EDcl no REsp 1370152/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 29/06/2016), além do que “aplica-se a multa prevista no art. 1.026, § 2º, do Código de Processo Civil, na hipótese de embargos de declaração manifestamente protelatórios” (STJ, EDcl na AR 4.393/GO, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 17/06/2016). Sim, pois no âmbito do STJ, desde o tempo (ainda recente) do CPC/73 têm-se que “... a pretensão de re-discussão da lide pela via dos embargos declaratórios, sem a demonstração de quaisquer dos vícios de sua norma de regência, é sabidamente inadequada, o que os torna protelatórios, a merecerem a multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do CPC” (EDcl no AgRg no Ag 1.115.325/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 4.11.2011...)” (STJ, AgRg no REsp 1399551/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 01/12/2015). No mesmo sentido: AgInt no AREsp 637.965/SC, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/06/2016, DJe 01/07/2016

8. No caso dos autos salta aos olhos o abuso do direito de recorrer - por meio de aclaratórios - perpetrado pela embargante, sendo eles de improcedência manifesta porquanto se acham ausentes quaisquer das hipóteses para oposição dos embargos declaratórios, de modo que estes embargos são o signo seguro de intuito apenas protelatório, a justificar, com base no art. 1.026, § 2º, do CPC/2015, a multa, aqui fixada em 0,1 % sobre o valor da causa (R\$ 811.875,50 - fl.136, a ser atualizado conforme a Res. 267/CJF). Nesse sentido: STF, MS 33690 AgR-ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-179 DIVULG 23-08-2016 PUBLIC 24-08-2016 -- ARE 938171 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016 -- Rcl 21895 AgR-ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 24/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-116 DIVULG 06-06-2016 PUBLIC 07-06-2016; STJ, EDcl nos EDcl no AgRg nos EREsp 1.324.260/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, CORTE ESPECIAL, DJe de 29/04/2016 - EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1337602/DF, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/05/2016, DJe 02/06/2016. (Ap 0002514-80.2009.4.03.6113 / TRF3 – SEXTA TURMA / DES. FED. JOHONSOM DI SALVO / 23.05.2019)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÕES. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. INFRAERO. SERVIÇOS TÉCNICOS DE PROTEÇÃO, CONTROLE E PATRULHAMENTO DE ÁREAS RESTRITAS DOS AEROPORTOS DE CUMBICA E CONGONHAS. ADITIVOS. AJUSTE DE PREÇOS E SERVIÇOS. READEQUAÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-

-FINANCEIRO. INEXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADES. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. DESPROVIMENTO.

1. A Autora-apelante sagrou-se vencedora, ante a INFRAERO, de licitações para contratação de serviços de proteção, controle e patrulhamento de acessos a áreas restritas dos Aeroportos de Congonhas e Guarulhos, seguindo-se, a partir do ano de 1996, a celebração dos contratos correspondentes, bem como dos aditivos ora impugnados.
2. A sentença julgou parcialmente procedente os pedidos iniciais e a reconvenção, para declarar a validade e eficácia do Contrato nº 028/SRSP/ADSP, com seus Termos Aditivos nºs 01, 02, 03 e 04, e o Contrato nº 026/SRSP/ADSP/97, bem como para tornar sem efeito o Termo Aditivo nº 02-026, condenando ambas as partes a adimplirem os valores devidos na medida de sua responsabilidade.
3. A matéria efetivamente devolvida a esta E. Corte repousa na análise sobre a validade e eficácia dos Termos Aditivos relativos ao Contrato nº 028-96, cujas disposições iniciais previram preço global de R\$ 5.315.322,84 e mensal de R\$ 442.940,39, bem como prazo de duração de doze meses.
4. Iniciada a execução do Contrato 028-96, houve celebração de 4 (quatro) aditivos que, entre o mais, prorrogaram e incrementaram seu objeto, prevendo a devida readequação do equilíbrio econômico-financeiro no tocante à contraprestação devida à contratada.
5. Ocorre que, a partir de setembro de 1998, a INFRAERO passou a efetivar glosas nos pagamentos mensais à contratada - no valor de R\$ 185.124,54, equivalente a 20% do faturamento - sob a justificativa de constatação de irregularidades, necessidade de readequação dos termos contratuais à legislação vigente, bem como de ajuste às recomendações da Auditoria Interna e do Tribunal de Contas da União.
6. Todavia, consoante bem delineado na sentença, os motivos que levaram a INFRAERO a descumprir o pactuado não merecem prevalecer.
7. Não há falar-se em impropriedade dos instrumentos que materializaram as alterações contratuais, vez que foram promovidas por meio de aditamentos, em consonância com o disposto no art. 65, § 6º, da Lei 8.666/93.
8. De acordo com os artigos 5º, 60, 61 e 92 da Lei 8.666/93, inexistente proibição de que os efeitos financeiros dos contratos administrativos retroajam no tempo, podendo tal situação ser regulada entre as partes, salvo impedimento anterior previsto no processo licitatório ou no próprio contrato que deu ensejo ao aditivo, o que não ocorreu na espécie.
9. Quanto à alegação de que as repactuações foram efetivadas sem a exclusão da cláusula de reajuste, com violação aos termos da Res. nº 10 do Comitê de Controle das Estatais, tem-se que INFRAERO, ao firmar os aditivos, jamais fez menção ou se atentou sobre tal necessidade, razão pela qual não pode agora dela se aproveitar como se causa de nulidade fosse, sob pena de tolerância ao *“venire contra factum proprium”*. Ademais, é de se ter presente que os atos normativos internos, não dotados de imperatividade genérica, não obrigam os particulares.
10. A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, segundo o art. 65, I, “d” da Lei 8.666/93, é preceito fulcral que norteia os desdobramentos dos contratos administrativos, significando que, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis dotados de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual, fica autorizada a alteração do preço originalmente pactuado, desde que tais circunstâncias sejam devidamente justificadas.
11. O significativo aumento da movimentação de passageiros, aeronaves e cargas nos aeroportos, acarretando cerca de 27% de incremento dos serviços realizados; a necessidade de instalação de mais postos de serviço pela contratada; o acréscimo de demandas por segurança, bem como a obrigação de extensão da cobertura contratual a novas áreas oriundas de obras de expansão representam situações cujas consequências poderiam tornar inviável a escorreita execução do objeto contratual, caso não abarcadas por devida readequação econômico-

-financeira, que portanto, no caso, estava autorizada nos termos legais.

12. A INFRAERO, ao celebrar os aditivos, expressamente anuiu com os reajustes e os respectivos motivos determinantes, tendo a discordância aparecido somente durante a execução da avença.

13. Logo, é de ser mantida a decisão “a quo” pela qual reconhecida a validade e eficácia do Contrato nº 028-96 e correspondentes aditivos, devendo a responsabilidade dos prepostos da INFRAERO, pela eventual não observância de regras e procedimentos internos na condução do contrato, ser apurada em sede própria (administrativa, civil e penal).

14. Não merece acolhida o requerimento da INFRAERO para que a condenação ante a Autora-apelante seja compensada com os débitos trabalhistas que, em nome desta, foi obrigada a assumir por responsabilidade subsidiária, uma vez que, estando esta submetida a processo falimentar, o recebimento dos créditos deve obedecer a ordem prevista no art. 83 da Lei 11.101/2005, vedado o repasse direto.

15. Não atendidos integralmente os pleitos iniciais e reconventionais, há sucumbência recíproca, nos termos do art. 21, “caput” e parágrafo único do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época da sentença.

16. Apelações desprovidas.

(Ap 0052722-93.1998.4.03.6100 / TRF3 – SEXTA TURMA / DESª. FED. DIVA MALERBI / 14.09.2017)

Não se coaduna com tal conceito o fato de a contratada não conseguir, desde o início, alcançar resultados positivos com os valores acordados após processo licitatório, tão só por ter de atender às condições previstas para a prestação daquele serviço público, como exposto pelo art. 10 da Lei 8.987/95. Do contrário, ficaria vulnerado o próprio processo licitatório, permitindo a repactuação pela justificativa de que o contratado não teria como sustentar os termos que lhe garantiram o objeto lícito.

A vigência da Portaria RFB 3.518/11 e o estabelecimento de novas condições de operação na estação alfandegária não podem servir de pretexto para a rescisão e a indenização, enquanto alteração unilateral do contrato, pois, como apontado em laudo pericial, a autora não comprovou o efetivo cumprimento destas novas condições, permitindo concluir que:

“(t)ais investimentos não foram realizados pela Requerente Rodrimar, que apresentou para a perícia diversos orçamentos, bem como solicitação de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Permissão para Prestação de Serviços Públicos, solicitação essa que foi indeferida pela Requerida União” (conclusão do perito, letra ‘d’).

A conclusão é reforçada pela penalidade administrativa sofrida pela autora de suspensão das atividades alfandegárias, por descumprimento a requisitos técnico e operacional previsto na Lei 12.350/10 e no art. 17 da Portaria RFB 3.518/11. Ademais, é de se destacar que o anterior pedido de revisão tarifária diante das novas exigências técnicas foi indeferido, pois a autora não apresentou os documentos contábeis identificados em instrução normativa (questão 05 da União Federal).

No mais, a justificativa pela crise econômica não encontra prova efetiva do impacto sofrido com a redução da expectativa econômica, verificado o incremento de receitas no período analisado (quesito 12 da autora).

Quanto ao testemunho proferido, a suposta falta de adesão de importadores ou exportadores ao novo posto aduaneiro pela existência de outros postos aduaneiros e pela cobrança de “taxa de carga pátio” contrasta com o aumento de receitas identificados em laudo pericial

no período analisado, especialmente após 2004 (quesito 12 da autora), além do que o ponto se cinge ao risco econômico assumido pela contratada ao firmar a concessão do serviço público, inexistindo imprevisão a invocar o reequilíbrio econômico-financeiro.

Por fim, reputa-se adequada a honorária devida, observada a complexidade da causa, os valores envolvidos e o desforço exigidos dos causídicos – envolvendo elementos contábeis e a análise pericial das questões aqui discutidas. Nada obstante, fixado o montante no percentual máximo previsto no art. 85, § 3º, do CPC/15, deixa-se de majorar a honorária devida, nos termos do § 11 do citado artigo.

Pelo exposto, nego provimento ao apelo.

É como voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

5001551-24.2018.4.03.6128

Apelantes: HANGAR CONCORDE LOCAO DE IMÓVEIS PRÓPRIOS, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., UNIÃO FEDERAL

Apeladas: OS MESMOS

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/07/2020

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO. AERONAVE OBJETO DE PENA DE PERDIMENTO. DESPESAS DE HANGARAGEM. RESPONSABILIDADE DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, FIEL DEPOSITÁRIA. RECEBIMENTO DE METADE DO VALOR PLEITEADO. AFASTAMENTO. COMPROVAÇÃO DA DILIGÊNCIA DA PARTE AUTORA NO PERÍODO ANTERIOR AO AJUIZAMENTO DA DEMANDA.

1. No caso concreto, a empresa *Quest Trading LLC*, então proprietária de aeronave Falcon 2.000, Prefixo N955SL, firmou em 26/07/2010 com a parte autora, contrato de hangaragem, *i.e.*, a disponibilização do espaço do hangar da permanência da aeronave no Aeroporto de Jundiaí/SP.

2. Durante o decorrer da Operação Pouso Forçado, no âmbito de processo administrativo, foi decretado o perdimento da referida aeronave em favor da União Federal, razão pela qual, visando a declarar o seu direito ao regime de admissão temporária, com suspensão total dos tributos federais e anulação do termo de retenção, a empresa *Quest* ajuizou ação de rito ordinário, cujo pedido foi julgado improcedente, havendo interposição de apelação, pendente de julgamento.

3. Analisando os autos, nota-se que a União Federal decretou a pena de perdimento da aludida aeronave nos autos de processo administrativo, tendo sido fixada, por meio do despacho de 21/08/2013, proferido em ação penal, a responsabilidade da Receita Federal do Brasil como fiel depositária, pela guarda, conservação e manutenção da aeronave.

4. De acordo com o art. 313, § 1º do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n.º 7.565/86), *o explorador ou o proprietário de aeronaves entregues em depósito ou a guarda de autoridade aeronáutica responde pelas despesas correspondentes (...) incluindo-se (...) no disposto neste artigo (...) os depósitos decorrentes de apreensão.*

5. Da leitura do dispositivo supracitado, percebe-se que a União Federal, representante da Receita Federal do Brasil, fiel depositária da aeronave apreendida, deve responder pelas despesas de seu armazenamento, não podendo a empresa autora, após cumprir por longos anos o seu mister, sofrer com não recebimento das devidas contraprestações, sob pena de configuração de indiscutível enriquecimento sem causa.

6. Na eventualidade da empresa *Quest* sagrar-se vencedora ao final do julgamento da referida demanda, deve a União Federal, caso entenda que não deveria ter arcado com as despesas de armazenagem em testilha, ajuizar a oportuna ação de ressarcimento, visando ao recebimento da quantia que ora despendeu.

7. Não prospera o pedido da União de decretação da nulidade da sentença, por violação de seu direito ao contraditório e ao devido processo legal, em virtude de não

ter sido analisada a argumentação de que as despesas de hangaragem deveriam ser imputadas à empresa *Quest*, antiga proprietária da aeronave, por ter obtido liminar de suspensão do leilão, porquanto tal questão foi expressamente debatida no primeiro grau de jurisdição.

8. Não deve prosperar a alegação de que a parte autora poderia ter atuado com mais diligência para minimizar o dano evitável (*duty to mitigate*), razão pela qual deveria, do momento em que a União passou a ser depositária da aeronave, em setembro de 2013, até o ajuizamento, da presente demanda, em maio de 2018, receber tão somente metade do valor pleiteado.

9. O amplo acervo documental acostado aos presentes autos demonstra, sem sombra de dúvidas, que a parte autora, ora apelante, agiu de forma diligente e determinada para procurar dirimir o litígio antes de se utilizar das vias judiciais para tanto, sendo de rigor, pois, o afastamento da limitação imposta na sentença de pagamento de tão somente metade do valor devido até maio de 2018, devendo o montante em tal período ser considerado integral.

10. Preliminar rejeitada. Apelação da União Federal e remessa oficial desprovidas. Apelação da parte autora provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, Prosseguindo no julgamento, nos moldes do disposto no artigo 942, do Código de Processo Civil, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou a preliminar e negou provimento à apelação da União Federal e à Remessa Oficial e, por maioria, deu provimento à apelação da parte autora, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelos votos da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, bem como dos Desembargadores Federais Fábio Prieto e Souza Ribeiro, vencido o Desembargador Federal Johonsom Di Salvo, que lhe negava provimento. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de apelações e remessa oficial em ação de rito ordinário, com pedido de tutela antecipada, ajuizada por Hangar Concorde Locação de Imóveis Próprios, Importação e Exportação Ltda. em face da União Federal, objetivando a condenação da ré ao pagamento referente à remuneração por serviços de hangaragem prestados pela autora desde setembro de 2013, quando a aeronave FALCON 2.000, Prefixo N955SL passou a ser de sua responsabilidade, com a devida atualização dos valores por meio da taxa Selic, desde o ajuizamento da demanda até o efetivo pagamento, alegando que a referida aeronave, de propriedade de *Quest Trading LLC*, foi objeto de aplicação de pena de perdimento no âmbito administrativo, ficando a Receita Federal do Brasil responsável por sua guarda e conservação, conforme determinação emanada do Juízo Penal, estando pendente a análise da legitimidade da aplicação da pena de perdimento pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região na AC n.º 47248-59.2012.4.01.3400, aduzindo, ainda que o leilão para venda do avião foi suspenso por ordem judicial.

Foi atribuído à causa o valor de R\$ 2.891.952,00 (dois milhões oitocentos e noventa e um mil novecentos e cinquenta e dois reais).

O pedido de tutela antecipada foi indeferido (ID n.º 28474475).

O r. Juízo *a quo*, com fulcro no art. 487, I, do CPC, julgou parcialmente procedente o pedido, a fim de condenar a União Federal (...) *a) a pagar à parte autora, a título de remuneração pendente desde 09/2013, a metade do valor devido até maio de 2018, totalizando R\$ 1.445.976,00, devidamente corrigido, nos termos do vigente Manual de Cálculo da Justiça Federal; b) a ressarcir à parte autora, de junho de 2018 em diante, até a efetiva retirada da aeronave, a quantia de R\$ 51.642,00 mensais (não impugnada pela União na contestação), devidamente corrigidos pelo vigente Manual de cálculos da Justiça Federal. Tendo em vista a sucumbência mínima da parte autora (...) condenou (...) a União, ainda, ao pagamento das custas judiciais, bem como dos honorários advocatícios, que fixo nos patamares mínimos do § 3º do artigo 85 do CPC.* Sentença submetida ao reexame necessário (ID n.º 28474593).

Apelou a parte autora, pleiteando a reforma parcial da r. sentença, alegando, em breve síntese, que (...) *a autora não ficou inerte ou estática: pelo contrário, conforme amplamente exposto e documentado nos autos, desde o começo desta situação a Autora vinha exortando a Ré a lhe pagar pelos serviços ou retirar a aeronave, deixando clara a existência do débito (...) razão pela qual (...) não se sustentam as premissas adotadas pelo d. Juízo de origem para justificar a aplicação da teoria que levaria à redução pela metade do justo valor ao qual a Apelante faz jus em face da União Federal.* Por fim, requer, subsidiariamente, (...) *que eventual limitação da condenação, nos moldes em que determinou a r. sentença recorrida, seja arbitrada em montante acima e mais próximo do pedido contido na exordial, referente ao período que vai até o ajuizamento (05/2018), tendo em vista a reiterada atuação comprovadamente zelosa da Autora ao longo de todos estes anos em que desempenhou os serviços de hangaragem* (ID n.º 28474618).

Apelou também a União Federal, pleiteando a nulidade da r. sentença por violação do devido processo legal, uma vez que não teria sido analisado o argumento, exposto em sua contestação, acerca do fato de a empresa Quest, anterior proprietária da aeronave ter obtido na Justiça a suspensão do leilão, uma vez que poderia se sair vitoriosa na ação n.º 0047248-59.2012.4.01.3400, não perdendo o domínio da aeronave, razão pela qual a responsabilidade pelas despesas de hangaragem deveriam ser imputadas àquela empresa (ID n.º 28474692).

Com contrarrazões de ambas as partes, subiram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

No caso concreto, a empresa *Quest Trading LLC*, então proprietária da aeronave Falcon 2.000, Prefixo N955SL, firmou em 26/07/2010 com a parte autora, Hangar Concorde Locação de Imóveis Próprios, Importação e Exportação Ltda., contrato de hangaragem, *i.e.*, a disponibilização do espaço do hangar para a permanência da aeronave no Aeroporto de Jundiaí/SP.

Nesse diapasão, durante o decorrer da Operação Pouso Forçado, no âmbito do processo administrativo nº 19482.720.024/2013-64, foi decretado o perdimento da referida aeronave em favor da União Federal.

Visando a declarar o seu direito ao regime de admissão temporária, com suspensão total dos tributos federais e anulação do termo de retenção, assegurando livre trânsito da aeronave

dentro e fora do País, a empresa *Quest* ajuizou, perante a 20ª Vara Federal de Brasília a Ação de Rito Ordinário n.º 0047248-59.2012.4.01.3400, cujo pedido foi julgado improcedente.

Houve então interposição de apelação pela empresa *Quest*, pendente de julgamento, no Gabinete do Desembargador Federal José Amílcar Machado, tendo sido deferido o pedido de suspensão de realização do leilão até posterior decisão, sob o fundamento de que (...) *esta 7ª Turma possui entendimento firmado no sentido de que a presumida constatação de interposição de terceiro no procedimento de importação, por si só, não justifica seja aplicada a pena de perdimento, com fundamento no Decreto 6.759/2009* (ID n.º 28474702).

Assim, o cerne da questão ora trazida à discussão cinge-se em saber se a União Federal é o não a responsável pelos custos dos serviços de hangaragem da aeronave em comento.

Analisando os autos, nota-se que a União Federal decretou a pena de perdimento da aludida aeronave nos autos do processo administrativo n.º 19482.720.024/2013-64, tendo sido fixada, por meio do despacho de 21/08/2013, proferido na Ação Penal n.º 0007303-02.2012.4.03.6119, a responsabilidade da Receita Federal do Brasil como fiel depositária, pela guarda, conservação e manutenção da aeronave (ID n.º 28474449, p. 3).

Mostra-se, assim, de rigor a aplicação de legislação específica, *in casu*, o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n.º 7.565/86), cujos arts. 312 e 313 a seguir transcrevo:

Art. 312. Em qualquer inquérito ou processo administrativo ou judicial, a custódia, guarda ou depósito de aeronave far-se-á de conformidade com o disposto neste Capítulo.

Art. 313. *O explorador ou o proprietário de aeronaves entregues em depósito ou a guarda de autoridade aeronáutica responde pelas despesas correspondentes.*

§ 1º *Incluem-se no disposto neste artigo:*

I - os depósitos decorrentes de apreensão;

II - os sequestros e demais medidas processuais acautelatórias;

III - a arrecadação em falência, qualquer que seja a autoridade administrativa ou judiciária que a determine;

IV - a apreensão decorrente de processos administrativos ou judiciários. (Grifei)

Tal dispositivo encontra-se em pleno vigor, nos casos em que a relação jurídica não seja regida pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), conforme se denota da seguinte ementa de julgado do E. STJ:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DE TRANSPORTADOR AÉREO PERANTE TERCEIROS EM SUPERFÍCIE. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PRAZO PRESCRICIONAL. CÓDIGO BRASILEIRO DE AERONÁUTICA AFASTADO. INCIDÊNCIA DO CDC.

1. O Código Brasileiro de Aeronáutica não se limita a regulamentar apenas o transporte aéreo regular de passageiros, realizado por quem detém a respectiva concessão, mas todo serviço de exploração de aeronave, operado por pessoa física ou jurídica, proprietária ou não, com ou sem fins lucrativos, de forma que seu art. 317, II, não foi revogado e será plenamente aplicado, desde que a relação jurídica não esteja regida pelo CDC, cuja força normativa é extraída diretamente da CF (5º, XXXII).

(...)

3. Recurso especial conhecido e desprovido.

(STJ, REsp n.º 1.202.013/SP, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, j. 18/06/2013, DJe 27/06/2013)

Assim, de uma singela leitura do dispositivo supracitado, não restam dúvidas de que a União Federal, representante da Receita Federal do Brasil, fiel depositária da aeronave apreendida, deve responder pelas despesas de seu armazenamento, não podendo a empresa autora, após cumprir por longos anos o seu mister, sofrer com não recebimento das devidas contraprestações, sob pena de configuração de indiscutível enriquecimento sem causa.

A liminar concedida nos autos da Ação de Rito Ordinário n.º 0047248-59.2012.4.01.3400, pelo Desembargador Federal José Amílcar Machado, foi tão somente para suspender a realização do leilão da aeronave até posterior decisão, permanecendo a União como sua fiel depositária.

Na eventualidade de a empresa *Quest* sagrar-se vencedora ao final do julgamento da referida demanda, deve a União Federal, caso entenda que não deveria ter arcado com as despesas de armazenagem em testilha, ajuizar a oportuna ação de ressarcimento, visando ao recebimento da quantia que ora despendeu.

Ademais, como bem destacou o r. Juízo de origem, *a Receita Federal poderia ter determinado a remoção da aeronave para outro recinto, ou repartição aduaneira própria. Contudo, preferiu a União, por intermédio de um ato de autoridade, impor à autora a guarda do bem, determinando que mantivesse o depósito, com todas as consequências e responsabilidades daí advindas.*

Por outro lado, não prospera o pedido da União de decretação da nulidade da sentença, por violação de seu direito ao contraditório e ao devido processo legal, em virtude de não ter sido analisada a argumentação de que as despesas de hangaragem deveriam ser imputadas à empresa *Quest*, antiga proprietária da aeronave, por ter obtido liminar de suspensão do leilão, porquanto tal questão foi expressamente debatida no primeiro grau de jurisdição, conforme se denota da transcrição do seguinte excerto da sentença, *in verbis*:

Por seu turno, o argumento da União de que a propriedade da aeronave não foi definida nos autos do processo 0047248-59.2012.4.01.3400 (TRF1) não tem o condão de afastar o direito da parte autora de ser ressarcida durante o tempo em que esteve custodiando e prestando serviço de hangaragem. Além disso, atualmente o bem ainda é de responsabilidade da União.

Não obstante, entendo que não deve prosperar a alegação de que a parte autora poderia ter atuado com mais diligência para minimizar o dano evitável (*duty to mitigate*), razão pela qual deveria, do momento em que a União passou a ser depositária da aeronave, em setembro de 2013, até o ajuizamento, da presente demanda, em maio de 2018, receber tão somente metade do valor pleiteado.

O documento protocolado em 22/11/2013 comprova que a autora requereu, na Ação Penal n.º 0007303-02.2012.4.03.6119, que a União remunerasse o serviço de hangaragem por ela prestado (ID n.º 28474452, págs. 2/5), o que foi parcialmente deferido, em 14/04/2014, para determinar (...) *que a autoridade fazendária seja intimada para providenciar, no prazo de 30 (trinta) dias, a retirada da aeronave do hangar de propriedade da requerente, ou que promova a negociação de sua permanência no local, devendo, em qualquer caso, comunicar a solução a este juízo. No mais, autorizo desde já a destinação da aeronave N955SL da forma como a UNIÃO entender conveniente, por decisão da autoridade competente para tanto dentro da estrutura administrativa da autoridade fazendária* (ID n.º 28474453, págs. 1/2).

Marcado leilão objetivando a venda da aeronave, para 23/05/2014, constando na cláusula 3.14 do respectivo edital que o pagamento das despesas de hangaragem até a retirada da aeronave deverá ser realizado pelo arrematante (ID n.º 28474455), tendo sido remarcado

para 30/09/2014, quando foi suspenso por decisão de 18/09/2014, proferida na Ação de Rito Ordinário n.º 0047248-59.2012.4.01.3400 (ID n.º 28474456).

Em 30/09/2016 o pedido feito na aludida ação de rito ordinário foi julgado improcedente, reconhecendo a regularidade de pena de perdimento aplicada (ID n.º 28474459).

Logo em seguida, em 05/10/2016, a empresa autora enviou mensagem eletrônica para a Receita Federal do Brasil, informando do julgamento da demanda e da cessação dos efeitos da liminar que impedia a realização do leilão e requerendo que houvesse o pagamento das despesas devidas e fosse prestada a informação acerca do interesse em manter a aeronave em seu hangar. Tal mensagem foi recebida por assistente técnico-administrativo da Receita Federal em 06/10/2016 (ID n.º 28474461).

Houve então mais uma sucessão de mensagens eletrônicas no mês de *março de 2018*, resultando no pedido feito pela parte autora, por meio de seu procurador, à Receita Federal de retirada da aeronave com o pagamento da hangaragem (ID n.º 28474463).

Nota-se, assim, que o amplo acervo documental acostado aos presentes autos demonstra, sem sombra de dúvidas, que a parte autora, ora apelante, agiu de forma diligente e determinada para procurar dirimir o litígio antes de se utilizar das vias judiciais para tanto, sendo de rigor, pois, o afastamento da limitação imposta na sentença de pagamento de tão somente metade do valor devido até maio de 2018, devendo o montante em tal período ser considerado integral.

Em face de todo o exposto, *rejeito a matéria preliminar e nego provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial e dou provimento à apelação da parte autora*, para afastar a limitação imposta na sentença de pagamento de tão somente metade do valor devido de setembro de 2013 a maio de 2018, devendo o montante, em tal período, ser considerado integral, mantendo-se, quanto ao mais, a r. sentença recorrida, inclusive quanto à fixação de honorários advocatícios, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

Tratam-se de apelações e remessa oficial em ação de rito ordinário, com pedido de tutela antecipada, ajuizada por Hangar Concorde Locação de Imóveis Próprios, Importação e Exportação Ltda. em face da União Federal, objetivando a condenação da ré ao pagamento referente à remuneração por serviços de hangaragem prestados pela autora desde setembro de 2013, quando a aeronave FALCON 2.000, Prefixo N955SL passou a ser de sua responsabilidade, com a devida atualização dos valores por meio da taxa Selic, desde o ajuizamento da demanda até o efetivo pagamento, alegando que a referida aeronave, de propriedade de *Quest Trading LLC*, foi objeto de aplicação de pena de perdimento no âmbito administrativo, ficando a Receita Federal do Brasil responsável por sua guarda e conservação, conforme determinação emanada do Juízo Penal, estando pendente a análise da legitimidade da aplicação da pena de perdimento pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região na AC n.º 47248-59.2012.4.01.3400, aduzindo, ainda que o leilão para venda do avião foi suspenso por ordem judicial.

A União Federal decretou a pena de perdimento da aeronave Falcon 2.000, prefixo N955SL, nos autos do processo administrativo n.º 19482.720.024/2013-64, tendo sido fixada, por meio do despacho de 21/08/2013, proferido na Ação Penal n.º 0007303-02.2012.4.03.6119,

a responsabilidade da Receita Federal do Brasil como fiel depositária, pela guarda, conservação e manutenção da aeronave.

O r. voto considerou que a “...União Federal, representante da Receita Federal do Brasil, fiel depositária da aeronave apreendida, deve responder pelas despesas de seu armazenamento, não podendo a empresa autora, após cumprir por longos anos o seu mister, sofrer com não recebimento das devidas contraprestações, sob pena de configuração de indiscutível enriquecimento sem causa”.

No entendo, é correta a afirmação do MM. Juiz “a quo” quanto minora o encargo da UNIÃO diante da inércia da autora durante cinco anos. Disse a sentença: “Contudo, no caso presente, entendo que a parte autora poderia ter atuado para minimizar o dano evitável (*duty to mitigate*), tendo em vista que se viu no direito de ser ressarcida pela União desde 09/2013 e aguardou quase 5 anos para a propositura da ação. Ora, *o dever de mitigar os próprios prejuízos* decorre da obrigação recíproca de lealdade oriunda da boa-fé objetiva. *Em suma, a parte não pode permanecer inerte enquanto o prejuízo aumenta gradativamente ou pelo menos não pode se manter estática diante de uma possibilidade de redução de dano.*”

Ora, desde 2013 o aparelho encontra-se acautelado no hangar da autora, que se manteve inerte sem nada requerer. É óbvio que esse decurso de tempo deve falar em seu desfavor, já que a obrigação de pagar hangaragem se perfaz periodicamente, não sendo justo que nenhum prazo corra em desfavor do inerte.

No ponto, o STJ decidiu recentemente que “No tocante ao credor, em razão da boa-fé objetiva (NCPC, arts. 5º e 6º) e do corolário da vedação ao abuso do direito, deve ele tentar mitigar a sua própria perda, não podendo se manter simplesmente inerte em razão do descaso do devedor, tendo dever de cooperação com o juízo e com a outra parte, seja indicando outros meios de adimplemento, seja não dificultando a prestação do devedor, impedindo o crescimento exorbitante da multa, sob pena de perder sua posição de vantagem em decorrência da supressão. Nesse sentido, Enunciado nº 169 das Jornadas de Direito Civil do CJF” (AgInt no AgRg no AREsp 738.682/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 14/12/2016). No mesmo sentido: REsp 1325862/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 10/12/2013.

Trata-se de aplicação da cláusula “*duty to mitigate the loss*”, traduzido como o dever de mitigar os próprios prejuízos e calçada no art. 187 do CC que trata da cláusula da boa-fé objetiva que deve contaminar todos os ramos do Direito, e que no dizer do saudoso Miguel Reale, é “uma das condições essenciais da atividade ética”.

Ainda, considerando que princípio da boa-fé objetiva é perfeitamente aplicável em sede de responsabilidade civil do Estado, contratual ou não, não há como desconsiderar o “*duty to mitigate the loss*” para fins de mitigar a responsabilidade do Estado.

Portanto, mantenho íntegra a bem lavrada sentença.

Assim, rejeito preliminar e *nego provimento* às apelações e remessa oficial.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO

APELAÇÃO CÍVEL

5004028-26.2018.4.03.6126

Apelante: SEMIRAMIS PEREIRA
 Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/07/2020

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. INSS. DETERMINAÇÃO JUDICIAL PARA ATENDIMENTO EM HORÁRIO INTEGRAL DAS 17H E 19H, NAS AGÊNCIAS DO INSS, INDEPENDENTEMENTE DE AGENDAMENTO PRÉVIO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

- O horário de expediente no posto do INSS inicia-se às 7h e se encerra às 17h, ou seja, 10 (dez) horas, de modo que não há que se falar em redução ou atendimento prioritário conferido aos advogados, tampouco em desrespeito à sentença proferida na ação civil pública nº 26178-78.2015.4.01.3400, a qual, consoante afirmado pelo apelante, assegurou aos advogados o atendimento diferenciado em guichês exclusivamente destinados aos patronos.

- O horário de funcionamento da agência, período no qual é permitido ao servidor desempenhar as atividades inerentes ao seu respectivo cargo na unidade do INSS, não se confunde com o do atendimento, o qual se caracteriza como o período no qual é obrigatório à unidade do INSS estar acessível ao público para atendimento, consoante Resolução nº 336/2013 da autarquia, que dispõe sobre a jornada de trabalho, horários de funcionamento e atendimento das unidades e adoção do Regime Especial de Atendimento em Turnos, no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social, artigos 5º e 6º.

- Nos termos do artigo 9º da referida resolução: “O horário de atendimento das APS, nos dias úteis, deve ser de, no mínimo, oito horas ininterruptas, compreendidas entre as 7h e as 19h”, de forma que os guichês para atendimento prioritário dos advogados funcionam durante todo o horário de expediente no posto de atendimento, o qual tem duração de 10h (superior ao mínimo exigido) e possibilita aos procuradores o exercício de sua profissão. (Precedente).

- A continuidade do atendimento após o horário de expediente ocorre conforme a necessidade e decorre do poder discricionário do INSS, de sorte que não se trata de norma obrigatória a ser prestada aos patronos, os quais já têm atendimento prioritário em guichê próprio, sem agendamento prévio.

- Não há que se falar em violação à Resolução nº 336/2013, aos artigos 6º e 7º da Lei nº 8.906/1994, bem como aos princípios da administração pública, igualdade e direitos do advogado, uma vez que se harmonizam com a fundamentação exposta.

- Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ

NABARRETE (Relator), com quem votaram as Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

RELATÓRIO

Recurso de apelação interposto por Semiramis Pereira (ID 3817428- fls. 83/96) contra sentença que, nos autos de mandado de segurança, denegou a segurança, ao fundamento de que o advogado deve observar as regras de organização interna das agências do INSS, uma vez que o deferimento da ordem implicaria garantir tratamento privilegiado à impetrante em detrimento aos demais usuários, inclusive advogados, em violação ao princípio da isonomia. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios. (ID. 125522763).

Sustenta, em síntese, que:

a) o INSS viola a Resolução nº 336/2013, publicada por ele próprio, quanto ao horário de funcionamento e atendimento;

b) o procurador foi colocado em situação de inferioridade. Se todos os usuários que já se encontravam nas dependências da agência deverão ser atendidos até às 19h, não se pode declarar encerrado o expediente, apenas aos advogados às 17h, de modo que houve violação aos artigos 6º e 7º da Lei nº 8.906/1994, bem como os princípios da administração pública, igualdade e direitos de classe.

Requer o provimento do recurso.

Contrarrrazões (ID. 125522775), nas quais requer o desprovimento do recurso.

Manifestou-se o Ministério Público Federal no sentido de negar provimento à apelação. (ID. 128048245).

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

Apelação interposto por Semiramis Pereira (ID 3817428- fls. 83/96) contra sentença que, nos autos de mandado de segurança, denegou a segurança, ao fundamento de que o advogado deve observar as regras de organização interna das agências do INSS, uma vez que o deferimento da ordem implicaria garantir tratamento privilegiado à impetrante em detrimento aos demais usuários, inclusive advogados, em violação ao princípio da isonomia. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios. (ID. 125522763).

Mandamus que objetiva determinação judicial para atendimento em horário integral, compreendido entre as 17h e as 19h, nas agências do INSS, independentemente de agendamento prévio, formulários, senhas e sem limitação de quantidade.

In casu, verifica-se que o horário de expediente no posto do INSS inicia-se às 7h e se encerra às 17h, ou seja, 10 (dez) horas, de modo que não há que se falar em redução ou atendimento prioritário conferido aos advogados, tampouco em desrespeito à sentença proferida na ação civil pública nº 26178-78.2015.4.01.3400, a qual, consoante afirmado pelo apelante, assegurou aos advogados o atendimento diferenciado em guichês exclusivamente destinados aos patronos.

Ressalte-se que o horário de funcionamento da agência, período no qual é permitido ao servidor desempenhar as atividades inerentes ao seu respectivo cargo na unidade do INSS, não se confunde com o do atendimento, o qual se caracteriza como o período no qual é obrigatório à unidade do INSS estar acessível ao público para atendimento, consoante Resolução nº 336/2013 da autarquia, que *dispõe sobre a jornada de trabalho, horários de funcionamento e atendimento das unidades e adoção do Regime Especial de Atendimento em Turnos, no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social*, artigos 5º e 6º.

“DOS HORÁRIOS DE FUNCIONAMENTO E ATENDIMENTO AO PÚBLICO

Art. 5º Horário de funcionamento caracteriza-se como o período no qual é permitido ao servidor desempenhar as atividades inerentes ao seu respectivo cargo na unidade do INSS.

Art. 6º Horário de atendimento caracteriza-se como o período no qual é obrigatório à unidade do INSS estar acessível ao público para atendimento”.

Nos termos do artigo 9º da referida resolução: “O horário de atendimento das APS, nos dias úteis, deve ser de, no mínimo, oito horas ininterruptas, compreendidas entre as 7h e as 19h”, de forma que os guichês para atendimento prioritário dos advogados funcionam durante todo o horário de expediente no posto de atendimento, o qual tem duração de 10h (superior ao mínimo exigido) e possibilita aos procuradores o exercício de sua profissão. Nesse sentido já decidiu esta corte.

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. INSS. EXERCÍCIO DA ADVOCACIA. ATENDIMENTO PRIORITÁRIO AOS ADVOGADOS APÓS O ENCERRAMENTO DO EXPEDIENTE DA AGÊNCIA DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Mandado de segurança objetivando o reconhecimento do direito do impetrante de, na condição de advogado, ser atendido após o encerramento do expediente em Agência da Previdência Social.

2. Da análise dos autos, verifica-se que o horário de expediente na agência em questão inicia-se às 7 horas e se encerra às 17 horas, totalizando 10 (dez) horas de atendimento, não havendo que se falar, portanto, em redução do horário de atendimento prioritário conferido aos advogados, tampouco em desrespeito à sentença proferida na ação civil pública nº 26178-78.2015.4.01.3400, a qual, segundo afirmado pelo próprio recorrente, assegurou aos advogados o atendimento diferenciado em guichês exclusivamente destinados aos patronos, durante o horário de expediente da Agência da Previdência Social.

3. O horário de funcionamento da agência, período no qual é permitido ao servidor desempenhar as atividades inerentes ao seu respectivo cargo na unidade do INSS, não se confunde com o horário de atendimento, o qual se caracteriza como o período no qual é obrigatório à unidade do INSS estar acessível ao público para atendimento, a teor dos artigos 5º e 6º da Resolução nº 336/2013 do INSS.

4. Nos termos do art. 9º da supracitada Resolução, o horário de atendimento da agência deve ser de, no mínimo, oito horas ininterruptas, compreendidas entre as 7 horas e as 19 horas, o que tem sido observado.

5. A continuidade do atendimento após o horário de expediente ocorre conforme a necessidade e decorre do poder discricionário da autarquia previdenciária, não se tratando de norma obrigatória a ser prestada aos advogados, os quais já possuem atendimento prioritário em guichê próprio, sem agendamento prévio.

6. Não se verifica violação ao direito de petição e aos direitos conferidos aos patronos pelo Estatuto da Advocacia, tampouco violação aos princípios da igualdade e da administração pública.

7. Apelação desprovida”.

Dessa forma, a continuidade do atendimento após o horário de expediente ocorre conforme a necessidade e decorre do poder discricionário do INSS, de sorte que não se trata de norma obrigatória a ser prestada aos patronos, os quais já têm atendimento prioritário em guichê próprio, sem agendamento prévio.

Por fim, não há que se falar em violação à Resolução nº 336/2013, aos artigos 6º e 7º da Lei nº 8.906/1994, bem como aos princípios da administração pública, igualdade e direitos do advogado, uma vez que se harmonizam com a fundamentação exposta.

Ante o exposto nego provimento à apelação.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

5014970-98.2018.4.03.6100

Apelantes: INMETRO - INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL E IPEM - INSTITUTO DE PESOS E MEDIDAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelada: PANIFICADORA CEPAM LTDA.

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/07/2020

EMENTA

ADMINISTRATIVO. INMETRO E IPEM/SP. MULTA ADMINISTRATIVA. FISCALIZAÇÃO RELATIVA A BRINDES EM OVOS DE PÁSCOA. BRINQUEDOS. LEI Nº 9.933/99. PORTARIA INMETRO Nº 108/05, ANEXO II. PORTARIA INMETRO Nº 321/09, ART. 8º, ITENS 1.14.1 E 1.14.2. INFORMAÇÕES ADEQUADAS.

I – Brindes que acompanhavam os ovos de Páscoa (caneca, copo, pente com espelho e caneta) não enquadrados da relação constante do Anexo II da Portaria INMETRO nº 108/05.

II – Informações obrigatórias do item 1.14.2 da Portaria INMETRO nº 321/09 constantes das embalagens dos ovos de Páscoa em tela, não tendo as rés demonstrado que essas informações não estariam na embalagem dos brindes que estavam dentro dos ovos ou dentro da embalagem dos ovos.

III – Recursos de apelação improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento às apelações, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação, sob o rito ordinário, ajuizada por PANIFICADORA CEPAM LTDA. em face do INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL – INMETRO, objetivando o cancelamento de multas aplicadas por suposta irregularidade dos produtos que comercializa (ovos de chocolate).

Tutela antecipada deferida, para permitir que a parte-autora e os revendedores dos produtos indicados nos autos (ovos de Páscoa marca Village, acompanhados dos brindes) fizessem a comercialização destes, afastando medidas da parte ré que os obrigassem a retirar esses produtos das praças e pontos de venda.

Posteriormente, houve a inclusão do IPEM/SP no polo passivo, que, assim como o INMETRO, apresentou contestação.

Ação julgada procedente, com resolução do mérito, nos termos do art. 487, I, do CPC, confirmando a tutela antecipada deferida, para declarar a nulidade dos Termos Únicos de Fis-

calização de Produtos nº 1001112007341, 1001112009901 e 11001112005940, com condenação das rés ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC.

Interposto recurso de apelação pelo IPEM/SP, aduzindo: há nos autos provas contundentes que indicaram com certeza inabalável as razões que fizeram com que os produtos fiscalizados fossem passíveis de autuação, ou seja, apresentavam indicações de que fossem brinquedos, sem que na verdade realmente o fossem, contrariando a Lei nº 9.933/99 e o art. 8º da Portaria INMETRO nº 321/09; o fornecedor induziu o consumidor à compra de um produto com um brinquedo certificado pelo INMETRO, quando, na verdade, havia um objeto de uso pessoal, podendo ser uma caneca, um copo, uma caneta, deixando de cumprir com real informação prestada ao consumidor; o que se discute nos autos não é a “terminologia jurídica” do conceito de brinquedo, mas a mensagem que a colocação de tal informação produz, ou seja, está se afirmando que se trata de um brinquedo e como este necessita de certificação obrigatória para estar no mercado consumidor, estaria dentro das normas e padrões legais vigentes, o que seria uma inverdade; a apelada vendeu produto ostentando a expressão “brinquedo” sem que o mesmo fosse considerado brinquedo pela legislação acima indicada; os produtos examinados não eram brinquedos e ainda possuíam propaganda enganosa, de que o ovo de Páscoa possuía um brinquedo certificado pelo INMETRO, desrespeitando assim tanto as legislações metrológicas vigentes como também o Código de Defesa do Consumidor; quando a autora informa na embalagem do produto “contém brinquedo certificado no âmbito do Sistema Brasileiro de Avaliação e Conformidade”, a fabricante realça o interesse dos consumidores no produto, mostrando seu compromisso com o consumidor ao oferecer um produto melhor, que o próprio Estado reconheceu como legal, bom ou permitido, o que não é a realidade; é evidente a má-fé da autora, de tal forma a caracterizar a publicidade enganosa, disciplinada no art. 37, § 1º, do CDC. Por fim, requer seja afastada sua condenação ao pagamento da verba honorária ou reduzido o percentual.

Também o INMETRO interpôs recurso de apelação, aduzindo: falta de fundamento jurídico apto a sustentar a pretensão autoral, porquanto, conforme Nota Técnica nº Dconf/007/2013, do Sr. Diretor de Avaliação da Conformidade do INMETRO, a apelada apresentava produtos que não eram considerados brinquedos.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

VOTO

Não assiste razão aos apelantes.

De início, transcrevo os dispositivos pertinentes à questão em discussão:

LEI Nº 9.933/99

“Art. 1º Todos os bens comercializados no Brasil, insumos, produtos finais e serviços, sujeitos a regulamentação técnica, devem estar em conformidade com os regulamentos técnicos pertinentes em vigor.

Art. 5º As pessoas naturais e as pessoas jurídicas, nacionais e estrangeiras, que atuem no mercado para fabricar, importar, processar, montar, acondicionar ou comercializar bens, mercadorias e produtos e prestar serviços ficam obrigadas à observância e ao cumprimento

dos deveres instituídos por esta Lei e pelos atos normativos e regulamentos técnicos e administrativos expedidos pelo Conmetro e pelo Inmetro.

Art. 8º Caberá ao Inmetro e às pessoas jurídicas de direito público que detiverem delegação de poder de polícia processar e julgar as infrações, bem assim aplicar aos infratores, isolada ou cumulativamente, as seguintes penalidades:

- I - advertência;
- II - multa;
- III - interdição;
- IV - apreensão;
- V - inutilização.

Parágrafo único. Na aplicação das penalidades e no exercício de todas as suas atribuições, o Inmetro gozará dos privilégios e das vantagens da Fazenda Pública.”

PORTARIA INMETRO Nº 108/05

“Artigo 1º A certificação compulsória dos brinquedos, no âmbito do Sistema Brasileiro de Avaliação da Conformidade – SBAC, deverá ser feita de acordo com o Regulamento Técnico Mercosul sobre Segurança de Brinquedos, de 8 de outubro de 2004, disponibilizado no site www.inmetro.gov.br.

Artigo 2º Os organismos de certificação poderão aceitar relatórios de ensaio baseados nos requisitos da norma NBR 11786 por até 180 (cento e oitenta) dias, a partir da data de publicação desta Portaria.

Parágrafo Único: Após este prazo, somente serão aceitos relatórios de ensaio baseados nos requisitos definidos na NM nº 300/2002, da Associação Mercosul de Normalização, de acordo com a Resolução do Grupo Mercado Comum nº 23/04.

Artigo 3º Para as empresas que já estão no processo de certificação, as disposições contidas na Portaria nº 177, de 30 de novembro de 1998, vigorarão pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a partir da data de publicação desta Portaria.

Artigo 4º A fiscalização do cumprimento das disposições contidas nesta Portaria ficará a cargo do INMETRO e das entidades de direito público a ele vinculadas por convênios de delegação.

Artigo 5º A inobservância das disposições desta Portaria acarretará, para os infratores, a aplicação das penalidades previstas no artigo 8º da Lei nº 9.933, de 20 de dezembro de 1999.

Artigo 6º Revoga-se a Portaria nº 177, de 30 de novembro de 1998, 180 (cento e oitenta) dias após a data de publicação desta portaria.

MERCOSUL/GMC/RES. Nº 23/04

REGULAMENTO TÉCNICO MERCOSUL SOBRE SEGURANÇA EM BRINQUEDOS

(REVOGAÇÃO DA RES. GMC Nº 54/92)

O GRUPO MERCADO COMUM

RESOLVE:

Art. 1- Aprovar o “Regulamento Técnico MERCOSUL sobre Segurança em Brinquedos”, que consta de SETE (7) Anexos e fazem parte da presente Resolução.

Art. 2 – Uma vez que estiver vigente no MERCOSUL a presente Resolução, ficará revogada a Res. GMC Nº 54/92.

Art. 3 – Os Estados Partes colocarão em vigência as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente Resolução, através dos seguintes órgãos:

...

Brasil: Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior
INMETRO

Art. 4 – A presente Resolução se aplica no território dos Estados Partes, ao comércio entre eles e às importações extra-zona.

Art. 5 – Os Estados Partes do MERCOSUL deverão incorporar a presente Resolução a seus ordenamentos jurídicos nacionais antes de 30/VI/05 e entrará em vigência até 31/XII/05.

ANEXO I

Artigo 1º – A presente Resolução se aplicará aos brinquedos. Entender-se-á por brinquedo aquele produto destinado a ser utilizado com fins de jogo por crianças de idade inferior aos 14 anos.

Artigo 2º - Não se consideram como brinquedos para efeito da presente Resolução os produtos enumerados no Anexo II, que faz parte da presente Resolução.

ANEXO II

PRODUTOS NÃO CONSIDERADOS BRINQUEDOS

1 Enfeites de Natal e de outras festas, inclusive as infantis, com finalidade exclusivamente ornamental.

2 Modelos em escala reduzida, tipo hobby ou artesanal, à propulsão ou não, prontos ou para armar, cujo produto final não tenha primordialmente valor de brinquedo. (por exemplo: bonecas folclóricas decorativas, soldados de coleção, maquetes para armar, etc.).

3 Equipamentos de instalação permanente destinados a uso coletivo, em parques infantis ou de aventuras (playground).

4 Elementos e equipamentos esportivos regulamentares (entendem-se como tais aqueles que reúnam as características de materiais, dimensões e peso estabelecidas em cada regulamento esportivo).

5 Equipamentos náuticos destinados a sua utilização em águas profundas (entende-se por águas profundas aquelas cuja profundidade seja maior que 1,40m).

6 Equipamentos instalados em lugares públicos que requeiram fichas ou moedas específicas.

7 Quebra-cabeças de mais de 500 peças com ou sem modelo.

8 Armas de ar comprimido ou outro gás do tipo das utilizadas em jogos, práticas ou competições esportivas.

9 Fogos de artifício, incluindo os pequenos explosivos, exceto aqueles projetados para serem incorporados ao brinquedo.

10 Estilingues, catapultas e arquearia, cujos arcos não tensionados superem a distância de 1,20m.

11 Dardos e flechas com pontas metálicas exceto os que possuam discos metálicos magnéticos.

12 Veículos com motores a combustão.

13 Máquinas a vapor.

14 Bicicletas projetadas para esportes ou passeios pela via pública de altura máxima de assento superior a 435 mm.

15 Jogos de vídeo que possam ser conectados a um monitor, alimentados por uma tensão superior a 24 volts.

16 Chupetas de puericultura.

17 Imitações fiéis de armas de fogo.

18 Joias de fantasia destinadas a crianças, exceto as que fazem parte de uma fantasia ou figurino e os componentes para fabricá-las.

19 Óculos de sol, exceto os demasiadamente pequenos para serem usados por uma criança.

20 Material auxiliar para flutuação que seja para uso em águas de mais de 30 cm de profundidade (boias e coletes salva-vidas).

21 Material escolar que não tenha função lúdica.

22 Artigos para crianças que não tenham uma função lúdica adicional ou posterior a seu uso principal.”

PORTARIA INMETRO Nº 321/09

“Art. 8º Determinar que produtos não considerados brinquedo, conforme Anexo II da Portaria Inmetro nº 108/2005, não deverão ostentar a expressão “brinquedo” nem mesmo fazer uso do Selo de Identificação da Conformidade de Segurança do Brinquedo.

PROCEDIMENTO PARA CERTIFICAÇÃO DE BRINQUEDO**1. Condições Gerais**

1.14 Os brinquedos ofertados como brindes também são passíveis de certificação compulsória.

1.14.1 Produtos que contêm brinquedos como brindes não devem exibir o Selo de Identificação da Conformidade na sua embalagem, mas sim no brinquedo ou na embalagem do brinquedo ofertado como brinde.

1.14.2 A embalagem do produto que contém o brinquedo ofertado como brinde deve apresentar os seguintes dizeres:

ATENÇÃO: *Contém brinquedo certificado no âmbito do Sistema Brasileiro de Avaliação da Conformidade.*

Deve-se ainda adicionar uma frase que contemple, conforme for o caso, a restrição de faixa etária do brinquedo ou uma frase que explicita que o brinquedo não apresenta restrição de faixa etária.”

Da leitura dos dispositivos acima transcritos, verifica-se que a autora não infringiu a legislação.

Com efeito, os brindes que estavam acompanhando os ovos de Páscoa eram: copo, caneca, caneta e pente plástico com espelho. Analisando os itens do Anexo II à Portaria INMETRO nº 108/05, constata-se que nenhum desses itens se enquadra. Ainda que a caneta acompanhando o ovo de Páscoa do Scooby Doo seja um material escolar, como aliás consta de seu rótulo principal, não há como se afirmar que não tenha função lúdica, principalmente em razão de seu formato (forma de osso).

Há de se ressaltar que nos rótulos principais existe a informação, de forma bem visível, acerca do brinde ofertado, inclusive com imagem do brinde.

Quanto à exigência de que na embalagem tenha os dizeres “Contém brinquedo certificado no âmbito do Sistema Brasileiro de Avaliação da Conformidade”, também pode ser constatado dos documentos de fls. 24/43 dos autos físicos – ID 8636153, que foi cumprida, estando essa informação no plástico que embalava os produtos. Além disso, em seguida a esses dizeres, também havia a indicação da faixa etária.

Não lograram o INMETRO e o IPEM/SP demonstrar que na embalagem do brinde, que estava dentro do ovo ou dentro da embalagem do ovo, não estavam as informações determinadas no item 1.14.2.

Desse modo, devem ser canceladas as multas referentes aos Termos Únicos de Fiscalização acostados aos autos (nºs 1001112007341, 1001112009901 e 1001112005940).

Ante o exposto, *nego provimento aos recursos de apelação*, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5018346-88.2020.4.03.0000

Agravante: FABIO ALVES LIMA

Agravada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/07/2020

DECISÃO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento interposto por FABIO ALVES LIMA contra decisão que indeferiu o pedido para concessão da tutela de urgência para autorizar o levantamento do valor de R\$ 8.192,15 reais, depositado em sua conta do FGTS, ao fundamento de que o pedido não se enquadra nos termos do art. 20, XVI da Lei 8.036/90.

Em sua minuta a parte agravante sustenta, em síntese: a) apesar da inatividade da conta vinculada e da Pandemia causada pela doença COVID-19, a qual obrigou os Governos Federal, Estaduais e Municipais a decretarem estado de calamidade pública, a gerência da requerida negou o levantamento, sob o argumento de não estar o saque no rol autorizativo da Lei 8.036/90; b) diante da situação de calamidade pública, a Lei 8.036/90, em seu artigo 20, inciso XVI, alínea “a”, prevê a liberação do saque do FGTS pelo trabalhador que resida em áreas comprovadamente atingidas; c) com a Pandemia (Covid-19) suas atividades produtivas e sua situação financeira foram severamente impactadas.

Devidamente processado o recurso, subiram os autos a este tribunal.

É o relatório.

Decido.

A concessão da tutela de urgência é medida de exceção, sendo imprescindível a verificação de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300 do CPC/15).

Quanto à urgência, trata-se de requisito que não comporta maiores digressões, uma vez que a pandemia ocasionou impacto econômico nas mais diversas áreas da economia, sobretudo nas empresas do setor aéreo, na qual o agravante trabalha, mas que, atualmente, se encontra em licença não remunerada.

Quanto à probabilidade do direito, uma primeira consideração a ser feita diz respeito ao enquadramento do pedido em uma das hipóteses autorizadoras do saque do FGTS previstas na Lei nº 8.036/1990.

A parte autora aponta a alínea “a” do inciso XVI do artigo 20 da Lei nº 8.036/1990, que trata de calamidade pública, ao passo que a CEF invoca o disposto na Medida Provisória nº 946/2020, que dispõe sobre o saque, automático, por conta da pandemia de coronavírus (covid-19), a ser realizado a partir do dia 15 de junho de 2020, limitado ao montante de R\$ 1.045,00.

Verifica-se, em princípio, que há um consenso a respeito da possibilidade do levantamento do FGTS em razão da pandemia da COVID-19, restando controvertido o ponto relativo ao seu enquadramento e às consequências dele decorrentes.

Neste ponto, entendo cabível a aplicação analógica do disposto na alínea “a” do inciso XVI do artigo 20 da Lei nº 8.036/1990, uma vez que a atual pandemia é tão grave quanto os estados de calamidade pública decorrentes de desastres naturais até então ocorridos no Brasil, pois tem afetado, mundialmente, a saúde e a economia, cujas consequências são imprevisíveis, o que justifica a aplicação do limite previsto no Decreto nº 5.113/2004, no montante de R\$ 6.220,00.

Por outro lado, embora a Medida Provisória nº 946/2020 trate especificamente da matéria no artigo 6º, é forçoso reconhecer a sua manifesta insuficiência ao limitar o montante do saque a R\$ 1.045,00 e, o que também é grave, a partir de junho de 2020, uma vez que a atual situação se iniciou no final de março, não fazendo sentido que o trabalhador aguarde todo este lapso temporal quando possui, em sua conta, fundos (valores) que possam garantir a sua subsistência durante o período da pandemia.

Quanto ao aduzido risco de colapso do sistema, cumpre anotar que a decisão apenas autoriza o saque do fundo, cujo montante, ressalte-se, pertence ao trabalhador, sendo que as políticas públicas mencionadas pela agravante poderão ser subsidiadas, se for o caso, mediante outros recursos, o que também é mitigado pela redução imposta na presente decisão.

A propósito da limitação ora aplicada, cuida-se de medida que resguarda os interesses dos trabalhadores, uma vez que não haverá autorização para “raspar o tacho”, bem como mantém o equilíbrio nas ações sociais, o que seria extremamente afetado na hipótese de manutenção do saque integral dos valores, conciliando-se, assim, os interesses individual e coletivo.

Também não vislumbro o aduzido risco de duplicidade de pagamento, uma vez que é perfeitamente possível a realização de controle pelos sistemas eletrônicos, pois tanto o saque voluntário quanto o automático, previsto na MP nº 946/2020, serão realizados da mesma conta.

Diante do exposto, *DEFIRO PARCIALMENTE* o pedido de antecipação da tutela recursal para limitar os saques ao montante de R\$ 6.220,00, nos termos do artigo 4º do Decreto nº 5.113/2004.

Intime-se a parte agravada para contraminuta.

Após, ao Ministério Público Federal.

Cadastre-se o presente feito no assunto “COVID-19”, encaminhando-se cópia à Presidência desta Corte Regional Federal e ao Conselho Nacional de Justiça.

Comunique-se ao Juízo de origem, com urgência.

São Paulo, 13 de julho de 2020.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

Direito Constitucional



AGRAVO DE INSTRUMENTO

5007553-90.2020.4.03.0000

Agravante: UNIÃO FEDERAL

Agravada: PREVENT SENIOR PARTICIPAÇÕES S.A.

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/07/2020

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - REQUISIÇÃO DE BENS E SERVIÇOS - PANDEMIA DE CORONAVÍRUS - LEI FEDERAL Nº. 13.979/2020.

1- A Constituição: “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano” – artigo 5º, inciso XXV.

2- Em relação ao direito à saúde, a Lei Federal nº 8.080/90, que disciplina os setores público e privado de assistência, faculta, aos gestores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, o exercício do poder de requisição administrativa.

3- Diante da pandemia viral, o Congresso Nacional optou por detalhar o modelo de enfrentamento ao desastre, com a edição de lei específica. O artigo 3º, inciso VII, da Lei Federal nº 13.979/2020, autoriza, *expressamente*, a “*requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa*”.

4- Trata-se de opção finalística do *legislador*, que não cabe ao Poder Judiciário afrontar, tanto mais sem a formalidade necessária e grave da declaração fundamentada sobre a suposta inconstitucionalidade da norma jurídica protetiva da coletividade. Registre-se que o Congresso Nacional respeitou a função social das requisições administrativas, facultando a *expansão* do uso de bens e serviços privados para o domínio público.

5- Acrescento, ainda, que o poder de requisição administrativa é facultado sobre bens à disposição de particulares. No regime de emergência próprio a esta medida extrema, a autoridade requisitante não está subordinada à discussão do título jurídico – ou da simples situação de fato – que ensejou a posse da coisa.

6- Agravo de instrumento provido. Agravo regimental prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por maioria, deu provimento ao agravo de instrumento, julgando prejudicado o agravo regimental, nos termos do voto do Relator, acompanhado do voto do Desembargador Federal Souza Ribeiro, vencido o Desembargador Federal Johonsom Di Salvo, que lhe negava provimento. Lavrará o acórdão o Relator, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que deferiu antecipação de tutela em ação destinada a obstar a requisição administrativa de ventiladores pulmonares, nos termos da Lei Federal nº. 13.979/2020 (fls. 10/13, ID 129173991).

A União, ora agravante, defende o poder de requisição administrativa exercido pelos gestores do Ministério da Saúde, para afetar aparelhos médicos de ventilação pulmonar.

Diz que a Constituição legitima o procedimento excepcional.

A condição de fato necessária para a adoção da medida administrativa é a declaração de calamidade pública, a partir da constatação de pandemia viral.

O pedido de efeito suspensivo foi deferido (ID 130225303).

Agravo regimental (ID 130895689), no qual a agravada argumenta com os princípios da segurança jurídica, da inviolabilidade da propriedade e da anterioridade.

Afirma que a aquisição dos 50 (cinquenta) equipamentos é anterior ao ato de requisição administrativa: a negociação foi iniciada em 2019.

Anota que os equipamentos estão sendo utilizados na cidade de São Paulo, local com grande incidência de casos e óbitos, sendo que todos os ventiladores possuíam destinação certa e provada.

Sustenta que a empresa produtora teria capacidade de atender à demanda do Ministério da Saúde, nos termos de decisão proferida pela Justiça Comum do Estado de São Paulo.

Agravo regimental, com a manutenção da decisão (ID 131630580).

O julgamento do processo foi adiado, a pedido da Procuradoria da República (ID 133534778 e 133552012).

A Procuradoria Regional da República apresentou parecer (ID 135161332).

É o relatório.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

O poder de requisição administrativa sobre bens e serviços é medida do constitucionalismo universal.

São significativas, apenas e tão-só, as diferenças relacionadas à extensão e às consequências da providência pública, de acordo com o modelo institucional de sociedade.

Estados intervencionistas, com pouco apreço pela propriedade privada, adotam a requisição administrativa como poder absoluto, sem limites. Não precisam pagar indenização pela fruição dos bens e serviços requisitados.

Nos Estados liberais, a requisição administrativa é medida excepcional, subordinada à fundamentação estrita, de justa causa.

O Estado também precisa pagar indenização ao proprietário do bem, cujo uso é destinado à

coletividade, em situação de guerra, calamidade pública ou sob outras circunstâncias excepcionais.

É o caso do Brasil.

A Constituição: “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano” – artigo 5º, inciso XXV.

Em relação ao direito à saúde, a Lei Federal nº 8.080/90, que disciplina os setores público e privado de assistência, faculta, aos gestores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, o exercício do poder de requisição administrativa: “para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização” - artigo 15, inciso XIII.

Diante da pandemia viral, o Congresso Nacional optou por detalhar o modelo de enfrentamento ao desastre, com a edição de lei específica.

O artigo 3º, inciso VII, da Lei Federal nº 13.979/2020, autoriza, *expressamente*, a “requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa”.

O modelo normativo do País não deixa dúvida quanto ao exercício do poder de requisição administrativa facultado aos gestores públicos de saúde, nos vários níveis de governança.

Quanto à *finalidade* da requisição administrativa, é certo que a operadora de saúde privada, nos termos de seu *legítimo* objeto social, pretendia destinar o uso dos ventiladores pulmonares aos seus clientes particulares.

Mas a Lei Federal nº 13.979/2020, no artigo 1º, § 1º, estabeleceu objetivo social distinto, também *legítimo*, porém mais amplo: “a proteção da coletividade”.

Trata-se de opção finalística do *legislador*, que não cabe ao Poder Judiciário afrontar, tanto mais sem a formalidade necessária e grave da declaração fundamentada sobre a suposta inconstitucionalidade da norma jurídica protetiva da coletividade.

Registre-se que o Congresso Nacional respeitou a função social das requisições administrativas, facultando a *expansão* do uso de bens e serviços privados para o domínio público.

Como na hipótese dos autos: os clientes particulares da operadora de saúde privada não serão alijados do uso dos ventiladores pulmonares; mas outros cidadãos, estranhos a esta condição econômica - a “coletividade”, segundo a opção do Congresso Nacional -, poderão fazê-lo, também.

Acrescento, ainda, que o poder de requisição administrativa é facultado sobre bens à disposição de particulares.

No regime de emergência próprio a esta medida extrema, a autoridade requisitante não está subordinada à discussão do título jurídico – ou da simples situação de fato – que ensejou a posse da coisa.

As condições dramáticas e excepcionais facultativas da medida extrema - constitucional, legal, como já foi explicitado na decisão precedente – são incompatíveis, manifestamente incompatíveis, com qualquer modalidade contenciosa, administrativa ou judiciária, de aferição sobre a natureza de fato ou de direito da detenção da coisa.

O poder requisitante tem a faculdade de afetação de qualquer bem na posse do particular, pouco importando a relação jurídica da coisa com o requisitado.

Esta questão *poderá* ser relevante, não no momento do apossamento do bem pelo gestor público, mas, depois, quando, nas limitações impostas pelo Estado Democrático de Direito, o poder requisitante é obrigado a indenizar pelo uso público da coisa particular.

Por último, os precedentes jurisprudenciais invocados contra a posição da União são estranhos à realidade fático-jurídica do presente caso.

A decisão liminar da Presidência do TRF5 trata da hipótese de requisição administrativa de bem *público*. Não há elementos suficientes para conhecer toda a complexidade daquele caso, mas a informação preliminar é que a União teria afetado bem à disposição do Município do Recife.

Quanto à decisão unânime adotada no Plenário do Supremo Tribunal Federal (MS 25.295-2), é exato que o decreto subscrito, em março de 2.005, pelo Presidente da República e pelo Ministro de Estado de Saúde, foi censurado de modo acerbo e inusual: “intervenção disfarçada, enrustida”, “fraude constitucional”, “decreto calamitoso”, “medida inconstitucionalíssima”, “meio dissimulado da prática de atos de nítido caráter interventivo”.

A realidade daquele caso é distinta do atual. Tratou-se, então, de fraude constitucional praticada pela União contra bens e serviços hospitalares do Município do Rio de Janeiro.

Aqui, a União, em cumprimento ao desígnio do legislador, quer ampliar a finalidade do uso de *bens particulares*: da fruição de clientes privados de certa empresa, para a coletividade de cidadãos – entre os quais estão incluídos os citados clientes privados, registre-se uma vez mais.

Por estes fundamentos, dou provimento ao agravo de instrumento. Prejudicado o agravo regimental.

É o voto.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

VOTO

A Constituição Federal estabelece: “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano” (artigo 5º, inciso XXV). O seu artigo 37, § 6º, elegeu a responsabilidade objetiva do Poder Público para indenizar o administrado, teoria do risco administrativo, segundo a qual o Estado tem o dever de indenizar mesmo que pratique atos lícitos.

Logo, mesmo que não houvesse lei ordinária regulando a espécie, o poder de requisitar poderia ser exercitado conforme regras constitucionais *self executing*.

Apesar disso, no âmbito dos assuntos de saúde temos a Lei nº 8.080/90, que assim disciplina o exercício do poder de requisição administrativa: “para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização” (artigo 15, inciso XIII).

Mas para tudo deve haver um limite e ele está no nicho amplo do senso comum da vida real, e não na estratosfera onde habita a Constituição.

É de sabença comum em Direito Administrativo que a requisição existe para obviar e contornar riscos e perigos; ela não pode criar mais riscos e mais perigos. E, infelizmente, foi essa a situação que a agravante criou através do ofício requisitório nº n.º 43/2020/CGIES/DLOG/SE/MS, por sinal, desmotivado e por isso inválido, como se verá oportunamente.

Um singelíssimo conceito de requisição é dado por Zanella di Pietro: “ato administrativo unilateral, autoexecutório e oneroso, consistente na utilização de bens ou de serviços particulares pela Administração, para atender a necessidades coletivas em tempo de guerra ou em caso de perigo público iminente.” (Direito administrativo, 31ª ed.– Rio de Janeiro: Forense, 2018).

Segue daí, sem dúvida, que o escopo dessa medida extrema é incidir sobre bens particulares APENAS para combater necessidades coletivas em tempo de guerra ou quando há perigo público iminente.

Na espécie, a requisição *vem a criar perigo*, senão público, pelo menos para um número indeterminado de pessoas (notadamente sexagenários) que pagaram pelos serviços da entidade privada de saúde, eis que a União – para suprir as necessidades do SUS – está *canibalizando* os estoques de equipamentos médicos dos hospitais privados, claramente impedindo que essas entidades – que são coadjuvantes do Poder Público na prestação da saúde, ex vi do artigo 197 da Constituição – possam prestar o socorro terapêutico às vítimas da Covid-19 que os procuram.

É certo que leitos e serviços hospitalares podem ser requisitados (artigo 15, XIII, Lei nº 8.080/90), mas desde que, dessa medida *não resultem outros danos e perigos*. Tal como subtrair atendimento médico numa região para suprir outra.

Aqui, a entidade privada destinava os ventiladores pulmonares comprados em 2019 – respiradores – aos seus clientes particulares, aqueles que ao longo do tempo pagaram pelos serviços de saúde que viessem a precisar e que a empresa oportunizava contratualmente.

Logo, não há sentido algum em o Poder Público requisitar de entidades particulares de prestação de saúde os respiradores – em uso ou para serem entregues – que funcionam como terapia contra os malefícios da Covid-19 para alocá-los na rede pública, subtraindo dos doentes dessa moléstia que procuram socorro junto à entidade de plano de saúde (para a qual verteram substanciais quantias) o mesmo tratamento.

O Poder Público brasileiro – de regra inepto – despe um santo para vestir outro.

Historicamente o Poder Público não oferece serviços de saúde compatíveis com as necessidades nacionais, compelindo pessoas com maior poder aquisitivo a buscar abrigo em planos de saúde, situação que não é pecaminosa e é bem vista sob o prisma do liberalismo econômico que retornou à moda.

Quando surge a atual pandemia, esse Poder Público que nunca na História desta nação ofereceu serviços de saúde corretos ao povo brasileiro, usa os poderes (legítimos) de requisição, mas de um modo perverso: subtrai os equipamentos da entidade que suplementava a prestação de saúde (voltada a quem pagava por isso há anos) para socorrer o serviço de saúde público, impedindo o socorro de quem pagou – além dos impostos escorchantes cobrados de qualquer brasileiro – para ter esse tratamento quando dele precisasse.

Não tem o menor sentido prático e moral sucatear ou canibalizar hospitais e entidades particulares razoavelmente aparelhados, tirando-lhes a capacidade de atender seus pacientes, para atender os doentes do SUS.

Como ficarão os doentes que procurarem os estabelecimentos privados que sofrerem essa requisição – hoje e doravante, pois a pandemia não vai parar antes que surja uma vacina – ao quais pagaram na expectativa de obter tratamento ? Terão de correr às filas do SUS, aos hospitais de campanha inundados (<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/06/27/chuva-invade-hospital-de-campanha-do-anhembi-em-sp-veja-video.ghtml>) isso porque o Estado não aparelhou a saúde pública e agora desaparela a rede privada.

De fato, após a aprovação em 2016 do chamado “teto de gastos” (EC nº 95), o sistema de saúde deixou de receber R\$ 20 bilhões, segundo o próprio Conselho Nacional de Saúde (CNS); é óbvio que a situação que já era ruim, piorou.

Agora, atira-se no colo dos hospitais privados e dos cidadãos que a duras penas pagaram planos de saúde, o ônus de ficarem sem tratamento pelo qual já pagaram, para suprir a incúria estatal.

Diante do precedente criado, imagine-se outra hipótese (por sinal, que poderia ter ocorrido com uma epidemia anterior, a do H1N1): surge uma vacina, entidades particulares mais ricas e expeditas compram lotes dessa vacina antes que o faça o letárgico Poder Público e colocam o medicamento à disposição de quem possa pagar pela dose. Animado pelo precedente criado aqui, o Estado requisita o estoque para vacinar pessoas em outras regiões do país, subtraindo a vacina do local para onde a compra foi cogitada.

Outra: hospitais privados, sem as amarras da Lei nº 8.666/93, importam equipamentos de proteção individual para seus funcionários; na alfândega, o Poder Público requisita tudo para usar nos hospitais públicos, despidendo de proteção os médicos e enfermeiros dos nosocômios privados.

É claro que a requisição em tema de saúde pública é possível, mas não em dimensão que sucateia a rede privada de saúde, que também mereceu proteção constitucional (artigo 197), o que significa que aquele que paga pelos serviços de saúde merece tanto respeito quanto o brasileiro que se vale do SUS.

A espécie dos autos tem mais um complicador em detrimento da requisição. A empresa agravada - empresa PREVENT SENIOR PRIVATE OPERADORA DE SAÚDE LTDA. - é uma entidade prestadora de saúde cuja clientela é de sexagenários, pessoas com idade mínima de 60 anos, justamente o maior grupo de risco da Covid-19.

Ou seja, a atitude da União, despojando o hospital particular dos respiradores essenciais ao grupo de risco (sexagenários) pode inviabilizar tratamentos dessas pessoas diretamente atingidas pelo mal; e a União assim procede para alocá-los aonde? A quem serão destinados os respiradores? Ficarão no Estado de São Paulo (sede da empresa atingida e onde está a massa de seus sexagenários-usuários) ou serão destinados a outro ente federativo, permanecendo fora do alcance dos sexagenários que pela via contratual contatam com o tratamento e que não terão, efetivamente, acesso a tratamento nos respiradores que foram ao depois requisitados pela potestade administrativa da União?

O enxame de dispositivos legais e argumentos trazidos na minuta – inclusive o das “escolhas trágicas” – não suplanta a realidade criada pela União: os pacientes do SUS merecem tratamento; aqueles que, além de pagar impostos escorchantes para custar o próprio SUS, e ainda buscam socorro privado, devem ser alijados do tratamento pelos respiradores comprados pela empresa PREVENT SENIOR PRIVATE OPERADORA DE SAÚDE LTDA.

No ponto, nem há que se dar importância ao surrado argumento das “escolhas trágicas”, já que aqui a União está elegendo quais cidadãos deverão ser alijados de tratamento pelos respiradores: aqueles que pagaram para isso. A imoralidade administrativa e a pessoalidade da conduta da Administração no caso dos autos infringe o artigo 37 da Constituição.

Mas a ilegalidade não para por aí.

O ato de requisição – um ofício – é despido de motivação, que é o elemento essencial de qualquer ato administrativo que interfere na vida jurídica ou pessoal alheia, como sustenta a doutrina nacional e estrangeira (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Motivo e motivação

do Ato Administrativo. RT, São Paulo, 1979, p. 110 - BIELSA, Rafael. Compendio de Derecho Público. Buenos Aires, 1952, II/27 - JÈZE, Gaston. Principes Généraux du Droit Administratif. Paris, 1962, III;219).

A menção à justificativa (motivação) é imperiosa (STF: MS 25518, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 14/06/2006, DJ 10-08-2006 PP-00020 EMENT VOL-02241-02 PP-00374 RTJ VOL-00201-02 PP-00550 - RE 160381, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 29/03/1994, DJ 12-08-1994 PP-20052 EMENT VOL-01753-03 PP-00479).

Simples referência genérica à “necessidade de enfrentamento da situação de emergência em saúde pública de interesse nacional decorrente do Coronavírus (COVID-19)”, sem qualquer menção a necessários critérios de distribuição e destinação dos aparelhos, a justificar essa medida extrema que subtrai de alguns pacientes a terapia respiratória em favor de outros, é insuficiente para justificar o *discrímen* entre cidadãos brasileiros.

Aqui, é óbvio que não se trata de intervenção do Judiciário em política pública, mas sim – e efetivamente – de examinar a validade do ato administrativo em sua organicidade, perscrutando os chamados “motivos determinantes”. Que não foram mencionados de modo a justificar aquilo que a própria União diz ser uma “escolha trágica”.

Sem motivação no ofício n.º 43/2020/CGIES/DLOG/SE/MS, como será possível responder a pergunta: *porque* o sexagenário contratante da empresa Prevent Senhor Ltda. deve ser aliado de um respirador, em favor de alguém vinculado ao SUS ?

Ora, se a empresa Prevent Senhor Ltda. é *coadjuvante* do Poder Público no enfrentamento da pandemia (art. 197 da Constituição) qual motivo seria “determinante” de subtrair dela um equipamento necessário – e já em uso – a esse enfrentamento ?

Esse é um ponto importante: a União requisitou *RESPIRADORES JÁ EM USO* pela empresa destinados a tutelar a saúde de pessoas em grupo de risco da pandemia de Covid-19, fazendo-o através do ofício n.º 43/2020/CGIES/DLOG/SE/MS, e não há uma só linha que indique a *razão objetiva* (se subjetiva, seria mais uma afronta ao art. 37 da Magna Carta) para apoderar-se de equipamento médico alocado em UTI e em uso, ainda que em parte.

A União, em seus arrazoados, sustenta que a requisição em causa serve para preservação da saúde da população. *Qual população ?* Acaso os usuários dos serviços da agravada não fazem parte do conceito de população ? Porque eles não podem ser tratados com os respiradores pelos quais, indiretamente, pagaram ?

Cabe à União, como ela mesma afirma, “planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas”(art. 21 da Constituição).

Na sequência de não planejar e não defender a população contra a calamidade do Covid-19, a União quer despojar os particulares que possuem equipamentos de combate ao mal, especialmente a agravada que, diligentemente ao contrário da União, comprou 50 respiradores de fornecedor internacional.

A ausência de motivação é clara e custa crer que a União se preste a uma atitude como a mencionada nos autos sem a devida justificativa, essencial no Estado Democrático de Direito, quando o clássico *jus imperium* estatal vem perdendo força.

Recordemos Hely Lopes Meirelles: “No Direito Público o que há de menos relevante é a vontade do administrador. Seus desejos, suas ambições, seus programas, seus atos, não têm eficácia administrativa, nem validade jurídica, se não estiverem alicerçados no Direito e na Lei. Não é a chancela da autoridade que valida o ato e o torna respeitável e obrigatório. É a legali-

dade a pedra de toque de todo ato administrativo. Ora, se ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei, claro está que todo ato do Poder Público deve trazer consigo a demonstração de sua base legal e de seu motivo. Assim como todo cidadão, para ser acolhido na sociedade, há de provar sua identidade, o ato administrativo, para ser bem recebido pelos cidadãos, deve patentear sua legalidade, vale dizer sua identidade com a lei. Desconhecida ou ignorada sua legitimidade, o ato da autoridade provocará sempre suspeitas e resistências, facilmente arredáveis pela motivação.” (Direito Administrativo Brasileiro. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 98 - grifei).

Por isso que “a motivação do ato administrativo deve ser explícita, clara e congruente, vinculando o agir do administrador público e conferindo o atributo de validade ao ato. Viciada a motivação, inválido resultará o ato, por força da teoria dos motivos determinantes. Inteligência do art. 50, § 1.º, da Lei n. 9.784/1999” (STJ: RMS 56.858/GO, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe 11/09/2018).

“A motivação é a declaração escrita dos motivos que ensejaram a prática do ato e integra a forma do ato administrativo, acarretando a sua ausência a nulidade do ato, por vício de forma” (STJ: RMS 55.732/PE, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/05/2019, DJe 30/05/2019).

Ainda sobre a obrigatoriedade da motivação: STJ: MS 15.290/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/10/2011, DJe 14/11/2011.

Outra consideração não pode ser desprezada. Como não se sabe para onde irão os respiradores requisitados – quiçá para outras cidades deste ou de outros Estados, ou para demais regiões do país – a situação se torna preocupante para os cidadãos paulistanos do grupo de risco quando se sabe que a Capital *recomeça* a ser atingida pela pandemia.

A União *abusa* do bom senso (e da paciência) ao dizer que a permanência dos respiradores com a empresa não se justifica porque com isso se dará “atendimento de um interesse privado, surgindo daí o risco de aparelhos serem utilizados localmente, para uma pequena parcela de beneficiários, em detrimento de outras localidades com maior necessidade no curto prazo”.

O argumento não pode ser levado a sério, é quase um insulto ao trabalho realizado pelas entidades privadas de saúde. Ultrapassa os limites do tolerável que o Poder Público – que depende de entidades privadas como coadjuvantes de suas ações na área da saúde – chegue ao ponto de afirmar que o tratamento médico a pessoas de grupo de risco de Covid-19 por hospital privado atende a “interesse privado” de uma pequena parcela de beneficiários. Convenientemente o Poder Público esquece que esses “beneficiários” – que implicitamente a União insinua serem “privilegiados” – *pagaram* pelo atendimento e, sendo atendidos no hospital da Prevent Senior Ltda. eles estão *DESONERANDO as unidades de saúde estatais*, liberando recursos para o SUS.

Aqui, não se está tratando de princípios etéreos e filigranas jurídicas; a temática atinge a vida humana REAL, sem ideologias ou o detestável, verborrágico e inútil juridiquês.

A atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro-LINDB estabelece que “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão” (artigo 20).

A consequência prática da decisão favorável à União é privar sexagenários de atendimento médico capaz de salvar-lhes a vida, em nosocômio privado, depois que as vítimas pagaram pelo atendimento possível, para com isso aumentar as filas de espera nas portas das unidades públicas de saúde, depois que o Poder Público, imprevidente, deixou de se preparar para os efeitos

da pandemia, sendo certo que há indícios de que desde janeiro do corrente ano já se sabia da presença do vírus entre nós (<https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/04/03/mandetta-e-possivel-que-tenhamos-tido-casos-da-covid-19-em-janeiro-ou-antes.ghtml>).

Pelo exposto, vênia do e. Relator, voto para *NEGAR PROVIMENTO* ao agravo e *ratificar* a interlocutória recorrida. Prejudicado o agravo regimental.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO

Direito Empresarial



APELAÇÃO CÍVEL

0005685-45.2013.4.03.6100

Apelantes: NESTLÉ WATERS BRASIL - BEBIDAS E ALIMENTOS LTDA., RADESCO MINERAÇÃO LTDA - ME

Apeladas: AS MESMAS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/07/2020

EMENTA

EMPRESARIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. MARCA. EXCLUSIVIDADE INDIVIDUAL NO USO DE NOME DE MUNICÍPIO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Inviável que pessoa jurídica de direito privado detenha o privilégio na utilização de nome de município, máxime quando o designativo guarda relação de pertinência com a gênese do produto assim identificado (art. 124, IV, VI, IX e XV; art. 181; Lei nº 9.279/1996).
2. Marcas fracas, que em princípio sequer poderiam ser registradas, dado seu caráter genérico, implicam mitigação do predicado da exclusividade.
3. Arrenega-se o atributo de contrafação quando um sinal mercantil é formado por lexemas de baixa distinção e a marca complexa posterior possui termos adicionais aptos a criar um conjunto semântico díspar (*tout indivisible*).
4. A marca de água mineral “São Lourenço” não pode ser óbice ao signo comercial “São Lourenço da Serra” - dado que se apostile a ausência de exclusividade no elemento nominativo -, mormente por tratar-se de municípios diversos e serem as embalagens e rótulos subjacentes suficientemente dessemelhantes (sinais mistos), de maneira a inviabilizar, mesmo hipoteticamente, a possibilidade de confusão do consumidor.
5. Apelação da autora provida. Recurso da ré desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, deu provimento à apelação da autora Radesco Mineração, e negou provimento ao recurso da ré Nestlé Waters Brasil, para que o pedido seja julgado procedente e o INPI proceda ao registro da marca “São Lourenço da Serra” (processo nº 823194272), constando em apostila a ausência de exclusividade do elemento nominativo; condenando as rés em honorários sucumbenciais fixados em 15% do valor atualizado da causa e julgou improcedente a reconvenção, condenando a reconvincente em honorários fixados em 10% sobre o valor da causa originária. Por maioria, deixou de condenar a reconvincente ao pagamento de indenização pelos prejuízos advindos da antecipação de tutela, ante a não execução da medida, nos termos do voto do Des. Fed. Wilson Zauhy, acompanhado pelos Desembargadores Carlos Francisco e Marcelo Saraiva, vencido o Relator Des. Fed. Hélio Nogueira, acompanhado pela Juíza Federal Convocada Giselle França, que condenavam a reconvincente a indenizar a reconvincente pelos prejuízos advindos da antecipação de tutela (fl. 576), consoante previsto no art. 302 do CPC, indenização a ser calculada quando da liquidação do julgado, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

RELATÓRIO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Trata-se de dupla apelação em face de sentença (fls. 755/760) que julgou improcedente a ação e parcialmente procedente a reconvenção para que a autora, Radesco Mineração, abstenha-se do uso do logotipo “São Lourenço” para identificar seus produtos.

Sustenta a ré, Nestlé Waters Brasil, em suma, que a autora deve indenizá-la pelo uso indevido de sua marca, devendo o montante ser apurado em liquidação de sentença.

Alega Radesco Mineração, em síntese: (i) inviável que uma empresa se aproprie com exclusividade de um nome de Município; (ii) cerceamento de defesa por indeferimento de prova pericial; (iii) a reconvenção não poderia ser acolhida, considerando a incompetência absoluta da Justiça Federal para ações de obrigação de não fazer por violação da marca, com pedido indenizatório, pois o INPI não detém interesse em tais pleitos.

Contrarrazões do INPI asseverando, em suma, que não se trata de nome geográfico.

Contrarrazões da Nestlé sustentando que (a) São Lourenço não é indicação geográfica, nem marca fraca, mas marca famosa, de alto renome e que há a possibilidade de associação indevida entre os produtos das partes; (b) não são registráveis sinais que imitem ou reproduzam marca que o requerente não poderia desconhecer; (c) competência do INPI para registro de indicação geográfica; (d) em prol do princípio da economia processual, a apelada pode cumular pedidos na esfera Federal.

É o relatório.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

VOTO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Não é registrável como signo mercantil, por particular, a designação de ente público, tampouco indicação geográfica ou nome civil (art. 124, IV, IX e XV da Lei de Propriedade Industrial).

Com efeito, não parece razoável atribuir, com exclusividade, a determinada sociedade empresária a exclusividade de uso de nome de um Município.

No direito comparado, em caso francês (Case No. 15/24810, Atout France, Cour d'appel de Paris, Sept. 22, 2017), foi estabelecido que os estados detêm direitos sobre os nomes dos países respectivos, independentemente de registro - pois são elementos de identidade símile a patronímicos -, de sorte que se promoveu à anulação da marca “France.com”.

Na mesma senda, a Corte Federal Alemã de Patentes considerou irregistrável os termos “Auerbach” (Case No. 25 W (pat) 41/15) e “Machu Picchu” (Case No. 25 W (pat) 7/15).

A jurisprudência nacional disso não destoa, inclusive entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no REsp 1092676 no sentido de que “A titularidade para registro de indicação geográfica é, em regra, coletiva, não cabendo direito de exclusividade a quem obtém o registro de marca que a contenha”:

(...) EXCLUSIVIDADE DE UTILIZAÇÃO, EM MARCA, DE NOME DE RIO. DESCABIMENTO.
(...)

2. A titularidade para registro de indicação geográfica é, em regra, coletiva, não cabendo direito de exclusividade a quem obtém o registro de marca que a contenha.

(*REsp 1092676/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 28/05/2012*)

No mesmo sentido, aponto julgados do TRF2 e do TRF5, um deles especificamente tratando de comercialização de água com nome da localidade da fonte:

PROPRIEDADE INDUSTRIAL. REGISTRO MARCÁRIO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. ÚNICO ELEMENTO NOMINATIVO. NOME DE CIDADE. INAPROPRIAÇÃO POR EXCLUSIVIDADE. Não é registrável marca nominativa cujo único elemento consiste em nome de cidade que não deve, portanto, ser excluído do uso da coletividade, tais como os algarismos, as letras etc. (inciso II, do art. 124, da LPI). Nome de lugar pode ser incluído em marca nominativa, mas não consistir em seu único elemento. Apelação a que se dá provimento.

(*AC 05186020320064025101. Des. Rel. Marcello Ferreira de Souza Granado, TRF2. Publicado em 19/12/2008*).

“É vedada a utilização de indicação geográfica - como Gravatá, por exemplo - para servir de marca comercial, na forma do Art. 124, IX da Lei 9.279/1996. Inteligência do dispositivo numa interpretação teleológica e sistemática com os artigos 177 e 182 da mesma Lei”. (...) 7. Apelo da empresa LUANDA INDUSTRIAL E COMERCIAL LTDA. improvido. Apelo da empresa ÁGUA MINERAL GRAVATÁ INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. provido, em parte”.

(*AC 200183000213243, Desembargador Federal Francisco Wildo, TRF5 - Primeira Turma, DJ - Data::25/02/2005 - Página::741 - Nº::38*.)

Recentemente, esta Corte Regional também se posicionou no sentido de que o termo “Ribeirão Preto” não pode ser de titularidade exclusiva de qualquer marca:

“Se a requerente procurou ligar sua marca ao local em que está sediada, é óbvio que terá que conviver com o direito de outras escolas particulares adotarem o mesmo expediente, sob pena, inclusive de estar se apropriando do nome de um ente público e a prevalecer a tese da autora, até mesmo o município de Ribeirão Preto poderia estar impedido de atribuir a uma de suas escolas públicas o seu próprio nome”.

(*Ap 00018756620074036102, JUÍZA CONVOCADA TAÍS FERRACINI, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/10/2017*)

Mesmo parcela doutrinária, máxime estrangeira, que admite o registro de nome de cidade como marca, impõe como pressuposto necessário um alto grau de arbitrariedade na escolha (isto é, não pode ter uma relação de pertinência direta com o produto ou serviço) e desde que não seja capaz de incutir indevidamente a ideia de falsa procedência aos consumidores.

Nesse sentido, o art. 181 da LPI prevê que “nome geográfico que não constitua indicação de procedência ou denominação de origem poderá servir de elemento característico de marca para produto ou serviço, desde que não induza falsa procedência”.

Atente-se: apenas pode ser elemento, e não a marca em si, e não pode guardar correlação com a gênese do produto.

Tal parece ter sido o fundamento adotado em julgado do STJ que admitiu a existência da marca “Curitiba”:

“Na hipótese, o termo ‘Curitiba’ não se relaciona diretamente com o serviço cuja individualização se busca com o registro da marca - venda de veículos - tampouco com as características inerentes ao serviço identificado, motivo pelo qual não incide a vedação prevista no art. 124, inciso VI, da Lei nº 9.279/1996.

3. O vocábulo ‘Curitiba’ não ostenta as características próprias de indicação de procedência ou denominação de origem cujo registro é vedado pela lei, pois a disciplina legal da registrabilidade de indicações geográficas pressupõe a notoriedade da região na elaboração de produtos ou prestação de serviços, nos termos do art. 182 da LPI, o que não se evidencia nestes autos. (...)

4.2 No caso, apesar de as empresas (autora e ré) atuarem em ramos comerciais próximos, inocorreu a contrafação, senão a mera aplicação do vocábulo “Curitiba”, que por si só não é capaz de ensejar o reconhecimento de utilização descabida de marca mista alheia.

(REsp 1237752/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 27/05/2015)

Não obstante, repare-se, primeiramente, que se trata de julgado anterior ao supracitado REsp 1092676 - que assentou, peremptoriamente, a inviabilidade de titularidade exclusiva de indicações geográficas -, inclusive no qual sai vencido o Ministro Luis Felipe Salomão, que seria o relator do acórdão posterior.

Em segundo lugar, reconhece a possibilidade da existência da marca “Curitiba” apenas porque não tem qualquer relação com a produção de carros pela empresa titular; no caso em tela, todavia, a marca “São Lourenço” indica a própria procedência da água comercializada, não gozando de qualquer arbitrariedade que possa descaracterizar a vedação do art. 124, VI, da LPI.

Ou seja, na verdade, trata-se de sinal descritivo comum de característica do produto:

“O registro de termo que remete a determinada localização geográfica no nome empresarial, por se referir a lugar, não confere o direito de uso exclusivo desse termo. - É permitido o registro de marca que utiliza nome geográfico, desde que esse nome seja utilizado como sinal evocativo e que não constitua indicação de procedência ou denominação de origem”.

(REsp 989.105/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/09/2009, DJe 28/09/2009)

Com efeito, é um sinal que sequer poderia ter sido registrado, já que implica, na prática, no monopólio da indicação geográfica da fonte aquífera.

A indicação geográfica subdivide-se em indicação de procedência e denominação de origem.

Indicação de procedência é o nome do local que tenha se tornado conhecido como centro de extração ou produção de determinado produto ou prestação de dado serviço (art. 177, LPI).

Temos como indicações de procedência reconhecidas pelo INPI, por exemplo, Pelotas, para identificar doces tradicionais (IG 200901), e Franca, com relação a calçados (IG201012).

Repare-se que qualquer produto, desde que promane de tais localidades, pode utilizar-se da indicação geográfica (art. 178, LPI), já que não se trata de marca. Por outro lado, o que a apelada fez, ao registrar como sinal mercadológico uma indicação de procedência, na prática, foi estabelecer o monopólio de tal identificação, em detrimento de todos os empresários congêneres da região, o que é inadmissível, principalmente considerando-se o mandamento constitucional da livre concorrência.

Denominação de origem, por sua vez, é o nome de local que designe produto ou serviço cujas características se devam exclusiva ou essencialmente ao meio geográfico (art. 178, LPI).

Tem-se como denominação de origem, reconhecida pelo INPI, por exemplo, Porto (IG201013), com relação a vinhos. Assevera-se que as características mesológicas e climáticas particulares da região são determinantes para os caracteres da bebida ali produzida.

Atente-se, novamente, que inexistente signo mercantil que possa arrogar-se a exclusividade na identificação da origem portuense; a denominação serve antes como uma espécie de selo de qualidade. Assim, temos a marca “Quinta do Valado”, com a denominação de origem “Porto”. As marcas “Feist” e “Ferreira”, com símile apontamento, nenhuma podendo alegar infração de propriedade industrial.

É discutível se “São Lourenço” poderia ser considerada uma denominação de origem, vez que poderia ser arguível alguma característica peculiar do líquido que promana da cidade, máxime considerando-se que, para ser considerada mineral, a água deve conter algumas características estabelecidas no Decreto-lei n. 7.841/1945 (Código de Águas Minerais), o que não deixa de ser de certa forma uma marca de certificação (art. 123, II, LPI).

Não obstante, independentemente da modalidade, fato é que uma indicação geográfica não pode ser exclusivamente titularizada para a identificação de produto ou serviço que guarda relação de pertinência com o local.

Nesse sentido, decisão do Supremo Tribunal Federal que, embora vetusta, é hodiernamente aplicável ao caso, máxime por ter permitido a coexistência das marcas de água mineral “LINDOIA” e “LINDOYA”:

“Marca. Propriedade industrial. Como marca, o nome Lindóia ou Lindóya é inapropriável, pertencendo cumulativamente a todos os concessionários de lavra estabelecidos em Águas de Lindóia. A proteção da marca é restrita à designação da fonte e ao respeito ao nome de fantasia, assegurando-se, outrossim, a exclusividade do rotulo”.

(RE 92556, Relator(a): Min. SOARES MUNOZ, Primeira Turma, julgado em 27/05/1980, DJ 13-06-1980 PP-04464 EMENT VOL-01175-02 PP-00623 RTJ VOL-00099-03 PP-00762)

Deveras, constava do registro de marca “LINDOIA”, marca mista “sem direito ao uso exclusivo do termo nominativo” (RPI 1298, despacho 261; RPI 1326, despacho 300).

A despeito de a apelante alegar que foi ela quem deu o nome à cidade, e não o contrário, repare-se que apenas houve pedido de registro em 01.07.1997 (RPI 1387, Despacho 003) e a titular da marca é uma sociedade originariamente estrangeira.

O Município de São Lourenço, não obstante, existe oficialmente desde 01.04.1927.

Além do mais, descabe uma análise paleontológica das origens da denominação. Fato é que, quando do pedido do registro (*tempus regit actum*), tal termo era irregistrável, ou, ainda que procedimento normativamente falho, dever-se-ia ao menos ressaltar a ausência de exclusividade do elemento nominativo.

Esse, inclusive, tem sido o procedimento adotado pelo próprio INPI: com relação à marca mista de água mineral “CAXAMBU”, há apostila constando “sem direito ao uso exclusivo da palavra Caxambu” (processo nº 811091309; RPI 762) - mesma solução adotada à marca mista de água mineral ARAXÁ (processo nº 811091317; RPI 1300) - não coincidentemente, todos municípios de Minas Gerais pertencentes ao Circuito das Águas, tal qual SÃO LOURENÇO.

Dessa sorte, a autarquia, ao defender a validade da marca, adota aqui posicionamento contraditório com o que amiúde a própria adota administrativamente (*venire contra factum proprium*).

Nessa senda, o Superior Tribunal de Justiça tem arrenegado do atributo da exclusividade as “marcas fracas”, na verdade, alternativa adotada jurisprudencialmente para signos tão ausentes de distinção que sequer poderiam ter sido registrados em primeiro lugar:

“Marcas fracas ou evocativas, que constituem expressão de uso comum, de pouca originalidade e sem suficiente forma distintiva atraem a mitigação da regra de exclusividade do registro e podem conviver com outras semelhantes”.

(AgInt no AREsp 1062073/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 20/03/2018)

Advirta-se, além do mais, que sequer há alegar possibilidade de confusão dos consumidores, consoante pode ser dessumido das fotos anexadas às fls. 66/76.

Quiçá, exatamente por estar cônica da ausência de distinção do elemento nominativo, a ré buscou adicionar elementos distintivos à sua marca, adotando uma fonte cursiva rubra em um rótulo branco com uma figura leonina e uma casa simulando a origem da empresa, além de uma garrafa de 300 ml com coloração esverdeada e formato específico (embora, aqui corretamente, o INPI reconheceu a ausência de exclusividade na figura da garrafa, fls. 76, 175 e 183).

A autora, ao seu turno, tem um rótulo com matiz cerúleo e com representações de ondas d'água e com o elemento normativo “São Lourenço” em naval, seguido por “da Serra” em vermelho e em linha diversa, claramente dando realce ao segundo segmento, de maneira a distinguir o logotipo. Ainda, a autora comercializa galões de 20 e 10 litros, além de embalagens de 140 ml em formato bastante particular (fl. 69).

Nesse contexto, a ausência de colisão semiótica é patente quando se atenta que São Lourenço da Serra é, inclusive, um município diverso do da apelante, localizado neste Estado de São Paulo, onde a autora - constituída em 1996 (fl. 24) - tem sua sede (fls. 20 e 25), além de ter obtido outorga do Ministério de Minas e Energia para lavrar água na localidade (fl. 59) - identificando, assim, seu produto - desde 1999 (fl. 66).

Ou seja, mais do que inviabilizar a identificação geográfica da própria fonte aquífera, a ré objetiva a impossibilidade de identificação geográfica de qualquer local que tenha o nome do santo.

Nessa senda, outrossim, tem se arrenegado o atributo de contrafação quando um sinal mercantil é formado por lexemas de baixa distinção e a marca complexa posterior possui elementos nominativos adicionais aptos a criar um conjunto semântico díspar (*tout indivisible*).

No caso paradigmático francês, reconheceu-se que o registro da marca EAU DE ROCHE não infringiria a marca anterior ROCHE (Cass. 2 déc. 1974, Analles 1975, p.88).

A jurisprudência do STJ disso não destoa...

“Faz-se necessário, para o exame do fenômeno da colisão de marcas, não somente a aferição do ramo de atividade comercial das empresas combatentes, mas deve-se apreciar também a composição marcária como um todo. É que a proteção da marca é limitada à sua forma de composição, porquanto as partes e/ou afixos de dado signo - ainda mais quando essencialmente nominativo - podem ser destacados e combinados com outros sinais, resultando em um outro conjunto simbólico essencialmente distinto. É o fenômeno da justaposição ou aglutinação de afixos em nomes, que podem constituir outras marcas válidas, no mesmo ramo de atividade econômica (v.g.: Coca-Cola e Pepsi Cola)”.

(REsp 862.067/RJ, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVO-CADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 10/05/2011)

... já tendo afastado a colisão das marcas CHESTER e CHESTER CHEETAH (AgRg no REsp 1346089/RJ, DJe 14/05/2015), MACEDO e CHARQUE MACEDO (REsp 900.568/PR, DJe 03/11/2010) DECOLAR VIAGENS E TURISMO e “DECOLAR.COM” (REsp 773.126/SP, DJe 08/06/2009) FIESTA E MOÇA FIESTA (REsp 949.514/RJ, DJ 22/10/2007, p. 271) TELEMAR e TELEMAR (AgInt no AREsp 1062073/RJ, DJe 20/03/2018) INSALATA e INSALATA FARNELLA (AgInt no REsp 1338834/SP, DJe 23/02/2017), dentre outros, inobstante os produtos e serviços respectivos fossem do mesmo ramo mercadológico.

Na verdade, a própria convivência pacífica de décadas entre ambas as identificações mercantis demonstra, faticamente, a possibilidade de coexistência harmônica.

Em suma, seja porque é inviável a exclusividade no uso de nome de município, seja porque se trata de município diverso, seja porque os produtos são suficientemente distintos para não caracterizar, mesmo remotamente, possibilidade de confusão ao consumidor, não há negar o registro de marca da autora, dado que se apostile igualmente a ausência de exclusividade do elemento nominativo.

Ante o exposto, voto por *DAR PROVIMENTO* à apelação da autora, Radesco Mineração, e *NEGAR PROVIMENTO* ao recurso da ré, Nestlé Waters Brasil, para que o pedido seja julgado procedente e o INPI proceda ao registro da marca “São Lourenço da Serra” (processo nº 823194272), constando em apostila a ausência de exclusividade do elemento nominativo.

Condeno as rés em honorários sucumbenciais que fixo em 15% do valor atualizado da causa.

Como corolário, julgo improcedente a reconvenção, condenando a reconvinte em honorários fixados em 10% sobre o valor da causa originária, bem como devendo a mesma indenizar a reconvinda pelos prejuízos advindos da antecipação de tutela (fl. 576), consoante previsto no art. 302 do CPC, indenização a ser calculada quando da liquidação do julgado.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Carlos Francisco: Com a devida vênia, divirjo parcialmente do e.Relator.

Pelo que consta dos autos, apesar da antecipação de tutela para que autora-autora não fizesse uso da marca controvertida, bem como da sentença em seu desfavor, não houve execução da medida porque houve decisão monocrática desta E.Corte (agravo de instrumento nº 0022483-48.2013.4.03.0000, em 09/10/2013), concedendo efeito suspensivo ao recurso (fls. 716/718 e 737).

Assim, não é possível a condenação da ré ao pagamento de indenização com fundamento no art. 811 do CPC/1973 (art. 302 do CPC/2015).

Assim, *acompanho em parte* o voto do e.Relator, *divergindo* apenas para deixar de condenar a reconvinte ao pagamento de indenização pelos prejuízos da antecipação de tutela.

Desembargador Federal CARLOS FRANCISCO

VOTO**O DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY:**

Pedi vista dos autos para melhor compreensão da discussão aqui posta e, feito isto, peço vênha ao E. Relator para divergir de seu voto tão somente quanto à condenação da ré-reconvinte ao pagamento de indenização por antecipação de tutela, pelas razões que passo a expor:

De início, destaco os termos do art. 1º, § 1º da Instrução Normativa nº 25/2013, do INPI, segundo os quais “considera-se a Indicação de Procedência o nome geográfico de país, cidade, região ou localidade de seu território, que *tenha tornado conhecido como centro de extração, produção ou fabricação de determinado produto ou de prestação de determinado serviço*”.

Ainda, verifico que não houve reconhecimento formal como Indicação Geográfica, pelo INPI, nem do município paulista de São Lourenço da Serra, nem do município mineiro de São Lourenço, dos quais, respectivamente, autora e ré extraem águas minerais para distribuição e venda sob as marcas discutidas nos autos, sendo certo que caberia à autarquia registrária fazê-lo, nos termos do art. 182, parágrafo único da Lei nº 9.279/96, como bem consignado em sentença.

Isto posto, tenho que nenhuma dessas localidades se notabiliza pela produção de água mineral, de sorte que se afigura correta a sentença ao julgar extinto o processo sem resolução do mérito por ausência de interesse de agir quanto ao pleito de declaração do direito da requerente ao uso da expressão “São Lourenço” como indicação geográfica.

Pelas mesmas razões, não se está diante da vedação ao registro de marca previsto no art. 124, IX da Lei nº 9.279/96, eis que não se trata de indicação geográfica, como visto até aqui.

E mesmo que, futuramente, o INPI venha a reconhecer um ou ambos municípios como Indicação Geográfica, de se ver que se tratam de localidades distintas, de sorte que não se vislumbra, sequer em tese, uma disputa entre autor e réu quanto ao uso da expressão “São Lourenço” ou “São Lourenço da Serra” como indicações geográficas.

É dizer: antes mesmo de haver colidência parcial entre as marcas de titularidade da autora e da ré, o que se verifica é uma parcial colidência dos nomes dos *municípios* nos quais cada qual extrai as águas minerais identificadas pelas marcas discutidas nos autos; não pode a requerida, portanto, pretender impedir a requerente de fazer uso da marca de sua titularidade apenas porque os municípios em comento têm os nomes parcialmente iguais.

E, como é cediço, está assente na Jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que há direito ao uso de termo que remeta a localização geográfica como marca, sem direito de exclusividade, desde que não se trate de indicação geográfica.

Neste sentido:

Direito Civil. Direito Empresarial. Recurso especial. Nome empresarial. Lei 8.934/94. Proteção. Nome previamente registrado. Termo que remete a localização geográfica. Ausência de direito de uso exclusivo. Marca. Lei 9.279/96. LPI. CDC. CF. CC/02. Nome geográfico. Possibilidade de registro como sinal evocativo. Impossibilidade de causar confusão ou levar o público consumidor a erro. Ausência de violação ao direito de uso exclusivo da marca. Dissídio jurisprudencial. Cotejo analítico. Ausência.

- O registro de termo que remete a determinada localização geográfica no nome empresarial, por se referir a lugar, não confere o direito de uso exclusivo desse termo.

- É permitido o registro de marca que utiliza nome geográfico, desde que esse nome seja utilizado como sinal evocativo e que não constitua indicação de procedência ou denominação de origem.

- A proteção da marca tem um duplo objetivo. Por um lado, garante o interesse de seu titular. Por outro, protege o consumidor, que não pode ser enganado quanto ao produto que compra ou ao serviço que lhe é prestado.

- Para que haja violação ao art. 129 da LPI e seja configurada a reprodução ou imitação de marca pré-registrada, é necessário que exista efetivamente risco de ocorrência de dúvida, erro ou confusão no mercado, entre os produtos ou serviços dos empresários que atuam no mesmo ramo.

- O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre situações fáticas idênticas.

Recurso especial não provido.

(STJ, REsp nº 989.105/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe: 28/09/2009).

Não é outro o entendimento verificado, desde longa data, na Jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal, como se verifica no seguinte precedente, que versa, inclusive, sobre marcas de titularidade de concessionários de lavra de água mineral de um *mesmo município*, a saber, Águas de Lindoia/SP:

MARCA. PROPRIEDADE INDUSTRIAL.

Como marca, o nome Lindóia ou Lindóya é inapropriável, pertencendo cumulativamente a todos os concessionários de lavra estabelecidos em Águas de Lindóia. A proteção da marca é restrita à designação da fonte e ao respeito ao nome de fantasia, assegurando-se, outrossim, a exclusividade do rótulo. Recurso extraordinário não conhecido.

(STF, RE nº 92.556-2/SP, Rel. Min. Soares Muñoz, Primeira Turma, julgamento em 27/05/1980).

Mesmo que assim não fosse, cumpre registrar que se tem admitido na Jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça a coexistência entre marcas cujos elementos nominativos, embora guardem um ou mais termos em comum, constituam um conjunto diverso, ainda que os produtos ou serviços identificados sejam do mesmo ramo de atividade.

Neste ponto, destaco os claros termos do voto do Relator (fls. 904/904-verso):

“A jurisprudência do STJ disso não destoa (...) já tendo afastado a colisão das marcas CHESTER e CHESTER CHEETAH (AgRg no REsp 1346089/RJ, DJe 14/05/2015), MACEDO e CHARQUE MACEDO (REsp 900.568/PR, DJe 03/11/2010) DECOLAR VIAGENS E TURISMO e “DECOLAR.COM” (REsp 773.126/SP, DJe 08/06/2009) FIESTA E MOÇA FIESTA (REsp 949.514/RJ, DJ 22/10/2007, p. 271) TELEMAR e TELEMAR (AgInt no AREsp 1062073/RJ, DJe 20/03/2018) INSALATA e INSALATA FARINELLA (AgInt no REsp 1338834/SP, DJe 23/02/2017), dentre outros, inobstante os produtos e serviços respectivos fossem do mesmo ramo mercadológico”.

Acrescentem-se a esta lista as marcas “Coca-Cola” e “Pepsi-Cola” (mencionadas como exemplo no REsp nº 862.067/RJ, DJe: 862.067/RJ) e, entendo eu, as marcas objeto de discussão nestes autos: “São Lourenço” e “São Lourenço da Serra”.

Ademais, vê-se que a expressão “São Lourenço”, comum a ambas as marcas, além de identificar os municípios de lavra de água mineral, é nome de um santo; e, como é cediço, nada mais corrente na história brasileira do que se atribuir a lugares nomes de santos, de sorte que não entrevejo nos elementos nominativos destas marcas qualquer indício de originalidade, tratando-se, portanto, de expressões de uso comum que, como tais, atraem a mitigação da regra geral de exclusividade do registro das marcas.

Neste sentido:

“Marcas fracas ou evocativas, que constituem expressão de uso comum, de pouca originalidade e sem suficiente forma distintiva atraem a mitigação da regra de exclusividade do registro e podem conviver com outras semelhantes”.

(STJ, AgInt no AREsp 1062073/RJ, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 15/03/2018, DJe: 20/03/2018).

Tanto isto é verdade que uma rápida consulta à página mantida pelo IBGE na rede mundial de computadores revela a existência de, pelo menos, outros cinco municípios brasileiros que fazem uso do nome São Lourenço, a saber: Divino de São Lourenço/ES, São Lourenço da Mata/PE, São Lourenço do Oeste/SC, São Lourenço do Piauí/PI e São Lourenço do Sul/RS (Disponível em <https://cidades.ibge.gov.br/>, último acesso em maio de 2019).

Daí porque me filio ao entendimento do Relator no sentido de que “a ré objetiva a impossibilidade de identificação geográfica de qualquer local que tenha o nome do santo” (fl. 904), pretensão esta que não merece acolhimento.

Uma vez analisados os elementos nominativos das marcas em questão, questão não menos importante para o deslinde da causa é a de saber se há, ou não, colidência entre os elementos figurativos que as compõem.

E, quanto a isto, tenho que a resposta deve ser igualmente negativa.

Isto porque a mera análise visual dos documentos trazidos às fls. 66/76 destes autos permite concluir pela evidente distinção gráfica entre as marcas em comento. Quanto à descrição dos elementos figurativos que compõem cada marca, reporto-me aos bem lançados termos do voto do Relator (fls. 903/904):

“Quiçá, exatamente por estar cônica da ausência de distinção do elemento nominativo, a ré buscou adicionar elementos distintivos à sua marca, adotando uma *fonte cursiva rubra em um rótulo branco com uma figura leonina e uma casa simulando a origem da empresa*, além de uma garrafa de 300 ml com coloração esverdeada e formato específico (embora, aqui corretamente, o INPI reconheceu a ausência de exclusividade na figura da garrafa, fls. 76, 175 e 183).

A autora, ao seu turno, tem um *rótulo com matiz cerúleo e com representações de ondas d'água e com o elemento normativo “São Lourenço” em naval, seguido por “da Serra” em vermelho e em linha diversa, claramente dando realce ao segundo segmento, de maneira a distinguir o logotipo*. Ainda, a autora comercializa galões de 20 e 10 litros, além de embalagens de 140 ml em formato bastante particular (fl. 69)”.

Mesmo o fato de a autora fazer uso da expressão “da Serra” em caracteres significativamente menores do que a grafia de “São Lourenço” não autoriza acolher a tese de possibilidade de confusão das marcas junto ao público consumidor, seja em razão da suficiente distintividade entre os elementos figurativos que compõem cada marca, seja em razão do fato de que a requerente só fez uso de tal expediente em um galão de água mineral (fl. 67), formato que, ao que consta, não é utilizado pela requerida para comercializar seus produtos.

Por fim, acompanho o Relator quanto à fixação de honorários.

Divirjo, no entanto, quanto à condenação da ré-reconvinte ao pagamento de indenização em favor da autora-reconvinda pelos prejuízos advindos da antecipação de tutela.

Isto porque, muito embora tenha a ré-reconvinte obtido tal antecipação por meio da decisão de fls. 576/576-verso, na qual, reconsiderando-se a decisão de fls. 540/541, o Juízo de Origem determinou que a autora se abstinhasse de utilizar a expressão “São Lourenço”, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 em caso de descumprimento, vê-se que foi concedido à requerente o prazo suplementar de 90 dias para cumprimento da determinação, em decisão datada de 28/08/2013 (fl. 580).

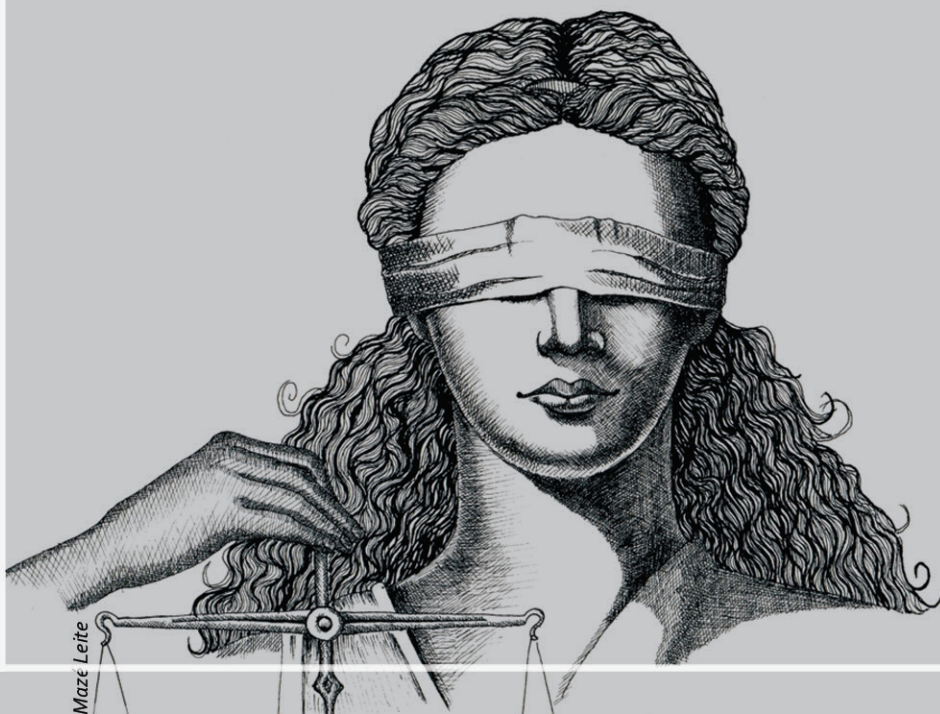
Antes que se escoasse referido prazo, sobreveio decisão monocrática da lavra do E. Juiz Federal Convocado Márcio Mesquita, no bojo do agravo de instrumento nº 0022483-48.2013.4.03.0000, datada de 09/10/2013 e disponibilizada em Diário Eletrônico em 14/10/2013, concedendo efeito suspensivo ao recurso (fls. 716/718 e 737).

Desta forma, de se concluir que, apesar da antecipação de tutela para se determinar à autora que se abstinhasse de fazer uso desta marca e da sentença desfavorável ao pleito da requerida, não houve efetiva execução da medida, de sorte que se afigura incabível a condenação da ré ao pagamento de indenização com fundamento no art. 811 do então vigente Código de Processo Civil de 1973 (art. 302 do CPC/2015).

Ante o exposto, *acompanho* o voto do E. Relator para *dar provimento* à apelação da autora, Radesco Mineração, e *negar provimento* ao recurso da ré, Nestlé Waters Brasil, “para que o pedido seja julgado procedente e o INPI proceda ao registro da marca ‘São Lourenço da Serra’ (processo nº 823194272), constando em apostila a ausência de exclusividade do elemento nominativo”, condenando as rés em honorários sucumbenciais fixados em 15% do valor atualizado da causa, bem como para julgar improcedente a reconvenção, condenando a reconvinte em honorários fixados em 10% sobre o valor da causa originária, dele *divergindo* para deixar de condenar a reconvinte ao pagamento de indenização pelos prejuízos advindos da antecipação de tutela, ante a não execução da medida.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY

Direito Penal



APELAÇÃO CRIMINAL
0000960-67.2014.4.03.6103

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA E JAIR PRADO DA SILVA
Apelados: OS MESMOS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/07/2020

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. USURPAÇÃO DE PATRIMÔNIO DA UNIÃO. ART. 2º, *CAPUT*, DA LEI Nº 8.176/1991. EXTRAÇÃO IRREGULAR DE ARGILA. CAPITULAÇÃO JURÍDICA CORRETA. AUTORIA, MATERIALIDADE E DOLO COMPROVADOS. ERRO DE PROIBIÇÃO. ESTADO DE NECESSIDADE. INOCORRÊNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE EXASPERADA.

1. A conduta de extrair argila sem autorização do órgão competente subsume-se ao tipo penal do art. 2º da Lei 8.176/1991 visa proteger o patrimônio da União/ordem econômica, prevendo a usurpação de suas matérias-primas. O art. 55 da Lei 9.605/1998, a seu turno, tutela o meio ambiente, impondo sanções a quem executa pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem autorização, são bens jurídicos tutelados distintos, inexistindo conflito de normas.

2. Materialidade e autoria comprovadas. Inequívoca a extração irregular de matéria prima pertencente à União, por parte do réu.

3. Rejeitada a alegação de incidência de erro sobre a ilicitude do fato (CP, art. 21), pois não há fundada dúvida sobre sua existência.

4. Estado de necessidade inexistente. Desconhecer outro ofício não autoriza o reconhecimento do estado de necessidade, seja como excludente de antijuridicidade, de culpabilidade ou como causa de diminuição da pena. Muito menos justifica a prática delitiva.

5. Dosimetria da pena. Na primeira fase, a extração de argila deu-se em Área de Preservação Permanente, o que justifica maior reprimenda e a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

6. Deferido o benefício da justiça gratuita.

7. Apelação da acusação provida. Apelação do réu parcialmente conhecida, e na parte conhecida, parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, DAR PROVIMENTO à apelação da acusação, para exasperar a pena-base, CONHECER PARCIALMENTE da apelação da defesa e, na parte conhecida, NEGAR PROVIMENTO ao recurso, ficando a pena definitiva fixada em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção, em regime inicial aberto, e 11 (onze) dias-multa, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado, tendo o Desembargador Federal Fausto de Sanctis

acompanhado com ressalva de seu entendimento pessoal acerca do critério utilizado para o cálculo da pena de multa.

São Paulo, 25 de junho de 2020.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO (Relator): Trata-se de apelações interpostas pelo Ministério Público Federal (MPF) e por JAIR PRADO DA SILVA, representado pela Defensoria Pública da União (DPU), em face da sentença proferida pela 3ª Vara Federal de São José dos Campos/SP que condenou o réu à pena de 1 (um) ano de detenção, em regime inicial aberto, e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, pela prática do crime previsto no art. 2º, *caput*, da Lei nº 8.176/91.

A pena privativa de liberdade foi substituída por uma pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, à ordem de uma hora por dia de pena, em entidade a ser designada pelo juízo da execução penal (fls. 264/266v).

Narra a denúncia (fls. 170/172), recebida em 10.12.2015 (fls. 174/176):

Em 14 de julho de 2011, durante fiscalização ambiental na Estrada do Bairro da Grama, km 2,5, em Paraibuna, constatou-se que JAIR PRADO DA SILVA, com conhecimento dos elementos do tipo penal e vontade de realizar a conduta proibida, através da Olaria do Jair, durante período indeterminado e pelo menos até a data acima, explorou matéria-prima pertencente à União, sem autorização legal.

Após denúncia anônima, policiais ambientais constataram que a Olaria do Jair retirava argila em área de preservação permanente, sem licença do órgão competente, no município de Paraibuna/SP. A argila retirara era utilizada na olaria para a confecção de tijolos, no entanto, o estabelecimento não possuía licença ambiental para realização desta atividade. - fls. 170v

A sentença foi publicada em 21.07.2017 (fls. 267).

Em suas razões (fls. 274/275), o MPF pede a exasperação da pena-base, em razão das circunstâncias graves do crime.

A defesa, por sua vez, pede a absolvição do apelante, alegando i) ausência de dolo na conduta do acusado, ii) a caracterização de estado de necessidade, iii) ocorrência de erro de proibição, iv) equívoco na capitulação jurídica, pois a conduta subsume-se ao tipo penal do art. 55, da Lei nº 9.605/98. Subsidiariamente, requer a aplicação das atenuantes da confissão espontânea e do erro de proibição. Por fim, pugna pelos benefícios da justiça gratuita (fls. 279/292).

Contrarrazões apresentadas a fls. 292/294 e 299/301v.

A Procuradoria Regional da República opinou pelo provimento do recurso da acusação e pelo desprovimento do recurso da defesa (fls. 303/309v).

É o relatório.

Dispensada a revisão.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO (Relator): Inicialmente, *rejeito o pedido de desclassificação* do crime do art. 2º, *caput*, da Lei nº 8.176/91 para aquele descrito no art. 55 da Lei nº 9.605/98.

A extração de recursos minerais requer a licença do DNPM - Departamento Nacional de Proteção Mineral, órgão federal responsável por gerir o patrimônio mineral brasileiro, configurando infração ao art. 2º da Lei nº 8.176/91 a atividade extrativista mineral sem licença ou em desacordo com seus termos.

O art. 2º da Lei 8.176/91 visa proteger o patrimônio da União/ordem econômica, prevendo a usurpação de suas matérias-primas. O art. 55 da Lei 9.605/98, a seu turno, tutela o meio ambiente, impondo sanções a quem executa pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem autorização.

Portanto, não há que se falar em capitulação equivocada, os bens tutelados são distintos, tanto que o MPF deixou de denunciar a conduta preconizada no art. 55, da Lei nº 9.605/98 em razão da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

Aliás, esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIMES AMBIENTAL E CONTRA A ORDEM ECONÔMICA. APARENTE CONFLITO DE NORMAS. INOCORRÊNCIA. BENS JURÍDICOS DISTINTOS. LEIS 8.176/91 E 9.605/98. ENTENDIMENTO DESTES STJ. SÚMULA 83/STJ. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. APLICAÇÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. As Turmas componentes da 3ª Seção têm entendimento firme no sentido de que os arts. 55 da Lei 9.605/98 e 2º, *caput*, da Lei 8.176/91 protegem bens jurídicos distintos: o meio ambiente e a ordem econômica, de forma que não há falar em derrogação da segunda pela primeira, restando ausente o conflito aparente de normas.

2. “O artigo 2º da Lei 8.176/91 tipifica o crime de usurpação, como modalidade de delito contra o patrimônio público, consistente em produzir bens ou explorar matéria-prima pertencente à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo, enquanto que o artigo 55 da Lei 9.605/98 tipifica o delito contra o meio-ambiente, consubstanciado na extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida, sendo indubitavelmente distintas as situações jurídico-penais” (HC 35.559/SP, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJ 05/02/2007)

3. Por outro vértice, a ausência de pronunciamento em torno da questão contida nos dispositivos da legislação federal invocada impede o conhecimento do recurso especial, pela falta de prequestionamento. Incidência das Súmulas 282 e 356 do STF. Ademais, a aceitação, pela jurisprudência deste STJ, do chamado “prequestionamento implícito” não socorre aos recorrentes.

4. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no REsp 137.498/SP, Reg. nº 2012/0041034-5, Quinta Turma, v.u., Rel. Min. Jorge Mussi, j. 19.11.2013, DJe 27.11.2013)

Em igual sentido, já se manifestou esta Décima Primeira Turma (ACR 0003059-34.2006.4.03.6121, Rel. Des. Federal José Lunardelli, j. 12.08.2014, DJe 21.08.2014), em que ficou decidido que “[o]s artigos imputados aos réus tutelam bens jurídicos distintos. Com efeito, o artigo 2º da Lei 8.176/91 tem por escopo proteger o patrimônio da União, já o artigo

55 da Lei 9.605/98 tutela o meio ambiente, razão pela qual não há que se falar em conflito aparente de normas”.

Dessa forma, deve ser mantida a capitulação jurídica, como delito do art. 2º, *caput*, da Lei nº 8.176/91, a conduta do apelante de extrair argila sem autorização do órgão competente.

Não há dúvida acerca da *materialidade delitiva*, pois houve usurpação do patrimônio da União, consistente na exploração de argila, sem a devida autorização, conforme informação do Departamento Nacional de Produção Mineral (fls. 137/138).

O laudo pericial de fls. 13/28 atestou que no local onde fica a Olaria, a argila era retirada de uma várzea, informação confirmada no laudo pericial de fls. 139/154, em que se concluiu que os vestígios do local e as imagens históricas de satélite eram compatíveis com os fatos descritos e investigados.

Outrossim, o Auto de Infração concluiu pela destruição de 0,045 ha de vegetação nativa secundária, mediante retirada de deposição de terra/argila, sem autorização do órgão competente (fls. 31/32).

A *autoria* também está suficientemente comprovada. De acordo com o Boletim de Ocorrência nº 113073, foi realizada diligência na Estrada do Bairro da Grama, km 2,5, no município de Paraibuna/SP, em que se constatou que a Olaria do Jair extraía argila de forma clandestina (fls. 30), o que foi confirmado em juízo pela testemunha Emerson Oliveira da Silva, policial militar, que participou da fiscalização (mídia de fls. 240).

Em juízo, o apelante narrou que arrendou a olaria de um indivíduo de nome Carlão Camargo, que era o proprietário do local, mas era o responsável pela produção, pelos funcionários, todos seus familiares, bem como pela venda dos tijolos produzidos com a argila, que era retirada da várzea (mídia de fls. 240). Os depoimentos das testemunhas José Carlos Alves (mídia de fls. 240) e Fernando Luís dos Santos (mídia de fls. 241) também foram uníssonos em apontar o réu como responsável pela Olaria, de modo que inegável a autoria delitiva.

Quanto ao dolo da conduta delitiva, inegável que o acusado tinha plena consciência de que agia sem a devida autorização legal, pois fazia da extração de argila seu único meio de subsistência, conforme suas próprias declarações em Juízo. Ademais, a Olaria funcionava há 10 (dez) anos de forma clandestina, o que afasta a tese de que desconhecia a necessidade de se ter autorização, tanto que apontou que diversas olarias no mesmo município funcionavam sem o aval do órgão competente. Portanto, não há dúvidas de que ele praticou o delito de maneira livre e consciente.

Tampouco deve ser acolhida a alegação de *erro de proibição*, já que não é verossímil que o apelante que trabalhou por toda vida em olaria desconhecesse a necessidade de licença para explorar argila.

Ademais, para o reconhecimento do erro de proibição, faculta-se ao sujeito processual que o suscita o ônus de demonstrar sua ocorrência, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal, não bastando a simples invocação da tese jurídica que o ampara.

No caso, a defesa não se desincumbiu desse ônus, razão pela qual rejeito a alegação de incidência de erro sobre a ilicitude do fato (CP, art. 21), pois não há fundada dúvida sobre sua existência. Tratar-se-ia, no máximo, de erro de proibição inescusável, que, como leciona Guilherme de Souza Nucci: “*trata-se do erro sobre a ilicitude do fato que não se justifica, pois, se tivesse havido um mínimo de empenho em se informar, o agente poderia ter conhecimento da realidade*” (Código Penal Comentado. 13 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 240).

Também é inaceitável a tese de que a apelante teria agido em *estado de necessidade*. O fato de o apelante ter aprendido o ofício na infância e que não sabia desempenhar nenhuma outra atividade que lhe permitisse prover sustento a sua família não autoriza o reconhecimento do estado de necessidade, seja como excludente de antijuridicidade, de culpabilidade ou como causa de diminuição da pena. Muito menos justifica a prática delitiva.

Aceitar o cometimento de crime como justificativa para satisfação de necessidades individuais (desconhecer outro ofício, p. ex.) significaria abrir mão do mínimo sentido de civilidade e de organização social, na medida em que cada ser humano passaria a satisfazer suas próprias necessidades a qualquer custo, o que levaria a evidente caos social.

Ademais, existem inúmeras alternativas para se aprender outras formas de sustento, todas passando muito longe da seara criminal, com total preservação de importantes valores como a paz social.

Diante desse cenário, fica *mantida* a condenação do apelante pela prática do crime previsto no art. 2º, *caput*, da Lei nº 8.176, de 08.02.1991.

Passo ao reexame da *dosimetria da pena*.

Na *primeira fase*, o juízo *a quo* fixou a pena-base no mínimo legal, em 1 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa.

O MPF pede o aumento da pena-base, em razão das circunstâncias da prática delituosa, uma vez que a argila foi extraída de área de preservação permanente.

Assiste razão à acusação, pois os laudos periciais e o auto de infração foram uníssomos em apontar que a retirada da argila ocorria em várzeas de pequenos córregos situados em Área de Preservação Permanente, o que justifica maior reprimenda. Assim, exaspero a pena-base para 1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção e 11 (onze) dias-multa.

Na *segunda-fase*, o juízo *a quo* reconheceu a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, mantendo a pena intermediária inalterada.

A defesa requer o reconhecimento das atenuantes da confissão espontânea e do erro de proibição, mas não conheço desse pedido porque o juízo *a quo* já a havia reconhecido, reduzindo a pena em 6 (seis) meses. Em relação ao pleito quanto à atenuante do art. 21, do Código Penal, como já supramencionado, não ficou caracterizado o erro de proibição no caso.

Mantenho a agravante da reincidência, que deve ser compensada com a atenuante da confissão espontânea, também mantida, ficando a pena intermediária em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção e 11 (onze) dias-multa.

Na *terceira fase*, o juízo não aplicou causas de diminuição nem de aumento da pena, o que confirmo, resultando na pena definitiva de *1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção e 11 (onze) dias-multa*, fixado o dia-multa no valor mínimo, o que confirmo.

Mantenho o *regime aberto* para início do cumprimento da pena privativa de liberdade (CP, art. 33, § 2º, “c”), assim como a *substituição* dessa pena por uma pena restritiva de direitos. Não obstante a pena tenha sido aumentada, a acusação não recorreu quanto a substituição da pena privativa de liberdade para adequá-la a eventual exasperação da pena, de modo que deve ser mantida nos termos fixados na sentença.

Defiro ao acusado os benefícios da justiça gratuita. Todavia, a isenção do pagamento de custas processuais é matéria a ser examinada em sede de execução penal (STJ, AgRg no Ag 1.377.544/MG, Quinta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, j. 31.05.2011, DJe 14.06.2011). Esse deferimento, todavia, não implica provimento do recurso, uma vez que não foi formulado o pedido ao juízo de origem e/ou não foi indeferido.

Posto isso, *DOU PROVIMENTO* à apelação da acusação, para exasperar a pena-base, *CONHEÇO PARCIALMENTE* da apelação da defesa e, na parte conhecida, *NEGO PROVIMENTO* ao recurso, ficando a pena definitiva fixada em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção, em regime inicial aberto, e 11 (onze) dias-multa, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL

0004554-71.2015.4.03.6130

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA, LUCAS SILVA DE ALMEIDA, PAULO LEVI RODRIGUES DA SILVA

Apelados: OS MESMOS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/07/2020

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO. ARTIGO 157, § 2º, II E III, DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE RAZÕES RECURSAIS. ART. 28 DO CPP. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE FURTO. GRAVE AMEAÇA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DOSIMETRIA. CONFISSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS OBJETIVAS. EXTENSÃO DA DECISÃO EM BENEFÍCIO DE CORRÉU. ART. 580 DO CPP.

1. Em face de interposição de apelação e posterior manifestação do órgão do Ministério Público Federal no sentido de que deixará de apresentar razões recursais, por concordar com os termos da sentença, não cabe ao Tribunal a determinação de retorno dos autos para a designação de outro procurador para a apresentação de razões. Mostra-se descabida, ainda, a aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal, em sua redação originária, ou a consideração de devolução de toda matéria recursal possível em desfavor do acusado.

2. A simulação do emprego de arma de fogo configura grave ameaça, elemento objetivo do crime de roubo (art. 157, *caput*, CP), que, comprovada, não permite a desclassificação dos fatos para o crime de furto (art. 155, CP).

3. A grave ameaça dirigida contra a vítima de roubo demonstra a reprovabilidade e a periculosidade social da conduta do réu, o que não permite a incidência do princípio da insignificância. Precedente.

4. A figura tipificada no art. 157, *caput*, do Código Penal é classificada como crime complexo, por ser formada por outras condutas típicas independentes, e visa a proteger mais de um objeto jurídico, quais sejam, o patrimônio, a integridade física e a liberdade individual da vítima. O reduzido valor dos bens subtraídos não é suficiente para a aplicação do princípio da insignificância, se outros objetos jurídicos foram violados.

5. Estabelecida a pena-base no mínimo legal, a aplicação da atenuante de confissão (art. 65, III, “d”, do Código Penal) não deve levar a pena aquém do mínimo legal (Súmula 231 do STJ).

6. A incidência da causa de aumento disposta no art. 157, § 2º, III, do Código Penal é reservada para a situação em que a atividade exercida pela vítima é exclusivamente de transporte de valores e em que o agente tem ciência desta circunstância. Precedentes.

7. O acolhimento parcial da apelação de um dos réus, para afastamento da causa de aumento prevista art. 157, § 2º, III do Código Penal, deve ser estendido em benefício daquele não recorreu para o afastamento da circunstância objetiva, nos termos do art. 580 do CPP.

8. Questão de ordem rejeitada. Preliminar rejeitada. Apelação ministerial não provida. Apelação de defesa parcialmente provida. Apelação de defesa não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, *rejeitar a questão de ordem* suscitada pela Procuradora da República para que os autos fossem enviados a Procuradoria Regional da República, para apresentação de parecer, nos termos do voto do Relator Des. Fed. Mauricio Kato, acompanhado pelo Des. Fed. Paulo Fontes. Vencido o Des. Fed. André Nekatschalow que acolhia a questão. E, por maioria, decide *rejeitar preliminar* suscitada pelo Des. Fed. André Nekatschalow para aplicar o art. 28 do CPP e determinar a remessa dos autos à 2ª Câmara de Revisão da Procuradoria da República para designação de procurador para apresentar razões de apelação, nos termos do voto do Relator Des. Fed. Mauricio Kato, acompanhado pelo Des. Fed. Paulo Fontes. Vencido o Des. Fed. André Nekatschalow, que acolhia a preliminar. E, no mérito, por unanimidade, decidiu *negar provimento* à apelação do Ministério Público Federal, *dar parcial provimento* à apelação de *Paulo Levi Rodrigues da Silva*, para afastar a causa de aumento de pena do art. 157, § 2º, III, do Código Penal, estendendo, por força do disposto no artigo 580 do CPP, os efeitos do benefício em relação ao corréu *Lucas Silva de Almeida*, mantendo, contudo, suas penas definitivas inalteradas. E *negar provimento* à apelação de *Lucas Silva de Almeida*, tudo nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 17 de fevereiro de 2020.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de *apelações criminais* interpostas pelo *Ministério Público Federal*, *Paulo Levi Rodrigues da Silva* e *Lucas Silva de Almeida* em face da sentença de fls. 197/205, que julgou procedente a denúncia para condenar cada um dos réus à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 10 (dez) dias-multa, cada um arbitrado em 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, ambos pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, II e III, do Código Penal.

O Ministério Público Federal interpôs recurso de apelação, sem razões recursais (fls. 219/220).

A defesa de *Paulo Levi Rodrigues da Silva* alega e requer, em suma (fls. 223 e 249/256):

- a) inexistência de crime de roubo, por ausência de grave ameaça ou violência contra a pessoa;
- b) afastamento das causas de aumento previstas no art. 157, § 2º, II e III, do Código Penal;
- c) aplicação do princípio da insignificância;
- d) reconhecimento da circunstância atenuante de confissão (art. 65, III, “d” do Código Penal).

Por sua vez, a defesa de *Lucas da Silva Almeida* requer (fls. 245/248):

- a) redução da pena pela confissão espontânea (art. 65, III, “d”, do Código Penal), observando-se a Súmula 545 do STJ;

b) Substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos (art. 44, I, do Código Penal).

Contrarrrazões apresentadas às fls. 260/264.

A Procuradoria Regional da República opinou pela remessa dos autos ao juízo de primeiro grau, para apresentação de razões recursais por outro órgão do Ministério Público Federal (fls. 231/224).

É o relatório.

À revisão, nos termos regimentais.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

VOTO

Consta dos autos que, em 04/05/2015, às 13h45min, em Osasco/SP, Lucas Silva de Almeida e Paulo Levi Rodrigues da Silva, agindo de forma livre e consciente, previamente ajustados e com unidade de desígnios, subtraíram para si e para outrem, mediante grave ameaça exercida com simulação de arma de fogo, coisas alheias móveis, consistentes em 4 (quatro) caixas de Sedex com mercadorias diversas, transportadas pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT).

Após regular processamento do feito, sobreveio sentença, publicada em 24/05/2016 (fl. 206), que condenou cada um dos réus a 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa, cada qual fixado em 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente ao tempo dos fatos, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, II e III, do Código Penal.

De início, anoto que o recurso do Ministério Público Federal foi interposto na forma do art. 593, I, do CPP, determinando-se ao recorrente que apresentasse as razões de apelação no prazo de oito dias (art. 600 do CPP; fl. 225). Contudo, o órgão ministerial designado para o ato afirmou às fls. 240/241 que:

[...] Intimado a apresentar as razões respectivas, deixo de fazê-lo, com fundamento no princípio da independência funcional (Constituição Federal, art. 127, §1º, parte final). [...]

Assim, a Procuradoria Regional da República requereu o retorno dos autos à primeira instância, para que fossem apresentadas razões recursais pelo Ministério Público Federal, indicando-se as insurgências contra a sentença condenatória, assegurando-se a independência funcional do órgão ministerial, com fulcro no art. 600 do CPP, e o princípio da proibição da *reformatio in pejus*.

O pedido não deve ser acolhido.

Também não merece acolhida a questão preliminar suscitada pelo e. Desembargador Federal André Nekatschalow. De acordo com o eminente Revisor, há precedente no sentido de que a não apresentação de razões pelo Ministério Público não prejudica o exame da apelação, considerando-se devolvida toda a matéria (TRF 4ª Região, ACr n. 2003.04.01.026420-7, Rel. Des. Fed. Tadaaqui Hirose, j. 17.12.02) e outro que determina a remessa dos autos à 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (TRF da 1ª Região, ACr n. 0009830-50.2009.4.01.3802, Rel. Des. Fed. Ney Bello, j. 05.04.17). Outrossim, haveria desistência do recurso por via transversa na espécie (art. 576 do CPP), de maneira que seria o caso de acolher a preliminar suscitada pela Procuradoria Regional da República ou conhecer do recurso mediante o reexame de toda a matéria.

A remessa dos autos ao juízo de primeiro grau para apresentação de razões recursais por outro órgão do Ministério Público Federal, como pretende a Procuradoria Regional da República, me parece afrontar o princípio do “promotor natural”. Afinal, caberia ao juiz da causa escolher, sem qualquer critério previamente estabelecido na lei processual, o membro do Ministério Público Federal para a apresentação das razões. Não seria demais lembrar também que ao procurador da república livremente nomeado para a apresentação das razões não se poderia impor a obrigação, não prevista em lei, de apresentar a razões de recurso em ação penal que tramita em juízo perante o qual não oficia.

Conhecer da apelação e considerar devolvida toda a matéria me parece uma solução que afronta, às escâncaras, o princípio da ampla defesa. Ao não vislumbrar na sentença qualquer prejuízo para a acusação (essa a razão da não apresentação das razões), o Ministério Público Federal provocaria a possibilidade de revisão de toda a sentença, em prejuízo do réu.

De outro lado, o art. 28 do CPP foi recentemente alterado. Mas a sistemática estabelecida em sua redação anterior pressupunha a discordância do juiz com a posição adotada pelo Ministério Público; não me soa razoável pressupor que o juiz discorde de quem deixa de impugnar sentença por ele proferida.

Assim, afasto a questão de ordem suscitada pela procuradoria regional da república, bem como a questão preliminar suscitada pelo Des. Fed. André Nekatschalow, conheço desde logo o recurso da acusação e a ele nego provimento, à falta de razões que ataquem os fundamentos da sentença.

Passo à análise dos recursos da defesa.

O recurso de *Paulo Levi Rodrigues da Silva* deve ser parcialmente provido, enquanto o interposto por *Lucas Silva de Almeida* não comporta provimento.

Verifico que a *materialidade delitiva*, *autoria* e *dolo* são questões incontroversas, de forma que passo à análise das razões recursais.

Da Apelação de Paulo Levi Rodrigues da Silva

Busca a defesa a desclassificação do crime de roubo para o crime de furto, alegando ausência de elemento objetivo do tipo, a saber, a grave ameaça ou violência contra a pessoa, eis que não teria sido empregada arma no delito.

Analisando-se a prova dos autos, tem-se que a testemunha *Kelvyn Walan Gameiro dos Santos*, carteiro, em seu depoimento na 3ª Delegacia de Polícia de Osasco/SP (fl. 12), disse que “foi abordado por dois indivíduos desconhecidos [...]; o primeiro, ao se aproximar, deu voz de assalto, e, fez menção de estar na posse de arma de fogo, com as mãos sob suas vestes [...]”.

Em juízo, a testemunha relatou não ter visto a arma, mas se sentiu ameaçado pelos assaltantes. Afirmou que o corréu *Lucas* estava à distância e simulou estar com arma, enquanto *Paulo* não fez nenhum gesto de ameaça. Reconheceu pessoalmente *Lucas* durante a audiência, como sendo aquele indivíduo que colocou a mão na cintura para ameaçá-lo (fl. 166).

Em seu interrogatório, *Lucas Silva de Almeida* negou ter ameaçado o carteiro ou ter posto a mão sob as vestes (fl. 168).

Por sua vez, *Paulo Levi Rodrigues* afirmou em seu interrogatório que *Lucas Silva de Almeida* teria falado com o carteiro. Respondeu, também, que *Lucas* não mencionou o emprego de arma. Negou ter feito ameaças. Alegou não ter praticado nenhuma ameaça, assim como *Lucas*, confessando a prática de furto, mas não de roubo.

Diante do conjunto probatório, não prospera o argumento de que haveria de ser atribuída outra definição jurídica aos fatos apurados nos presentes autos, ou seja, de que o crime de

roubo haveria de ser desclassificado para o crime de furto.

De fato, as provas coligidas demonstram que, no referido dia e hora, os réus, de forma livre e consciente, mediante grave ameaça exercida com simulação de emprego de arma de fogo praticada por *Lucas Silva de Almeida*, subtraíram as encomendas dos Correios.

Tampouco há dúvidas de que *Paulo Levi* agiu de forma a levar temor à vítima, uma vez que não é crível que o carteiro deixaria os corréus levarem as mercadorias dos Correios sem que esboçassem qualquer ameaça.

A mera menção de uso de arma de fogo é suficiente para configurar a grave ameaça, a qual, unida aos demais elementos objetivos previstos no artigo 157, *caput*, do Código Penal e o correspondente dolo, consubstanciam o crime de roubo.

Do Princípio da Insignificância

O corréu Paulo requer a aplicação do princípio da insignificância, porque não haveria prova dos valores dos bens subtraídos.

Nesse passo, note-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal indica ser necessário o preenchimento dos seguintes requisitos objetivos e cumulativos: *a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada (STF, HC nº 120.139/PR, Min. Dias Toffoli, j. 11/03/2014).*

No presente caso, a grave ameaça dirigida à vítima demonstra a periculosidade social da conduta do réu, bem como é altamente reprovável.

Anote-se que a figura tipificada no art. 157, *caput*, do Código Penal é classificada como crime complexo, por ser formada por outras condutas típicas independentes (como o furto e o constrangimento ilegal) e, assim, visa a proteger mais de um objeto jurídico, quais sejam, o patrimônio, a integridade física e a liberdade individual da vítima.

Dessa forma, o reduzido valor dos bens subtraídos não é suficiente para a aplicação do princípio da insignificância, se outros objetos jurídicos foram violados.

Da dosimetria da pena

No tocante à dosimetria da pena, a defesa não se insurge contra a pena-base, pelo que é de ser mantida na forma como estabelecida na sentença.

Quanto à segunda fase, requer-se o reconhecimento da circunstância atenuante de confissão, prevista no art. 65, III, “d” do Código Penal.

Embora o acusado tenha confessado (qualificadamente) em juízo e, assim, faça jus à redução de pena (Súmula 545 do STJ), a incidência de circunstâncias atenuantes não autoriza a fixação da pena aquém do mínimo legal (Súmula 231 do STJ).

Na terceira fase, requer-se o afastamento das causas de aumento de pena dispostas no art. 157, § 2º, II e III, do Código Penal.

A causa de aumento pelo concurso de agentes restou comprovada pelos depoimentos testemunhais colhidos, bem como pela confissão dos réus, de forma que deve ser confirmada a causa de aumento do art. 157, § 2º, II, do Código Penal.

Por outro lado, deve ser afastada a causa de aumento prevista art. 157, § 2º, III do Código Penal.

Com efeito, o agravamento de pena em questão é reservado para a situação em que a atividade exercida pela vítima é exclusivamente de transporte de valores e em que o agente tem ciência dessa circunstância (cf. TRF3, ACR 64.435, ACR 62.510).

A EBCT oferece serviços de mensagens, encomendas, conveniência e financeiros, de maneira que o transporte de valores é apenas parte da extensa gama das atividades exercida pela empresa pública. Ademais, não há nos autos prova de que os agentes soubessem previamente que a vítima transportava objetos de valor.

Não obstante, a exasperação da pena pelas mencionadas causas de aumento foi fixada no mínimo legal previsto, 1/3 (um terço), e assim a pena definitiva deve ser confirmada em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Da Apelação de Lucas da Silva Almeida

A defesa requer a redução da pena em razão da circunstância atenuante de confissão, conforme a Súmula 545 do STJ.

O pedido não deve ser acolhido.

Como já fundamentado anteriormente, a incidência de circunstâncias atenuantes não autoriza a fixação da pena aquém do mínimo legal (Súmula 231 do STJ).

Na terceira fase, entretanto, e em face da previsão legal contida no artigo 580 do CPP, considerando-se, ainda, que em relação ao corréu *Paulo Levi Rodrigues da Silva* foi afastada a causa de aumento prevista art. 157, § 2º, III do Código Penal, estendo o benefício da causa objetiva ao corréu *Lucas da Silva Almeida*.

Não obstante, a exasperação da pena pelas mencionadas causas de aumento foi fixada no mínimo legal previsto, 1/3 (um terço), e assim a pena definitiva deve ser confirmada em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Da Substituição da Pena

Por fim, a defesa requer a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Não procede a pretensão recursal, pois é incabível a substituição da pena em crime de roubo, delito praticado com violência grave ou grave ameaça, ante a expressa vedação legal prevista no art. 44, I, do Código Penal.

Conclusão

Ante o exposto, *rejeito a questão de ordem* suscitada pela procuradoria regional da república, *rejeito a questão preliminar* suscitada pelo Des. Fed. André Nekatschalow, *nego provimento* à apelação do Ministério Público Federal, *dou parcial provimento* à apelação de *Paulo Levi Rodrigues da Silva*, para afastar a causa de aumento de pena do art. 157, § 2º, III, do Código Penal, estendendo, por força do disposto no artigo 580 do CPP, os efeitos do benefício em relação ao corréu *Lucas Silva de Almeida*, mantendo, contudo, suas penas definitivas inalteradas, e *nego provimento* à apelação de *Lucas Silva de Almeida*.

É como voto.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL

0008530-93.2016.4.03.6181

Apelante: RAFAEL APARECIDO DIAS DE SOUZA (réu preso)
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/07/2020

EMENTA

PENAL. CRIMES TENTADOS DE FURTO QUALIFICADO PELA DESTREZA - ART. 155, § 4º, II, C.C. ART. 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL - MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA COM O ESCOPO DE SE AFASTAR A TIPICIDADE SOB O ASPECTO MATERIAL: REFUTAMENTO - ASSENTAMENTO DA FIGURA DO CRIME IMPOSSÍVEL: RECHAÇAMENTO - MANUTENÇÃO DO ÉDITO PENAL CONDENATÓRIO PROFERIDO EM 1º GRAU DE JURISDIÇÃO. DOSIMETRIA PENAL. PENA-BASE. TENTATIVA. CRIME CONTINUADO - NECESSIDADE DE QUE NÃO TENHA TRANSCORRIDO LAPSO SUPERIOR A 30 (TRINTA) DIAS ENTRE AS INFRAÇÕES PENAS DE MESMA ESPÉCIE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA.

- Colhe-se dos temas ventilados em sede de razões recursais que o acusado não se insurge acerca do reconhecimento tanto da materialidade como da autoria delitivas relacionadas aos 02 (dois) delitos tentados de furto qualificado pela destreza nos quais condenado. Mostrar-se-ia até mesmo dissociado da realidade probatória amealhada nos autos a arguição de referidos temas tendo em vista que eles restaram sobejamente comprovados sob o pálio do devido processo legal (com seus corolários da ampla defesa e do contraditório).

- O princípio da insignificância (ou da bagatela) demanda ser interpretado à luz dos postulados da mínima intervenção do Direito Penal e da *ultima ratio*. O Direito Penal não pode ser a primeira opção prevista no ordenamento jurídico como forma de debelar uma situação concreta (daí porque sua necessidade de intervenção mínima e no contexto da última fronteira para restabelecer a paz social). Nesse contexto, a bagatela surge como forma de afastar a aplicação do Direito Penal a fatos de somenos importância (e que, portanto, podem ser debelados com supedâneo nos demais ramos da Ciência Jurídica - fragmentariedade do Direito Penal), afastando a tipicidade da conduta sob o aspecto material ao reconhecer que ela possui um reduzido grau de reprovabilidade e que houve pequena ofensa ao bem jurídico tutelado, remanescendo apenas a tipicidade formal, ou seja, a adequação do fato à lei penal incriminadora. A jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal tem exigido, para a aplicação do referido postulado, o preenchimento concomitante dos seguintes requisitos: 1) mínima ofensividade da conduta do agente; 2) ausência de periculosidade social da ação; 3) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e 4) relativa inexpressividade da lesão jurídica. Logo, depreende-se que a incidência da bagatela demanda análise criteriosa caso a caso.

- Adentrando ao caso concreto, impossível conferir a pecha de insignificante a delito cometido contra a Caixa Econômica Federal - CEF (ainda que em sua forma tentada),

uma vez que envolvido patrimônio da entidade de direito público, o que tem o condão de denotar a ausência de mínima ofensividade da conduta, bem como reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, sem se descurar a impossibilidade de se enxergar uma inexpressiva lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal. Ademais, os crimes cometidos pelos acusado o foram em sua forma qualificada (emprego da destreza), a denotar, também sob tal viés, uma reprovabilidade da conduta bem mais acentuada do que um singelo furto de poucos reais. Agregue-se, ainda, a existência de apontamento criminal indicando que o acusado é retinente no cometimento de furto no contexto daqueles descritos neste feito. Indeferida, portanto, a aplicação do postulado ora em apreciação.

- A figura do crime impossível encontra previsão no art. 17 do Código Penal, estando definida da seguinte maneira: *Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.* De acordo com o artigo transcrito, nota-se que, para que a tentativa não seja punida, o meio empregado pelo agente precisa ser absolutamente (completamente) ineficaz para a consecução da empreitada criminoso ou o objeto (pessoa ou coisa sobre a qual recai a conduta do sujeito ativo do tipo penal) precisa ser absolutamente impróprio para o desiderato pretendido pelo criminoso. Tais situações retratadas escoram-se na ideia de que o bem jurídico tutelado pela norma penal não corre risco algum em face da conduta (comissiva ou omissiva) levada a efeito, de modo que o crime é reputado como impossível. Aliás, o C. Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp 1385621/MG (Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/05/2015, DJe 02/06/2015), sob a sistemática dos recursos repetitivos representativos da controvérsia, firmou entendimento no sentido de que realmente a ineficácia do meio precisa ser absoluta para que o crime possa ser tido como impossível.

- Analisando o caso concreto, não se verifica o implemento do requisito anteriormente declinado na justa medida em que não se nota a ineficácia absoluta do meio empregado quando do cometimento dos delitos de furto (tentado) pelo acusado. Firma-se tal convicção à luz de que, ainda que o agente em tela estivesse sendo monitorado remotamente por equipe de segurança da instituição bancária, seria plenamente possível, por exemplo, sua fuga quando da abordagem policial. Ademais, divagando-se para outro cenário, mostrar-se-ia plenamente crível que, quando da chegada da polícia civil à agência bancária, o acusado poderia, inclusive, encontrar-se distante daquele estabelecimento em razão de ter-se evadido segundos/minutos antes. Portanto, o caso concreto referenda o reconhecimento da figura do *conatus* (e não do crime impossível).

- Impossível acolher o pleito defensivo para se afastar a valoração negativa das rubricas da personalidade/conduta social do agente. Encontrava-se o acusado em gozo de medidas cautelares impostas como contrapartida para o deferimento de liberdade provisória quando preso em flagrante delito, de molde que era titular de uma confiança depositada pela autoridade judicante, sendo que o desrespeito de tais medidas cautelares possui o condão de indicar um desprezo e um assente intoleráveis para com a Justiça Criminal. Sem prejuízo do exposto, a magistrada sentenciante teceu, quando da análise dos maus antecedentes, ao lado de fundamentação plenamente válida (e mantida nesta oportunidade), considerações acerca de imagens existentes em mídia digital - tal proceder tem o condão de macular o entendimento constante da Súm. 444/STJ na justa medida em que valorados em detrimento do réu fatos sequer objeto de persecução penal (e, assim, distantes da coisa julgada). Dentro de tal contexto, a

despeito da manutenção dos recrudescimentos penais decorrentes da valoração negativa da “personalidade/conduita social” e dos “maus antecedentes”, mostra-se desarrazoado o incremento punitivo levado a efeito em 1º grau de jurisdição (consistente em aumento da pena-base em 03 - três - anos), o que é ajustado nesta oportunidade.

- Escorreito o reconhecimento da figura da tentativa, inclusive no que tange à fração empregada na espécie (na casa de 1/3), sendo impossível acolher a pretensão defensiva de majoração de tal redutor na justa medida em que o acusado percorreu a integralidade do *iter criminis*, apenas não consumando as infrações por circunstâncias alheias à sua vontade (como, por exemplo, não ter conseguido retirar envelope que ficou preso no terminal de autoatendimento e/ou por ausência de depósito naquele terminal de autoatendimento em que instalado o dispositivo “pescador”).

- Para que seja possível aplicar a regra do crime continuado prevista no art. 71 do Código Penal, firmou-se o entendimento jurisprudencial no sentido de que entre uma infração e outra da mesma espécie não poderia ter havido o transcurso de mais de 01 mês para que fosse crível a incidência da ficção jurídica da continuidade delitiva. Análise do caso concreto que conclama a fluência de mais de mês entre cada um dos furtos qualificados tentados ora em julgamento.

- Pertinente a fixação do regime semiaberto como inicial do cumprimento de pena tendo em vista a valoração negativa de rubrica estampada no art. 59 do Código Penal (culminando, inclusive, na constatação de que o acusado é contumaz na perpetração do crime de furto qualificado pela destreza), avocando, para tanto, a regra constante do art. 33, § 3º, c.c. § 2º, b, do Código Penal.

- Dado parcial provimento ao recurso de Apelação interposto pelo acusado RAFAEL APARECIDO DIAS DE SOUZA (apenas para afastar um dos fundamentos empregados para fins de recrudescimento na 1ª etapa da dosimetria a título de “maus antecedentes”, ajustando a fração majorante empregada em tal etapa da dosimetria penal, bem como para alterar o *quantum* da pena de multa e o regime inicial de cumprimento de pena).

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 ao recurso de Apelação interposto pelo acusado RAFAEL APARECIDO DIAS DE SOUZA* (apenas para afastar um dos fundamentos empregados para fins de recrudescimento na 1ª etapa da dosimetria a título de “maus antecedentes”, ajustando a fração majorante empregada em tal etapa da dosimetria penal, bem como para alterar o *quantum* da pena de multa e o regime inicial de cumprimento de pena), nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de junho de 2020.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

RELATÓRIO

O DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS:

Trata-se de recurso de Apelação interposto pelo acusado RAFAEL APARECIDO DIAS DE SOUZA (fls. 356 e 358/381) em face da r. sentença (fls. 348/354), publicada em 14 de agosto

de 2019 (fl. 355), oriunda do MM. Juízo da 3ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP e da lavra da Eminente Juíza Federal Raecler Baldresca, que o condenou às penas de 05 anos, 06 meses e 10 dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e de 204 dias-multa, cada qual no valor de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, em razão da perpetração, em 02 (duas) oportunidades, do delito previsto no art. 155, § 4º, II, c.c. art. 14, II, na forma do art. 69, todos do Código Penal, restando, ademais, mantida sua segregação cautelar preventiva.

Narra a inicial acusatória (fls. 206/207), recebida em 07 de agosto de 2018 (fls. 209/210):

(...) No dia 10 de julho de 2016 por volta das 11 horas, na agência da Caixa Econômica Federal localizada na Rua Sete de Abril, 345, AG. 249 - República - CEP 01044-000 - São Paulo, RAFAEL APARECIDO DIAS DE SOUZA, tentou subtrair para si coisa alheia móvel, mediante destreza. Agindo assim, praticou o delito previsto no artigo 155, § 4º, inciso II, combinado com o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal. Na data dos fatos, policiais civis foram acionados pelo monitoramento da Caixa Econômica Federal e receberam a informação que havia um indivíduo com as características do indiciado, em uma agência na rua (sic) Sete de Abril que havia implantado no caixa eletrônico, dispositivo que retém os envelopes depositados pelos clientes. O indivíduo foi preso em flagrante na saída da agência na posse de um alicate. Consta dos autos, ainda, que o denunciado foi visto implantando o dispositivo em mais outras duas agências, situadas na Av. Paulista, 302 (ag. 1679) e na agência situada à rua (sic) Domingos de Moraes, 1302 (ag. 2994). No termo de depoimento de Cláudio Rogério Rocha de Queiroz (...), policial civil, informou que se encontrava em patrulhamento ostensivo, ocasião em que foi acionado pelo monitoramento da Caixa Econômica Federal e noticiado que havia um indivíduo, com as características do indiciado, implantando dois dispositivos em dois caixas eletrônicos distintos. Os dispositivos têm a finalidade de reter envelopes depositados por usuários contendo dinheiro/cheque. Detiveram o indiciado quando o mesmo saía da agência bancária. Encontrou o indiciado na posse de um alicate, a qual utilizava para puxar os envelopes. Aparentemente, o ora denunciado não conseguiu puxar nenhum envelope. Nos termo de depoimento de Kaiser Flaviano Correa (...), policial civil, informou que foram acionados pelo monitoramento da Caixa Econômica Federal, onde foi informado que um indivíduo havia implantado dois dispositivos que retinham os envelopes depositados pelos usuários. Detiveram-no na saída, em posse de um alicate, utilizado para puxar os envelopes. Josenildo Cirilo Bernardino (...), supervisor de segurança da CEF, ao ser ouvido perante a autoridade policial, afirmou que o indivíduo estava sendo monitorado desde o dia anterior, sendo visto colocando o dispositivo para reter envelopes na referida agência, bem como, com o mesmo modus operandi, foi visto implantando o dispositivo em mais outras duas agências, situadas na Av. Paulista, 302 (ag. 1679) e na agência situada à rua (sic) Domingos de Moraes, 1302 (ag. 2994). Inquirido pela autoridade policial RAFAEL APARECIDO DIAS DE SOUZA desejou permanecer em silêncio e de se (sic) manifestar somente em juízo (...). Auto de exibição e apreensão de mídia a respeito da quadrilha do Bocó acostado à fl. (...). Autos relatados às fls. (...). Laudo das perícias realizadas nas três agências: situada na rua (sic) Sete de Abril, na qual o indivíduo foi preso em flagrante; situada na Av. Paulista, encontrado dispositivos instalados na entrada de envelopes de dois caixas eletrônicos; situado na rua (sic) Domingos de Moraes, onde não se encontrou nada (...). Laudo pericial do alicate de corte, bico longo, informa que pode ser utilizado para rompimento ou destruição de obstáculos, e, também, destinado para a prática de delito (...). Anexo com CD contendo cópia completa do dossiê “Quadrilha do Bocó” e com as imagens do indicado, acostado à fl. (...). Antecedentes criminais nas folhas (...). É o relato do que basta. A materialidade e autoria delitivas encontram-se demonstradas pelo Auto de Prisão em Flagrante (...), pela mídia física apreendida contendo imagens do indivíduo (...), pelo laudo pericial das agências na qual o sujeito implantou os “pescadores” (...), pelas

declarações prestadas pelos policiais civis e pelo supervisor de segurança da CEF. Ante o exposto, o Ministério Público Federal denuncia RAFAEL APARECIDO DIAS DE SOUZA como incurso nas penas do artigo 155, § 4º, inciso II, combinado com o art. 14, inciso II, por 03 (três) vezes, ambos do Código Penal (...) - destaques no original.

Almeja o acusado: (a) a aplicação do princípio da insignificância e (b) o reconhecimento da figura do crime impossível. Subsidiariamente, postula: (c) a redução da pena-base para o mínimo legal previsto para o delito (mediante o afastamento das rubricas da personalidade/conduita social e dos maus antecedentes); (d) a majoração da fração afeta à tentativa para o máximo previsto no ordenamento; (e) o assentamento da figura do crime continuado; e (f) a alteração do regime inicial de cumprimento da reprimenda.

Subiram os autos a esta E. Corte, com contrarrazões (fls. 387/391), tendo sido certificada a sobrevinda de trânsito em julgado para o Ministério Público Federal nos idos de 23 de agosto de 2019 (fl. 399).

A Procuradoria Regional da República manifestou-se pelo desprovimento do apelo (fls. 401/404).

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

O DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS:

Trata-se de feito no qual recorre o acusado RAFAEL APARECIDO DIAS DE SOUZA da r. sentença que o condenou às penas de 05 anos, 06 meses e 10 dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e de 204 dias-multa, cada qual no valor de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, em razão da perpetração, em 02 (duas) oportunidades, do delito previsto no art. 155, § 4º, II, c.c. art. 14, II, na forma do art. 69, todos do Código Penal, mantida sua segregação cautelar preventiva. Vindica sua absolvição por meio da dedução de duas teses meritórias (aplicação da insignificância e/ou reconhecimento da figura do crime impossível), requerendo, subsidiariamente, a redução de sua pena por meio de várias teses defensivas.

DOS CRIMES TENTADOS DE FURTO QUALIFICADO PELA DESTREZA - ART. 155, § 4º, II, C.C. ART. 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL - MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA COM O ESCOPO DE SE AFASTAR A TIPICIDADE SOB O ASPECTO MATERIAL: REFUTAMENTO - ASSENTAMENTO DA FIGURA DO CRIME IMPOSSÍVEL: RECHAÇAMENTO - MANUTENÇÃO DO ÉDITO PENAL CONDENATÓRIO PROFERIDO EM 1º GRAU DE JURISDIÇÃO

Colhe-se dos temas ventilados em sede de razões recursais que o acusado RAFAEL APARECIDO DIAS DE SOUZA não se insurge acerca do reconhecimento tanto da materialidade como da autoria delitivas relacionadas aos 02 (dois) delitos tentados de furto qualificado pela destreza nos quais condenado (requerendo, apenas, ou a incidência do *postulado da insignificância* ou o assentamento da figura do *crime impossível*). Mostrar-se-ia até mesmo dissociado da realidade probatória amealhada nos autos a arguição de referidos temas tendo em vista

que eles restaram sobejamente comprovados sob o pálio do devido processo legal (com seus corolários da ampla defesa e do contraditório).

Com efeito, infere-se dos autos que o acusado RAFAEL APARECIDO DIAS DE SOUZA foi preso em flagrante delito, nos idos de 10 de julho de 2016, quando, por volta das 10horas-50minutos, estava saindo da agência da Caixa Econômica Federal - CEF localizada na Rua Sete de Abril, nº 345, Centro, São Paulo capital, após monitoramento remoto da instituição financeira ter acionado a polícia civil em razão de que referido agente tinha instalado, no dia anterior, em terminais de autoatendimento dispositivo apto a reter depósitos levados a efeito por clientes (conhecido como “pescador”) e, naquele instante, tinha retornado ao banco com o escopo de concluir a subtração (ressalte-se que os policiais lograram êxito em encontrar na posse de RAFAEL um alicate bico fino empregado na infração penal, porém não localizaram qualquer numerário subtraído). Descortinou-se, ademais, que mencionado agente também teria sido o responsável por instalar o sistema “pescador” em outras 02 (duas) agências bancárias da empresa pública: uma na Av. Paulista (ressaltando-se que perícia executada permitiu o encontro do sistema ilegal) e uma na Rua Domingos de Moraes (prova pericial não constatou a existência de qualquer dispositivo ilegítimo de retenção de numerário). Em razão do exposto, o acusado foi condenado por 02 (dois) delitos tentados de furto qualificado pela destreza atinentes aos fatos relacionados com as agências localizadas na Rua Sete de Abril e na Av. Paulista (tendo sido absolvido, conseqüentemente, da imputação relacionada com a agência situada na Rua Domingos de Moraes por ausência de prova de materialidade delitiva).

Os aspectos fáticos anteriormente descritos restaram demonstrados pelos seguintes elementos probatórios coligidos aos autos: (a) Auto de Prisão em Flagrante Delito (fls. 02/06); (b) boletim de ocorrência (fls. 09/11); (c) Auto de Exibição e Apreensão (fl. 12 - amealhamento de mídia afeta ao circuito interno de TV e do alicate encontrado na posse do acusado); (d) laudo pericial de degravação de imagens (fls. 129/140); (e) laudo pericial que se debruçou sobre o alicate apreendido (fls. 141/143); (f) laudo pericial realizado nas agências bancárias (fls. 144/148 - encontro de dispositivos de retenção de depósito nos estabelecimentos bancários localizados na Rua Sete de Abril e na Av. Paulista); (g) ofício remetido pela Caixa Econômica Federal - CEF (fls. 152/153 - relacionado com a “Quadrilha do Bocó”); e (h) prova oral produzida perante a autoridade judicante (fls. 272/274 e mídia digital acostada à fl. 275 e fls. 318/319 e mídia digital acostada à fl. 320).

Desta feita, manifestamente demonstradas materialidade e autoria delitivas para os 02 (dois) crimes de furto qualificado pela destreza, ambos na forma tentada, perpetrados pelo acusado RAFAEL APARECIDO DIAS DE SOUZA.

(a) Do pleito de aplicação do princípio da insignificância. Formulou o acusado RAFAEL APARECIDO DIAS DE SOUZA pedido de reconhecimento do postulado da bagatela em relação aos fatos anteriormente delimitados, alegando, para tanto, a impropriedade dos argumentos empregados pela magistrada sentenciante na justa medida em que não seria contumaz no cometimento de delitos de furto (no mesmo contexto dos destes autos), sem prejuízo da situação concreta, a despeito de apontar para a execução de furto qualificado (o que, em tese, refutaria a aplicação da benesse ora em comento segundo entendimento pretoriano prevalente), referendar que a melhor solução seria dar um voto de confiança à sua pessoa em razão da inexistência de numerário subtraído (havendo, tão somente, a demonstração da instalação do tal dispositivo “pescador” nos terminais de autoatendimento).

O princípio da insignificância (ou da bagatela) demanda ser interpretado à luz dos postulados da mínima intervenção do Direito Penal e da *ultima ratio*. Com efeito, o Direito

Penal não pode ser a primeira opção prevista no ordenamento jurídico como forma de debelar uma situação concreta (daí porque sua necessidade de intervenção mínima e no contexto da última fronteira para restabelecer a paz social). Em outras palavras, entende-se que o Direito Penal não deve interferir em demasia na vida do indivíduo para tolher sua autonomia ou sua liberdade na justa medida em que determinados fatos ou determinadas situações ensejam a incidência de outros ramos do Direito (que se mostram aptos a afastar a crise que se instaurou) - na falta de solução adequada à lide instaurada na sociedade (não resolvida, portanto, pela atuação dos demais segmentos do Direito), tem cabimento ser chamado à baila o legislador pátrio a fim de que a conduta não pacificada seja tipificada como delito por meio da edição de uma lei penal incriminadora.

Dentro de tal contexto, a insignificância surge como forma de afastar a aplicação do Direito Penal a fatos de somenos importância (e que, portanto, podem ser debelados com superdano nos demais ramos da Ciência Jurídica - fragmentariedade do Direito Penal), afastando a tipicidade da conduta sob o aspecto material ao reconhecer que ela possui um reduzido grau de reprovabilidade e que houve pequena ofensa ao bem jurídico tutelado, remanescendo apenas a tipicidade formal, ou seja, a adequação do fato à lei penal incriminadora.

Consigne-se que a jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal tem exigido, para a aplicação do referido postulado, o preenchimento concomitante dos seguintes requisitos: 1) mínima ofensividade da conduta do agente; 2) ausência de periculosidade social da ação; 3) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e 4) relativa inexpressividade da lesão jurídica. Logo, depreende-se que a incidência da bagatela demanda análise criteriosa caso a caso.

Adentrando ao caso concreto, impossível conferir a pecha de insignificante a delito cometido contra a Caixa Econômica Federal - CEF (ainda que em sua forma tentada), uma vez que envolvido patrimônio da entidade de direito público, o que tem o condão de denotar a ausência de mínima ofensividade da conduta, bem como reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, sem se descuidar a impossibilidade de se enxergar uma inexpressiva lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal. Ademais, calha ser rememorado que os crimes cometidos pelo acusado RAFAEL o foram em sua forma qualificada (emprego da destreza), a denotar, também sob tal viés, uma reprovabilidade da conduta bem mais acentuada do que um singelo furto de poucos reais. Agregue-se, ainda, a existência de apontamento criminal indicando que o acusado em tela é retinente no cometimento de furto no contexto daqueles descritos neste feito, conforme é possível ser inferido de documentos acostados às fls. 16/18 do Apenso de Antecedentes Criminais.

A propósito, corroborando a impossibilidade de reconhecimento da figura da bagatela em sede de delito de furto qualificado, porque a vítima foi a Caixa Econômica Federal e pelo fato de que o agente é contumaz na perpetração delitiva, vide os julgados que seguem (da lavra do E. Supremo Tribunal Federal, do C. Superior Tribunal de Justiça e deste E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região):

Agravo regimental no habeas corpus. Furto qualificado (CP, art. 157, § 2º, inciso II). Incidência do postulado da insignificância penal. Inaplicabilidade. Paciente com personalidade voltada à prática delitiva. Precedentes. Regimental não provido.

1. A informação incontroversa de que os pacientes são infratores contumazes e com personalidade voltada à prática delitiva obsta a aplicação do princípio da insignificância, na linha da pacífica jurisprudência contemporânea da Corte.

2. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

(STF, HC 127795 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 26/05/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-128 DIVULG 30-06-2015 PUBLIC 01-07-2015) - destaque nosso.

“HABEAS CORPUS” - O *POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA* E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: “DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR” - RELAÇÕES DESSA CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SUA DIMENSÃO MATERIAL COM OS PRINCÍPIOS DA FRAGMENTARIEDADE E DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO EM MATÉRIA PENAL - NECESSIDADE DE CONCRETA IDENTIFICAÇÃO, EM CADA SITUAÇÃO OCORRENTE, DOS VETORES QUE LEGITIMAM O RECONHECIMENTO DO FATO INSIGNIFICANTE (HC 84.412/SP, REL. MIN. CELSO DE MELLO, v.g.) - DOUTRINA - PRECEDENTES - *FURTO QUALIFICADO - INOCORRÊNCIA, NO CASO, DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONSOLIDADA QUANTO À MATÉRIA VERSADA NA IMPETRAÇÃO* - RESSALVA DA POSIÇÃO PESSOAL DO RELATOR DESTA CAUSA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (STF, HC 126732 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 15/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-229 DIVULG 13-11-2015 PUBLIC 16-11-2015) - destaque nosso.

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. *FURTO QUALIFICADO*. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA. MEDIDA DE SEGURANÇA. *PLEITO DE ABSOLVIÇÃO E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE*. DELITO PRATICADO COM ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. *MAIOR DESVALOR DA CONDUTA*. PRECEDENTES. SÚMULA N. 568/STJ. INCIDÊNCIA MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - Em que pese tenha deferido a medida liminar no HC n. 428.737/MG, o fiz em razão da reduzida expressividade do valor dos víveres subtraídos, que não perfaziam mais de 10% (dez por cento) do salário mínimo vigente à época do fato, somado ao fato de a pena ter sido fixada em patamar elevado, e em regime inicial fechado, conjuntura apta a ensejar, naquele caso, a aplicação do denominado princípio da insignificância.

II - *In casu*, contudo, não se mostra possível a aplicação de tal entendimento, tendo em vista que, além de a res furtiva perfazer mais de 11% (onze por cento) do salário mínimo vigente à época do fato, tem-se que o delito foi praticado na sua forma qualificada, mediante rompimento de obstáculo. *Deve ser mantido o decisum recorrido, pois encontra-se, de fato, em consonância com o entendimento desta Corte Superior de Justiça, segundo o qual, verbis: “É firme nesta Corte o entendimento segundo o qual a prática do delito de furto qualificado por escalada, destreza, rompimento de obstáculo ou concurso de agentes indica a reprovabilidade do comportamento do réu, sendo inaplicável o princípio da insignificância”* (AgRg no REsp n. 1.432.283/MG, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 27/6/2014, grifei). Agravo regimental desprovido.

(STJ, AgRg no AREsp 1307149/MG, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 10/09/2018) - destaque nosso.

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 386, III, DO CPP. *FURTO QUALIFICADO*. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. *APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ*. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. De fato, “*é firme nesta Corte o entendimento segundo o qual a prática do delito de furto qualificado por escalada, destreza, rompimento de obstáculo ou concurso de agentes indica a reprovabilidade do comportamento do réu, sendo inaplicável o princípio da insignificância*” (AgRg no AREsp 484.775/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 18/08/2014). Incidência da Súmula 83/STJ.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, AgRg no AREsp 878.203/DF, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 29/08/2016) - destaque nosso.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. CRIME PRATICADO MEDIANTE DESTREZA CONTRA ENTIDADE DE DIREITO PÚBLICO. RELEVÂNCIA DA CONDUTA NA ESFERA PENAL. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...)

- O Supremo Tribunal Federal - STF já consagrou o entendimento de que, para a aplicação do princípio da insignificância, devem estar presentes, de forma cumulada, os seguintes requisitos: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada (STF, HC n. 112.378/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJe 18/9/2012).

- As circunstâncias do crime - furto qualificado, cometido mediante destreza, contra entidade de direito público (ECT) - afastam a aplicação do princípio da insignificância, por se tratar de conduta ousada, altamente reprovável e, portanto, relevante para o Direito Penal. Habeas corpus não conhecido.

(STJ, HC 285.259/SP, Rel. Min. ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 20/08/2015, DJe 10/09/2015) - destaque nosso.

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO CONTRA EMPRESA PÚBLICA. ART. 155, §4º, INC. I, DO CP. MATERIALIDADE. AUTORIA E DOLO INCONTROVERSOS. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA FURTO SIMPLES. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. PERÍCIA TÉCNICA. NECESSIDADE. INAPLICÁVEL O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SÚMULA 231 DO STJ. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 155, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA MANTIDO. PENA CORPORAL SUBSTITUÍDA POR UMA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...)

3. Não incidência do princípio da insignificância. O fato de se tratar de crime de natureza patrimonial, cometido sem violência ou grave ameaça, e que teve por objeto bem de pequeno valor, não autoriza a incidência do princípio da insignificância, que demanda a consideração de outros fatores. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, já fixou quatro balizas ou nortes a se fiar o julgador para, ao fim, concluir acerca da aplicação ou não do princípio da insignificância ao caso concreto. São elas: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. (...) No caso, o crime foi cometido em detrimento de empresa pública federal. Além disso, a contumácia do réu na prática de furtos de pequeno valor denotam maior reprovabilidade da conduta perpetrada, incompatível com a incidência do princípio. (...)

(TRF3, QUINTA TURMA, Ap. - APELAÇÃO CRIMINAL - 68902 - 0006624-05.2015.4.03.6181, Rel. Des. Fed. PAULO FONTES, julgado em 20/08/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/08/2018) - destaque nosso.

Refutada, portanto, a aplicação do princípio da insignificância nos termos anteriormente apresentados.

(b) Do pleito de reconhecimento da figura do crime impossível. Requereu o acusado RAFAEL APARECIDO DIAS DE SOUZA o reconhecimento da figura do crime impossível, aduzindo que, de acordo com a situação concreta, não haveria a menor possibilidade de consumação

da infração penal, uma vez que sempre teve seus passos (desde os atos preparatórios) sendo monitorados pela equipe de segurança remota da Caixa Econômica Federal - CEF. Dentro de tal contexto, ainda que não seja possível falar-se em flagrante preparado, estar-se-ia diante de um flagrante esperado deveras peculiar, ensejando análise detida para a finalidade de se constatar, a teor dos elementos fático-probatórios, a impossibilidade de que a infração chegasse ao seu momento consumativo.

Com efeito, a figura do crime impossível encontra previsão no art. 17 do Código Penal, estando definida da seguinte maneira: *Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime*. De acordo com o artigo transcrito, nota-se que, para que a tentativa não seja punida, o meio empregado pelo agente precisa ser absolutamente (completamente) ineficaz para a consecução da empreitada criminosa ou o objeto (pessoa ou coisa sobre a qual recai a conduta do sujeito ativo do tipo penal) precisa ser absolutamente impróprio para o desiderato pretendido pelo criminoso. Tais situações retratadas escoram-se na ideia de que o bem jurídico tutelado pela norma penal não corre risco algum em face da conduta (comissiva ou omissiva) levada a efeito, de modo que o crime é reputado como impossível.

Cumpra destacar que o C. Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp 1385621/MG (Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/05/2015, DJe 02/06/2015), sob a sistemática dos recursos repetitivos representativos da controvérsia, firmou entendimento no sentido de que realmente a ineficácia do meio precisa ser absoluta para que o crime possa ser tido como impossível. Apreciou-se, naquele feito, a alegação de que sistemas de segurança existentes em estabelecimentos comerciais fariam com que eventual conduta tipificadora do crime de furto fosse impossível de ser realizada justamente porque a consumação do delito estar-se-ia obstada pelo aparato protetivo instalado pelo comerciante. O posicionamento adotado pela C. Corte Superior baseou-se no fato de que sistemas de circuito interno de TV (instalados exatamente com o objetivo de evitar desfalques patrimoniais) não teriam o condão de tornar absolutamente incapaz o meio empregado na justa medida em que a eficiência do mecanismo de segurança *apenas minimiza as perdas dos comerciantes, visto que não impede(m), de modo absoluto, a ocorrência de subtrações no interior de estabelecimentos comerciais* - consignou-se, ademais, que *não se pode afirmar, em um juízo normativo de perigo potencial, que o equipamento funcionará normalmente, que haverá vigilante a observar todas as câmeras durante todo o tempo, que as devidas providências de abordagem do agente serão adotadas após a constatação do ilícito, etc.*

Segue a ementa do precedente (frise-se: de observância obrigatória sob o pálio do disposto no art. 927, III, do Código de Processo Civil):

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. RITO PREVISTO NO ART. 543-C DO CPC. DIREITO PENAL. FURTO NO INTERIOR DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL. EXISTÊNCIA DE SEGURANÇA E DE VIGILÂNCIA ELETRÔNICA. CRIME IMPOSSÍVEL. INCAPACIDADE RELATIVA DO MEIO EMPREGADO. TENTATIVA IDÔNEA. RECURSO PROVIDO.

1. Recurso Especial processado sob o rito previsto no art. 543-C, § 2º, do CPC, c/c o art. 3º do CPP, e na Resolução n. 8/2008 do STJ. TESE: A existência de sistema de segurança ou de vigilância eletrônica não torna impossível, por si só, o crime de furto cometido no interior de estabelecimento comercial.

2. Embora os sistemas eletrônicos de vigilância e de segurança tenham por objetivo a evitação de furtos, sua eficiência apenas minimiza as perdas dos comerciantes, visto que não impedem, de modo absoluto, a ocorrência de subtrações no interior de estabelecimentos

comerciais. Assim, não se pode afirmar, em um juízo normativo de perigo potencial, que o equipamento funcionará normalmente, que haverá vigilante a observar todas as câmeras durante todo o tempo, que as devidas providências de abordagem do agente serão adotadas após a constatação do ilícito, etc.

3. Conquanto se possa crer, sob a perspectiva do que normalmente acontece em situações tais, que na maior parte dos casos não logrará o agente consumir a subtração de produtos subtraídos do interior do estabelecimento comercial provido de mecanismos de vigilância e de segurança, sempre haverá o risco de que tais providências, por qualquer motivo, não frustrem a ação delitiva.

4. Somente se configura a hipótese de delito impossível quando, na dicção do art. 17 do Código Penal, “por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime”.

5. Na espécie, embora remota a possibilidade de consumação do furto iniciado pelas recorridas no interior do mercado, o meio empregado por elas não era absolutamente inidôneo para o fim colimado previamente, não sendo absurdo supor que, a despeito do monitoramento da ação delitiva, as recorridas, ou uma delas, lograssem, por exemplo, fugir, ou mesmo, na perseguição, inutilizar ou perder alguns dos bens furtados, hipóteses em que se teria por aperfeiçoado o crime de furto.

6. Recurso especial representativo de controvérsia provido para: a) reconhecer que é relativa a inidoneidade da tentativa de furto em estabelecimento comercial dotado de segurança e de vigilância eletrônica e, por consequência, afastar a alegada hipótese de crime impossível; b) julgar contrariados, pelo acórdão impugnado, os arts. 14, II, e 17, ambos do Código Penal; c) determinar que o Tribunal de Justiça estadual prossiga no julgamento de mérito da apelação. (REsp 1385621/MG, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/05/2015, DJe 02/06/2015) - destaque nosso.

Portanto, somente é possível cogitar-se de crime impossível quando a ineficácia do meio empregado for absolutamente irretorquível pelos elementos de prova constantes dos autos, nos termos em que fixada a jurisprudência de observância obrigatória do C. Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria.

Dentro de tal contexto, analisando o caso concreto, não se verifica o implemento do requisito anteriormente declinado na justa medida em que não se nota a ineficácia absoluta do meio empregado quando do cometimento dos delitos de furto (tentado) pelo acusado RAFAEL APARECIDO DIAS DE SOUZA. Firma-se tal convicção à luz de que, ainda que o agente em tela estivesse sendo monitorado remotamente por equipe de segurança da instituição bancária, seria plenamente possível, por exemplo, sua fuga quando da abordagem policial. Ademais, divagando-se para outro cenário, mostrar-se-ia plenamente crível que, quando da chegada da polícia civil à agência bancária, o acusado poderia, inclusive, encontrar-se distante daquele estabelecimento em razão de ter-se evadido segundos/minutos antes. Portanto, o caso concreto referenda o reconhecimento da figura do *conatus* (e não do crime impossível), motivo pelo qual escoreita a classificação jurídica dada a ambos os fatos criminosos.

Conclusão

A teor dos argumentos anteriormente expendidos, de rigor a manutenção das condenações impostas ao acusado RAFAEL APARECIDO DIAS DE SOUZA em razão da perpetração de 02 (dois) crimes de furto qualificado pela destreza (art. 155, § 4º, II, do Código Penal), ambos na forma tentada (art. 14, II, do mesmo Diploma Legal), em razão de fatos afetos à aposição de sistema “pescador” de depósitos realizados por usuários em caixas eletrônicos que guarneciam as agências da Caixa Econômica Federal - CEF localizadas na Rua Sete de Abril

(em 10 de julho de 2016) e na Av. Paulista (em 23 de abril de 2016 - fl. 20), ambas na cidade de São Paulo capital.

DA DOSIMETRIA PENAL

Colhe-se da r. sentença penal condenatória, no que tange à dosimetria das reprimendas que foram impostas ao acusado RAFAEL APARECIDO DIAS DE SOUZA (fls. 348/354):

(...) Passo, neste momento, à dosimetria da pena a ser imposta ao acusado. Considerando as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, “caput”, do Código Penal, constato a impossibilidade de aplicar a pena-base em seu mínimo legal, uma vez que o acusado, ao descumprir as medidas cautelares que a ele foram impostas em substituição à prisão processual, demonstrou desprezo e desdém com a Justiça Criminal, autorizando a valoração negativa de sua personalidade e conduta social. Ainda, conforme depoimento em Juízo prestado pelo policial civil Cláudio Rogerio Rocha de Queiroz, RAFAEL, durante seu encaminhamento para a delegacia, apresentou comportamento debochado, tendo informado, inclusive, que na semana anterior já havia sido solto por cometer o mesmo delito. Tal atitude evidencia, uma vez mais, o menosprezo com as instituições da polícia e da justiça, além da conduta voltada para a prática de infrações penais. O acusado ostenta maus antecedentes: já foi condenado definitivamente, com trânsito em julgado em fevereiro deste ano, na ação penal 0005321-32.2015.8.26.0635, também pela prática de furto qualificado, praticado no ano de 2015, perpetrado mediante a utilização dos dispositivos conhecidos como “pescadores” em instituição financeira privada (fls. 14/18). Registro, por oportuno, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a condenação por fato anterior ao tratado na denúncia, ainda que transitada em julgado no curso da ação penal em análise, caracteriza maus antecedentes para os fins do art. 59 do Código Penal. Sobre a questão, destaco o aresto a seguir: (...). É certo, também, conforme se depreende das imagens contidas na mídia de fl. 153, que RAFAEL continuou praticando o mesmo tipo de delito após a concessão de liberdade provisória em seu favor nos presentes autos. Com efeito, o arquivo “dossiê quadrilha do bocó parte 2.doc”, contido na mídia de fl. 153, traz uma série de imagens de RAFAEL, em data posterior aos fatos ora tratados, portando, inclusive, as mesmas vestes já anteriormente utilizadas, implantando dispositivo a possibilitar a retirada dos envelopes de depósito de caixas automáticos (fls. 65, 69, 71, 74, 77 e 87). Desta maneira, fixo a pena-base do réu em 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO e, proporcionalmente, 185 (CENTO E OITENTA E CINCO) DIAS-MULTA. Na segunda fase de aplicação da reprimenda, reconheço a circunstância atenuante da confissão, razão pela qual reduzo a pena em 1/6 (um sexto) e a estabeleço em 04 (QUATRO) ANOS E 02 (DOIS) MESES DE RECLUSÃO E 154 (CENTO E CINQUENTA E QUATRO) DIAS-MULTA. Na fase seguinte, presente a causa de diminuição de pena da tentativa. Considerando que o réu percorreu quase todo o iter criminis e que por pouco não atingiu a consumação, visto que apenas não conseguiu retirar o envelope do terminal de autoatendimento em razão dele ter enroscado na máquina, reduzo a pena em 1/3 (um terço), totalizando-a em 02 (DOIS) ANOS, 09 (NOVE) MESES E 10 (DEZ) DIAS DE RECLUSÃO E 102 (CENTO E DOIS) DIAS-MULTA. Considerando, por fim, a prática do crime de furto por duas vezes, aplico a regra do concurso material na presente hipótese, fixando a pena definitiva em 05 (CINCO) ANOS, 06 (SEIS) MESES E 10 (DEZ) DIAS DE RECLUSÃO E 204 (DUZENTOS E QUATRO) DIAS-MULTA. Fixo o valor unitário de cada dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do crime, nos termos do artigo 60 do Código Penal, considerando a ausência de elementos nos autos que indiquem a real situação econômica do réu no momento, devendo haver a atualização monetária quando da execução. Considerando que a prova dos autos demonstrou que o acusado pratica reiteradamente crimes contra o patrimônio, inclusive depois da concessão de liberdade provisória nos presentes autos, entendo que o REGIME FECHADO mostra-se adequado para atingir a finalidade de prevenção e reeducação da pena. Neste sentido, a jurisprudência do C.

Superior Tribunal de Justiça: (...). Ausentes os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (...) - destaques no original.

Vindica o acusado: (a) a redução da pena-base para o mínimo legal previsto para o delito (mediante o afastamento das rubricas da personalidade/conduta social e dos maus antecedentes); (b) a majoração da fração afeta à tentativa para o máximo previsto no ordenamento; (c) o assentamento da figura do crime continuado; e (d) a alteração do regime inicial de cumprimento da reprimenda.

1ª etapa da dosimetria

Entendeu por bem a magistrada sentenciante fixar a pena-base na casa de 05 anos de reclusão em razão da valoração negativa das seguintes rubricas: (a) *personalidade e conduta social* (fundamento empregado: o acusado teria descumprido medidas cautelares impostas tanto nesta relação processual penal como em outra, o que indicaria desdém e desprezo pela Justiça Criminal - ademais, durante seu deslocamento à Delegacia de Polícia, teria demonstrado comportamento debochado em razão de ter informado aos policiais que o prenderam em flagrante que, na semana anterior, tinha sido solto após cometer exatamente o mesmo delito, aspecto que denotaria desprezo pelas instituições, principalmente pela Polícia e pelo Judiciário, além de supedanear inferência de reiteração delitiva) e (b) *maus antecedentes* (em razão da sobrevivência de trânsito em julgado da condenação imposta nos Autos nº 0005321-32.2015.826.0635 por fatos anteriores ao ora em julgamento, sem prejuízo de que mídia acostada à fl. 153 dos autos referendaria a conclusão de que o acusado continuou a praticar furtos após a concessão de liberdade provisória nesta senda processual).

Impossível acolher o pleito defensivo para se afastar a valoração negativa das rubricas da personalidade/conduta social do agente. Com efeito, encontrava-se o acusado em gozo de medidas cautelares impostas como contrapartida para o deferimento de liberdade provisória quando preso em flagrante delito, de molde que era titular de uma confiança depositada pela autoridade judicante, sendo que o desrespeito de tais medidas cautelares possui o condão de indicar um desprezo e um assente intoleráveis para com a Justiça Criminal

Por sua vez, *no que toca à valoração negativa da rubrica dos “maus antecedentes”, melhor sorte não colhe o acusado.* Isso porque documentos encartados às fls. 14/18 do Apenso de Antecedentes Criminais indicam que o acusado foi condenado definitivamente nos idos de 19 de fevereiro de 2019 (fl. 16) em razão do cometimento de fatos análogos aos ora em julgamento executados em 18 de julho de 2015 - Ação Penal nº 0005321-32.2015.826.0635. Nesta toada, *plenamente possível a constatação de que RAFAEL ostenta maus antecedentes, razão pela qual escoreita a valoração negativa da rubrica ora em comento.*

Importante destacar, todavia, que a magistrada sentenciante, ainda a título de maus antecedentes, teceu considerações acerca de imagens existentes em mídia digital acostada à fl. 153 deste feito. Tal proceder tem o condão de macular o entendimento constante da Súm. 444/STJ na justa medida em que valorados em detrimento do réu fatos sequer objeto de persecução penal (e, assim, distantes da coisa julgada), *o que impõe correção nesta oportunidade.* Todavia, nos termos anteriormente apresentados, *a inferência de que RAFAEL possui maus antecedentes encontra-se fundada na condenação (albergada pelo manto da coisa julgada) obtida na Ação Penal nº 0005321-32.2015.826.0635* (distante, portanto, da análise da mídia digital mencionada).

Todavia, *mostra-se desarrazoado o incremento punitivo levado a efeito em 1º grau de jurisdição* (consistente em aumento da pena-base em 03 - três - anos em decorrência da

valoração negativa das rubricas da “personalidade/conduta social do agente” e dos “maus antecedentes”). Nessa toada, *a pena-base deve ser fixada em 02 anos e 08 meses de reclusão.*

2ª etapa da dosimetria

Entendeu por bem a magistrada sentenciante reconhecer a atenuante da confissão espontânea (abrandando a reprimenda em cálculo em 1/6). À minguia de recurso do órgão acusatório, *de rigor a manutenção de tal expediente.* Consequência: *pena intermediária fixada em 02 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão.*

3ª etapa da dosimetria

Nada a deliberar acerca da existência (ou não) de causa de aumento de pena. Por outro lado, *escorreito o reconhecimento da figura da tentativa, inclusive no que tange à fração empregada na espécie (na casa de 1/3), sendo impossível acolher a pretensão defensiva de majoração de tal redutor* na justa medida em que o acusado em tela percorreu a integralidade do *iter criminis*, apenas não consumando as infrações por circunstâncias alheias à sua vontade (como, por exemplo, não ter conseguido retirar envelope que ficou preso no terminal de autoatendimento e/ou por ausência de depósito naquele terminal de autoatendimento em que instalado o dispositivo “pescador”). Consequência: *pena final fixada em 01 ano, 05 meses e 23 dias de reclusão.*

Pena de multa

Tendo em vista que a reprimenda em cálculo restou fixada abaixo do mínimo legal (ante o reconhecimento do *conatus*), a pena de multa deve ser cominada no patamar mínimo legal previsto pelo ordenamento jurídico, qual seja, em *10 dias-multa* (cada qual no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos devidamente corrigido).

Critério de unificação de penas

Foi aplicado em 1º grau de jurisdição o cúmulo material de infrações (art. 69 do Código Penal) em razão do cometimento de 02 (dois) delitos de furto qualificado pela destreza em suas respectivas formas tentadas (fatos atinentes às agências localizadas na Rua Sete de Abril e na Av. Paulista). Requer o acusado o reconhecimento da ficção jurídica do crime continuado (art. 71 do Código Penal).

Com efeito, para que seja possível aplicar a regra do crime continuado prevista no art. 71 do Código Penal (*Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços*), firmou-se o entendimento jurisprudencial no sentido de que entre uma infração e outra da mesma espécie não poderia ter havido o transcurso de mais de 01 mês para que fosse crível a incidência da ficção jurídica da continuidade delitiva. A propósito:

RECURSO ESPECIAL DE A C DA C. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 2º E 387, § 2º, DO CPP. SUPOSTA ILEGALIDADE NA AUSÊNCIA DE DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR PARA FINS DE FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DE PENA. FALTA DE INTERESSE. DETRAÇÃO QUE, AINDA QUE EFETIVADA, NÃO RESULTARIA NO ABRANDAMENTO DO REGIME DE PENA FIXADO (SEMIABERTO). EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA SOPESADA NA PRIMEIRA FASE. (...) RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO POR M S. VIOLAÇÃO DO ART. 71 DO CP. SUPOSTA ILEGALIDADE NO ACÓRDÃO QUE RECHAÇOU O RECONHECIMENTO DE CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE OS CRIMES DE TRÁFICO

ANTE O DECURSO DE LAPSO TEMPORAL SUPERIOR A TRINTA DIAS ENTRE OS CRIMES. IMPROCEDÊNCIA. ARESTO QUE GUARDA HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA NESTA CORTE. (...)

4.1. A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o lapso de tempo superior a 30 dias entre a consumação dos delitos impossibilita o reconhecimento da continuidade delitiva, porquanto descaracteriza o requisito temporal, que impõe a existência de uma certa periodicidade entre as ações sucessivas (AgRg no REsp n. 1.419.834/PR, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 13/12/2017) (...)

(STJ, REsp 1705609/PR, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 16/04/2018) - destaque nosso.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, INCISO II, DA LEI 8.137/90). INÉPCIA DA DENÚNCIA. FALTA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS. DESCRIÇÃO SATISFATÓRIA DAS CONDUTAS DELITIVAS. PEÇA INAUGURAL QUE ATENDE AOS REQUISITOS LEGAIS EXIGIDOS E DESCREVE INFRAÇÃO PENAL EM TESE. AMPLA DEFESA GARANTIDA. SUPERVENIÊNCIA DA CONDENAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 41 DO CPP. INEXISTÊNCIA. (...) CONTINUIDADE DELITIVA. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO LEGAL DISSOCIADO DAS RAZÕES DE VULNERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 284 DA SÚMULA DO STF. INTERVALO DE TEMPO SUPERIOR A TRINTA DIAS ENTRE AS CONDUTAS DELITUOSAS. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. (...)

2. Ademais, incabível a incidência do crime continuado quando o espaço de tempo entre as condutas criminosas supera os 30 dias, período suficiente para caracterizar a autonomia entre os fatos delituosos. Incidência do Enunciado n.º 83 da Súmula desta Corte. (...)

(STJ, AgRg no AREsp 542.556/SC, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 14/03/2018) - destaque nosso.

Desta feita, analisando as datas em que as infrações penais foram perpetradas (quais sejam, *23 de abril de 2016 - fl. 20 e 10 de julho de 2016 - fls. 02/06*), nota-se o *transcurso de mais de 30 dias entre cada delito*, o que *impede o reconhecimento do crime continuado* ante o não preenchimento do requisito temporal exigido pelo artigo anteriormente transcrito. Importante ser dito que não se está diante de situação a exigir flexibilidade na interpretação dos requisitos para que o instituto em tela seja reconhecido. Como favor legal previsto no ordenamento penal para o delinquente contumaz, por certo a aplicação do expediente deve se dar dentro dos parâmetros impostos pela jurisprudência (e não ao sabor do que deseja o agraciado pela benevolente medida de política criminal) sob pena da banalização do instituto e da prevalência de subjetivismos sem qualquer razoabilidade.

Desta forma, *cabível o reconhecimento de concurso material de infrações* (tal qual o fez a magistrada sentenciante), cuja previsão encontra-se no art. 69 do Código Penal (*Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela*), impondo, como consequência, a *soma das penas fixadas individualmente em decorrência do cometimento de cada uma das infrações penais*. Consequência: *pena unificada em 02 anos, 11 meses e 16 dias de reclusão e em 20 dias-multa* (cada qual no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos devidamente corrigido).

Pena definitiva

Impõe-se ao acusado RAFAEL APARECIDO DIAS DE SOUZA, em razão da perpetração de 02 (dois) crimes tentados de furto qualificado pela destreza (art. 155, § 4º, II, c.c. art.

14, II, ambos do Código Penal), a pena definitiva de 02 anos, 11 meses e 16 dias de reclusão e de 20 dias-multa (cada qual no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos devidamente corrigido).

Regime inicial de cumprimento de pena

O tema afeto à fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade encontra-se disciplinado pelo art. 33 do Código Penal, que possui a seguinte redação:

Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. § 1º. Considera-se: a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado. § 2º. As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto. § 3º. A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código. § 4º. O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.

Sem prejuízo da disciplina legal anteriormente retratada, nossos C. Tribunais Superiores tiveram a oportunidade de se debruçar sobre o tema, tendo, assim, sobrevivendo 04 (quatro) entendimentos sumulares a respeito. Nesse diapasão, o C. Superior Tribunal de Justiça editou o Enunciado nº 269 no sentido de ser lícita a imposição de regime inicial semiaberto ao acusado reincidente condenado a pena igual ou inferior a 04 anos ainda que favoráveis as circunstâncias do art. 59 do Código Penal (*É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais*), bem como o Verbete nº 440 materializando entendimento no sentido de que, tendo sido fixada a pena-base no mínimo legal abstratamente cominado ao delito, defeso se mostra ao juiz o estabelecimento de regime inicial mais gravoso levando-se em consideração apenas a gravidade abstrata do delito (*Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito*).

Por sua vez, o C. Supremo Tribunal Federal, por meio da confecção do Enunciado nº 718, firmou posicionamento no sentido de que a opinião do magistrado acerca da gravidade abstrata da infração penal não é motivação idônea para a fixação de regime inicial mais severo do que aquele que a reprimenda concreta recomendaria (*A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada*), sufragando, outrossim, nos termos da Súmula nº 719, que a cominação de regime mais severo exige o declínio de motivação idônea (*A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea*).

Nesse diapasão, *pertinente a fixação do regime SEMIABERTO como inicial do cumprimento de pena* tendo em vista a *valoração negativa de rubrica estampada no art. 59 do*

Código Penal (culminando, inclusive, na constatação de que o acusado em tela é contumaz na perpetração do crime de furto qualificado pela destreza), avocando, para tanto, a regra constante do art. 33, § 3º, c.c. § 2º, *b*, do Código Penal.

Substituição da pena privativa de liberdade por reprimendas restritivas de direito

Justamente tendo como base a valoração negativa de rubrica estampada no art. 59 do Código Penal (qual seja, os maus antecedentes ostentados pelo acusado a referendar a conclusiva de que ele é contumaz na perpetração de crimes de furto qualificado pela destreza), *impossível a substituição da pena corporal por reprimendas restritivas de direito* ante o não implemento do comando constante do art. 44, III, do Código Penal (os antecedentes não indicam que a substituição ora em comento seja suficiente para a repressão dos delitos perpetrados).

DISPOSITIVO

Ante o exposto, voto por *DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de Apelação interposto pelo acusado RAFAEL APARECIDO DIAS DE SOUZA* (apenas para afastar um dos fundamentos empregados para fins de recrudescimento na 1ª etapa da dosimetria a título de “maus antecedentes”, ajustando a fração majorante empregada em tal etapa da dosimetria penal, bem como para alterar o *quantum* da pena de multa e o regime inicial de cumprimento de pena), nos termos anteriormente expendidos.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL**0000172-69.2018.4.03.6117**

Apelante: ADEMAR PEREIRA DA SILVA

Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/07/2020

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 342, §1º DO CP. ART. 244-B DO CP. RETRATAÇÃO APÓS A SENTENÇA. CONCURSO DE PESSOAS. POSSIBILIDADE. INDUZIMENTO. PROVAS SUFICIENTES PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. REDUÇÃO DA PENA-BASE. AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DO ART. 62, III do CP. REGIME SEMIABERTO.

O art. 342, §2º do CP é expresso ao determinar que o fato somente deixa de ser punível se a retratação ocorre antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o que não se verifica na presente hipótese.

O delito previsto no art. 342 do Código Penal é classificado como crime de mão própria, ou seja, somente pode ser praticado diretamente pelos sujeitos ativos indicados no tipo penal (testemunha, perito, tradutor, intérprete e contador). Todavia, admite-se a participação daquele que induz ou instiga a testemunha a fazer afirmação falsa, caso dos autos.

A despeito de não prestar afirmações falsas na qualidade de testemunha devidamente compromissada, o apelante induziu C.C.G a mentir sobre fatos juridicamente relevantes no que se refere à sua atuação na comercialização de casas do empreendimento denominado “Residencial dos Calçadistas” no âmbito do programa “Minha Casa Minha Vida”, de modo a beneficiá-lo nos autos do inquérito policial e no bojo da ação civil pública.

O farto conjunto probatório demonstra não só a falsidade das afirmações feitas por C.C.G em inquérito policial e em juízo, como também a participação do réu no cometimento do delito.

Diante da prática do crime de falso testemunho por menor de dezoito anos, em concurso com agente imputável, também resta configurada a autoria do réu em relação ao delito do art. 244-B da Lei 8.069/90.

Redução das penas-base, uma vez que a análise das circunstâncias judiciais neste momento deve levar em consideração apenas os elementos atinentes ao falso testemunho e ao delito de corrupção de menores, sendo indevida a ponderação de circunstâncias relativas a fatos que são apurados em procedimentos distintos.

Afastamento da agravante do art. 62, III do CP, pois ao determinar a menor de idade a cometer falso testemunho o réu incorreu no tipo penal do art. 244-B do ECA.

Fixação do regime inicial semiaberto, considerando o *quantum* da pena aplicada (superior a 4 anos e inferior a 8 anos), por não se tratar de réu reincidente ou portador de maus antecedentes, além do que, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP são preponderantemente favoráveis.

Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso da defesa para reduzir a pena-base dos três delitos e fixar o regime inicial semiaberto, e, de ofício, afastar a agravante do art. 62, III do CP em relação ao crime do art. 342, §1º do CP praticado em 01/12/2011, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de junho de 2020.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI

Trata-se de apelação criminal interposta por Ademar Pereira da Silva em face da sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Federal de Jaú/SP, que o condenou como incurso nas sanções do art. 342, §1º (com redação anterior à vigência da Lei 12.850/13), por duas vezes, e do art. 244-B do ECA.

Narra a denúncia (fls. 274/279):

“Consta dos autos que, em data próxima ao dia 1º de dezembro de 2011, neste município de Jaú/SP, Ademar Pereira da Silva (vulgo ‘dema’) e Eduardo Garro de Oliveira, na condição de advogado contratado por aquele, determinaram à Carmen Cristina Galvão, menor de idade à época, que fizesse afirmações falsas e negasse a verdade sobre fatos juridicamente relevantes de que tinha conhecimento, o que fez em 1º/12/2011, na Delegacia Seccional de Polícia de Jaú, situada na Rua Riachuelo, 975, Centro, neste município de Jaú, com o fim de produzir prova no bojo do inquérito policial nº 20/2011, na condição de testemunha compromissada, com o intuito de favorecer, diretamente, Ademar Pereira da Silva.

Ademais, haja vista os fatos acima mencionados, Ademar Pereira da Silva (‘Dema’) e Eduardo Garro de Oliveira, na condição de advogado contratado por aquele, corromperam Carmen Cristina Galvão, menor de 18 anos à época, induzindo-a à prática do crime de falso testemunho, perpetrado nos termos referidos.

Consta dos autos, também, que, como desdobramento lógico e natural da conduta dos denunciados, na data de 14 de fevereiro de 2013, durante audiência de instrução relativa à ação civil pública/ ação coletiva de consumo nº 0000605-83.2012.403.6117, realizada na sala de audiências da 1ª Vara Federal de Jaú, situada na Rua Edgard Ferraz, 449, neste município de Jaú, na condição de testemunha compromissada, Carmen Cristina Galvão manteve a versão dos fatos apresentada perante a autoridade policial (cf. primeiro item), a partir de determinação feita por Ademar Pereira da Silva e por seu advogado Eduardo Garro de Oliveira, fazendo afirmações falsas e negando a verdade sobre fatos juridicamente relevantes de que tinha conhecimento, com o fim de produzir prova na mencionada ação civil pública destinada a favorecer, diretamente, a empresa Serve Engenharia Ltda - uma das rés na mencionada ação - e, de forma indireta, Ademar Pereira da Silva - terceiro alheio à referida relação jurídico-processual.

Segundo apurado, dias antes das declarações prestadas por Carmen Cristina Galvão na Delegacia Seccional de Polícia de Jaú em 1º/12/2011, no bojo do IPL 20/2011, Ademar Pereira da Silva levou-a até o escritório de advocacia de Eduardo Garro de Oliveira, onde ambos a instruíram a declarar falsamente que não mantinha contato com Ademar nas questões relativas ao Residencial Jardim dos Calçadistas, que teria sido contratada pela empresa Serve Engenharia e que

nunca teria recebido ou entregue valores para ‘Dema’, dentre outros pontos; inclusive, segundo Carmen (mídia de fl. 260), que, à época, contava com 16 anos, fora fornecido por escrito o que deveria dizer para que memorizasse e não ficasse nervosa no momento das declarações. Com base nisso, Carmen Cristina Galvão, que, na verdade, era funcionária da empresa de Ademar Pereira da Silva, em 1º/12/2011, prestou declarações no bojo do IPL nº 20/2011, cuja cópia fora juntada nos autos do inquérito civil nº 1.34.022.000143/2011-91 (vide fls. 249/258 do arquivo PAG 38 a 290 - mídia de fl. 170) [...]

Na sequência, proposta a ACP/ACC nº 0000605-83.2012.403.6117 em razão da cobrança indevida de taxas na venda de unidades do referido empreendimento habitacional, este Parquet, na condição de autor, arrolou Carmen Cristina Galvão e outras pessoas como testemunhas, tendo Carmen, que já havia atingido a maioridade, em 14/02/2013, mantido a versão apresentada em sede inquisitorial (cf denúncia de fls. 179/184), consoante as determinações de Ademar e Eduardo, manifestando-se em juízo, nos seguintes termos [...]

Ressalte-se que os indícios da falsidade das declarações prestadas por Carmen restaram inicialmente apurados nos procedimentos extrajudiciais (cf. IP 20/2011 - Del Pol Seccional de Jaú, IC nº 1.34.022.000143/2011-91 - PRM/Jaú-SP e IPL 7-0025/2012 - DPF/BRU/SP) e, notadamente, nos autos da ação civil pública/ação coletiva de consumo nº 0000605-83.2012.403.6117, nos quais verificou-se que Ademar Pereira da Silva, conhecido como ‘Dema’, através de sua empresa, era efetivamente o empregador de Carmen Cristina Galvão (vide CNIS de fls. 63/65) e que, na então condição de Secretário-Geral do Sindicato dos Trabalhadores em Indústria de Calçados Jaú, em conluio com outras pessoas e valendo-se da empresa Serve Engenharia Ltda, cobrou ‘taxas’ para incluir pessoas no ‘Programa Minha Casa Minha Vida’, no que toca ao empreendimento afeto ao Conjunto Residencial Jardim dos Calçadistas.

Conforme constatado, tais valores - no importe de R\$1.000,00 ou de R\$2.000,00 - constaram formalmente de contratos de promessa de compra e venda, celebrado entre os proponentes a mutuários e a construtora Serve Engenharia Ltda, com a natureza de sinal e princípio de pagamento. Todavia, pelas razões expostas na ação civil pública proposta e nas manifestações ministeriais que nela se seguiram, tais contratos foram celebrados apenas para dar aparente legitimidade a uma cobrança indevida no entender deste órgão ministerial.

Na época, Carmen Cristina Galvão, funcionária de Ademar, auxiliava-o nas tratativas com os interessados na aquisição das unidades habitacionais e na cobrança de valores, tendo sido arrolada como testemunha na ACP por este *Parquet* especialmente com o fim de ficar demonstrado, entre outros fatores, que a construtora Serve Engenharia LTDA não teria participado diretamente da comercialização do empreendimento, mas, sim, Ademar Pereira da Silva, a quem, na verdade, eram revertidos ao menos parte dos valores.

Na audiência judicial (em 14/02/2013), Erika Moraes Lopes, que também trabalhava no sindicato, seguindo a mesma linha de suas declarações extrajudiciais (cf. fls. 198/207 do arquivo PAG 38 a 290 - mídia de fl. 170) e em sentido oposto ao das declarações de Carmen, afirmou que não fora funcionária da empresa Serve, bem que não conhecia tal construtora e nunca tinha visto seus representantes, não se recordando de ninguém com o nome Sérgio (suposto preposto da empresa). Segundo ela, era Ademar Pereira da Silva quem a orientava sobre como as inscrições deveriam ser feitas, sendo ele o responsável pela definição do valor que seria cobrado dos mutuários e pelo recebimento de tal quantia.

Nesse mesmo sentido foram as declarações colhidas na mesma oportunidade dos informantes Giovani Batista Sede, Rodrigo Guimarães Leão, Cristiano Carvalho, Roseli Vieira Camargo, João Otavio Lorenzetti e Janete Aparecida Baltieca, pois registraram, no ensejo, que era Ademar Pereira da Silva quem dirigia o empreendimento, e não a empresa Serve Engenharia Ltda, de forma a confirmar os indícios de que os valores cobrados, ou ao menos parte deles, não teriam efetivamente revertido em favor do patrimônio da construtora.

Em razão das divergências constatadas nas declarações, fora proposta a ação penal nº 0001389-21.2016.403.6117 - 1ª Vara Federal de Jaú, em face de Carmen Cristina Galvão, pela

prática, em tese, do delito do art. 342, *caput*, do CP, perpetrado em juízo. Ao ser interrogada, Carmen acabou por confessar ter mentido em juízo na mencionada Ação Civil Pública/Ação Coletiva de Consumo, a pedido de Ademar Pereira da Silva ('Dema') e do advogado deste (que se apurou tratar de Eduardo Garro de Oliveira), admitindo, inclusive, ter faltado com a verdade sobre esses fatos, pela primeira vez, em suas declarações prestadas na Delegacia de Polícia Civil, quando ainda era menor, em ato acompanhada do referido causídico. Ressaltou, entretanto, ter agido desse modo por ter sido pressionada por seu ex-patrão, Ademar, e por temer eventual demissão (cf. mídia de fl. 221).

Diante disso, fora instaurado nesta Procuradoria da República de Jaú o Procedimento Investigatório Criminal - PIC nº 1.34.022.000074/2018-91, em anexo, para apurar a eventual participação de Ademar Pereira da Silva e Eduardo Garro de Oliveira no delito de uso de falso testemunho perpetrado, bem como eventual crime do art. 244-B, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ouvida, Carmen Cristina Galvão, após ser devidamente cientificada de que caso atribuisse falsamente crime a outrem poderia incorrer nos delitos de comunicação falsa de crime ou de denúncia caluniosa, confirmou que, à época, era funcionária de 'Dema' e novamente admitiu ter prestado falso testemunho no inquérito policial, quando ainda era menor, bem como na ação civil pública. Afirmou, em síntese, que antes de suas declarações na Polícia Civil, Ademar levou-a até o escritório do advogado de sobrenome 'Garro', onde fora orientada a negar ser funcionária de 'Dema', dizer que não mantinham contato, que teria sido contratada pela Serve Engenharia e que nunca teria recebido valores. Salientou que inclusive o advogado teria escrito o que deveria falar para que lesse por várias vezes e não ficasse nervosa no momento. Aduziu que, a despeito de não ter tido ameaça expressa, interpretou como sendo uma ajuda que deveria prestar para permanecer no emprego. Indicou que Eduardo Garro de Oliveira era advogado do 'Dema' ou do sindicato, tendo lhe acompanhado na Polícia Civil. No tocante às declarações na esfera judicial, aduziu que, à época, ainda trabalhava com 'Dema' e fora sozinha prestá-las, e que, anteriormente, 'Dema', no interior de um barracão existente defronte ao sindicato, disse-lhe que deveria 'só manter o mesmo testemunho que você manteve que eles só querem esclarecimentos'. No mais, disse que não conheceu Sérgio pessoalmente na época e que 'Dema' era o responsável pelas vendas das casas. Por fim, afirmou que 'Dema' vinha efetuando o pagamento da prestação pecuniária fixada em razão da suspensão condicional do processo, no qual foi fixado o pagamento de 10 parcelas de R\$120,00 - mídia à fl. 260.

[...] Há de se mencionar, outrossim, que segundo Carmen (mídia de fl. 260), 'Dema' estaria pagando as parcelas da prestação pecuniária do benefício da suspensão condicional do processo referente à ação penal nº 0001389-21.2016.4.03.6117 - 1ª Vara Federal de Jaú, na qual é ré, o que reforça os indícios da participação de Ademar nas declarações falsas de Carmen. Da mesma forma, os elementos reunidos nos autos trazem indícios suficientes de que Eduardo Garro de Oliveira, na qualidade de causídico de Ademar, tenha participado, juntamente deste, da determinação ao falso testemunho, na fase inquisitorial e em juízo, porquanto, segundo Carmen, as orientações foram passadas inicialmente no escritório de Eduardo, o qual, inclusive, teria escrito o que deveria ser dito para que memorizasse e a acompanhado durante suas declarações na Delegacia de Polícia.

[...] Dessarte, cumpre reconhecer a presença de indícios suficientes de que Ademar Pereira da Silva e Eduardo Garro de Oliveira participaram, mediante determinação, por duas vezes, em concurso material (CP, art. 69), do crime de falso testemunho perpetrado por Carmen Cristina Galvão, tanto no bojo do inquérito policial nº 20/2011, da Delegacia Seccional de Polícia de Jaú, quanto na Ação Civil Pública/Ação Coletiva de Consumo nº 0000605-83.2012.403.6117, e incorreram, por força de norma extensiva do art. 29, *caput*, do CP, nas sanções penais do art. 342, §1º do mesmo Codex.

E, ainda, que, Ademar Pereira da Silva ('Dema') e Eduardo Garro de Oliveira, na condição de advogado contratado por aquele, corromperam Carmen Cristina Galvão, menor de 18 anos

à época, induzindo-o à prática do crime de falso testemunho praticado nos termos suprarrelatados e incorreram, portanto, nas sanções penais do art. 244-B, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente”.

A denúncia foi recebida em 28/08/2018 (fls. 286/287v).

Após regular instrução, o Juízo da 1ª Vara Federal de Jaú proferiu a sentença de fls. 440/462v, publicada em 27/08/2019, por meio da qual:

a) absolveu Eduardo Garro de Oliveira da imputação de prática dos crimes previstos no art. 342, §1º (redação vigente na data do fato) c/c art. 29 ambos do CP e art. 244-B, *caput*, do ECA, com fundamento no art. 386, VII do CPP;

b) condenou Ademar Pereira da Silva, por duas vezes, pela prática do crime do art. 342, §1º (com redação anterior à vigência da Lei 12.850/13) c/c art. 29, ambos do CP e por uma vez pela prática do crime previsto no art. 244-B do ECA, à pena de 5 anos, 10 meses e 23 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 69 dias multa, no valor unitário equivalente a um salário mínimo vigente à época dos fatos. O réu também foi condenado ao pagamento das custas processuais.

Os embargos de declaração opostos por Ademar Pereira da Silva (fls. 469/475) foram rejeitados pela sentença de fls. 478/479.

A defesa de Ademar interpôs apelação, à fl. 476, e apresentou as respectivas razões às fls. 492/509. Preliminarmente, requer a extinção da punibilidade, com base no §2º do art. 342. Alega que Carmen Cristina Galvão confessou a prática do falso testemunho e retratou-se quanto às declarações prestadas antes do trânsito em julgado da sentença proferida nos autos da ação civil pública nº 0000605-83.2012.403.6117. Além disso, em relação à ação penal nº 0001389-21.2016.403.6117, a defesa aduz que Carmen Cristina Galvão aceitou a proposta de suspensão condicional do processo, retratando-se das declarações falsas anteriormente prestadas em sede policial e perante o Juízo Federal. Assim, a defesa alega que a retratação da testemunha se estende ao partícipe, no caso, o réu Ademar. Aduz, ainda, que as falsas declarações feitas por Carmen no bojo de inquérito policial ocorreram quando a testemunha era menor de idade, portanto, inimputável, razão pela qual o apelante Ademar não pode ser partícipe desse delito. No mérito, pede a absolvição com fulcro no art. 386, V do CPP. Alega que o corréu Eduardo Garro de Oliveira foi absolvido diante de insuficiência de provas, sendo que o apelante foi condenado com base nessas mesmas provas, impondo-se a reforma da sentença. Alega que a condenação de Ademar se amparou unicamente no depoimento prestado pela testemunha Carmen Cristina Galvão, que prestou depoimento na qualidade de informante diante da contradita oferecida em audiência, não havendo prova suficiente para condenação. A defesa sustenta, ainda, a atipicidade da conduta, argumentando que, por se tratar de crime de mão própria, somente a testemunha pode praticá-lo, não se admitindo coautoria. Subsidiariamente, pleiteia a aplicação do princípio da consunção, para que o delito do art. 244-B do ECA (crime meio) seja absorvido pelo delito do art. 342 do CP (crime fim). Em relação à dosimetria, pede a redução da pena-base para o mínimo legal, pois o magistrado teria utilizado circunstância não mencionada nos autos para valorar negativamente a culpabilidade. Por fim, pede a fixação de regime semiaberto, já que a pena não excede oito anos e o réu é primário.

Em contrarrazões, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 511/514).

A Procuradoria Regional da República, em seu parecer de fls. 516/531, opinou pelo não provimento da apelação.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso interposto por ADEMAR PEREIRA DA SILVA.

Dos fatos

De início, mostra-se necessário um breve resumo dos fatos, a fim de demonstrar o contexto em que foram prestadas as falsas declarações pela testemunha Carmen Cristina Galvão.

Consta que houve a instauração de inquérito civil público (ICP nº 1.34.022.000143/2011-91) a partir de representação formulada por João Fernandes Coelho da Silva, baseada em matéria jornalística veiculada em 14/11/2011, noticiando que o vereador e Secretário Geral do Sindicato dos Trabalhadores em Indústria de Calçados de Jaú, ADEMAR PEREIRA DA SILVA, conhecido por “Dema”, estaria cobrando taxas indevidas para a inclusão de pessoas no programa “Minha Casa, Minha Vida”, destinado à aquisição de unidade habitacional em empreendimento denominado “Residencial dos Calçadistas”. Os valores pagos por essas pessoas variavam entre R\$1.000,00 e R\$2.000,00. Nos contratos assinados entre os interessados e a empresa Serve Engenharia Ltda, responsável pela construção do empreendimento residencial, constou que o pagamento prévio referia-se a “sinal e princípio de pagamento”, embora não existisse previsão de antecipação de valores na proposta apresentada pela Caixa Econômica Federal.

No curso do ICP nº 1.34.022.000143/2011-91, foram juntadas cópia do *Inquérito Policial nº 020/2011*, em trâmite perante a Delegacia Seccional de Polícia de Jaú/SP, em que se apurava a suposta prática dos delitos de estelionato, formação de quadrilha e de violação à Lei sobre parcelamento do solo urbano, por Ademar Pereira da Silva e outros, também no contexto da comercialização de unidades habitacionais do “Residencial dos Calçadistas” e cobrança de taxas indevidas. Nesse IPL, no dia 01/12/2011, Carmen Cristina Galvão, na época menor de dezoito anos, prestou declarações no sentido de que havia sido contratada por Sérgio, dono da construtora Serve, para trabalhar como recepcionista em sala cedida pelo Sindicato dos Calçadistas, atendendo interessados na aquisição de moradias construídas pela Serve Engenharia. Carmen declarou, ainda, que Sérgio lhe orientou no tocante à prestação do serviço a ser realizado e que não tinha contato com “Dema”.

Em face desses fatos, o Ministério Público Federal ajuizou a *Ação Civil Pública/Ação Coletiva de Consumo nº 0000605-83.2012.403.6117*, distribuída perante a 1ª Vara Federal de Jaú/SP.

No bojo da referida ação civil pública, no intuito de demonstrar que a empresa Serve Engenharia não havia participado diretamente da comercialização do empreendimento “Residencial dos Calçadistas”, mas sim ADEMAR PEREIRA DA SILVA, o *Parquet* Federal arrolou Carmem Cristina Galvão como testemunha, que, devidamente compromissada prestou declarações perante o Juízo da 1ª Vara Federal de Jaú em 14/02/2013, no sentido de que havia sido contratada por Sérgio para trabalhar no Sindicato prestando informações aos mutuários sobre

inscrições relacionadas à aquisição de imóveis; nunca recebera qualquer tipo de orientação de Ademar em relação à comercialização do empreendimento; Sérgio (preposto da Serve Engenharia) foi quem lhe orientou acerca do trabalho que desenvolveria no Sindicato; que desconhecia a empreiteira “Fernandes e Silva”, de propriedade de Ademar; prestava serviços para a Serve Engenharia, embora tivesse sido registrada pela empresa de “Dema”.

As declarações prestadas por Carmen Cristina Galvão, tanto no inquérito policial nº 20/2011 como na ação civil pública, estavam em contradição com os depoimentos prestados por sua colega de trabalho Erika Moraes Lopes (que também foi ouvida como testemunha compromissada) e pelo informante Rodrigo Guimarães Leão na Ação Civil Pública nº 0000605-83.2012.403.6117, que foi sentenciada em 29/08/2013.

Diante disso, em 15/07/2016, Carmen Cristina Galvão foi denunciada pela suposta prática do crime do art. 342 do CP nos autos da ação penal nº 0001389-21.2016.403.6117, por fazer afirmação falsa e negar a verdade em processo judicial federal (ACP 0000605-83.2012.403.6117).

Em audiência de instrução realizada no dia 19/06/2017, a então ré, Carmen Cristina Galvão, confessou a prática delitiva e acrescentou que mentiu em Juízo por determinação de ADEMAR PEREIRA DA SILVA (“DEMA”) e do advogado deste. Admitiu, ainda, que prestou informações falsas na Delegacia de Polícia Civil, quando ainda era menor de idade, também sob a orientação de ADEMAR.

No dia 12/04/2018, a ré Carmen Cristina Galvão aceitou a proposta de suspensão condicional do processo, nos seguintes termos: *“Proibição de se ausentar da Seção Judiciária de São Paulo, por mais de 10 (dez) dias, sem prévia comunicação à autoridade judicial; 2. Comparecimento pessoal e obrigatório perante a Secretaria deste Juízo, bimestralmente, até o dia 10 de todo mês ímpar, iniciando-se pelo mês de maio de 2018, para prestar informações quanto à atividade lícita e residência. Deverá comparecer ao balcão da Secretaria deste Juízo, situado na Rua Edgard Ferraz, nº 449, Centro - Telefone (14) 3602-2800; 3. Depósito da quantia de R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), dividido em 10 (dez) parcelas mensais de R\$ 120,00”*.

Por força da comprovação da falsidade das declarações prestadas por Carmen Cristina Galvão na qualidade de testemunha e da admissão de que assim agiu por determinação de ADEMAR PEREIRA DA SILVA e do advogado Eduardo Garro de Oliveira, o Ministério Público Federal ofereceu a presente denúncia.

Preliminarmente - Do pedido de extinção da punibilidade com fundamento no art. 342, §2º do CP, em face da confissão de Carmen Cristina Galvão na ação penal nº 0001389-21.2016.403.6117.

A defesa de Ademar pretende a extinção da punibilidade com base no §2º do art. 342 do CP, pois, nos autos da ação penal em que foi denunciada por falso testemunho, Carmen Cristina confessou a prática delitiva e aceitou a proposta de suspensão condicional do processo.

Dispõe o art. 342, §2º do CP:

Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral:

[...]

§ 2º O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade.

Ocorre que a confissão de Carmen na ação penal em que figurou como ré ocorreu posteriormente à prolação da sentença na Ação Civil Pública, no bojo da qual foi prestado o falso testemunho, tanto que no feito criminal Carmen não foi beneficiada com a aplicação do §2º do art. 342 do CP. O crime, que possui natureza formal, já havia se consumado, uma vez que as declarações falsas versaram sobre fatos juridicamente relevantes que poderiam influenciar no resultado daquele processo, sendo certo que a Administração da Justiça (bem jurídico tutelado) foi afetada por essa conduta. O art. 342, §2º do CP é expresso ao determinar que o fato somente deixa de ser punível se a retratação ocorre antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito. Por essas razões, afasto a preliminar arguida.

Da materialidade

A materialidade dos crimes previstos no art. 342, §1º do CP e no art. 244-B do ECA está demonstrada pelos seguintes elementos: declarações prestadas por Carmen Cristina Galvão no inquérito policial nº 020/2011, em trâmite perante a Delegacia Seccional de Polícia de Jaú/SP, no dia 01/12/2011 (mídia à fl. 171); depoimento prestado por Carmen Cristina Galvão na ação civil pública nº 0000605-83.2012.403.6117 perante o Juízo da 1ª Vara Federal de Jaú/SP, em 14/02/2013 (mídia à fl. 171); depoimentos prestados por Erika Moraes Lopes, na qualidade de testemunha, na ACP nº 0000605-83.2012.403.6117 (mídia à fl. 171); confissão realizada por Carmen Cristina Galvão na ação penal nº 0001389-21.2016.403.6117, admitindo a prática do falso testemunho nos dias 01/12/2011 e 12/02/2013 (mídia à fl. 214); declarações prestadas por Carmen Cristina Galvão no bojo do PIC 1.34.022.000074/2018-91 (mídia à fl. 261) e prova testemunhal produzida nos presentes autos (mídia à fl. 394).

Transcrevo, por oportuno, as declarações prestadas por Carmen Cristina Galvão, no que importa à solução da lide, no IPL 20/2011 e na ACP nº 0000605-83.2012.403.6117:

IPL 020/2011:

“a depoente informa que trabalha desde o mês de outubro do ano de 2010, se não e engana, em uma sala existente no Sindicato dos Calçadistas, prestando serviço para uma construtora denominada Serve Engenharia, cuja sede está localizada na cidade de Marília; [...] afirma que mesmo não tendo registro formal em carteira, os direitos trabalhistas vêm sendo cumpridos pela construtora; afirma que tomou conhecimento da vaga quando trabalhava no SEBRAC, localizado próximo à Prefeitura, sendo que foi procurada por uma pessoa que se apresentou como sendo Sérgio, dono de uma construtora de Marília, que procurava pela pessoa de Carmen, sendo que a depoente não perguntou quem havia indicado seu nome; [...] a depoente informa que Sérgio lhe ofereceu um trabalho de recepcionista e que seria necessário ter experiência, e que esse trabalho seria desempenhado em uma sala cedida pelo Sindicato dos Calçadistas, mas para dar atendimento a um projeto que a Construtora dele iria proceder. [...] a depoente informa que iniciou suas atividades nessa sala do Sindicato e quem lhe orientou quais seriam suas atividades foi uma outra moça de nome Erika Lopes, e a depoente não sabe informar se Erika era ou não funcionária da Construtora. [...] A depoente informar que foi contratada para prestar atendimento com relação aos interessados em adquirir lotes e construção de casas pela construtora Serve Engenharia da pessoa de Sérgio, que seriam 240 casas localizadas no Jardim Bela Vista, atrás da fábrica de calçados do Ferruci. A depoente informa que as orientações eram dadas por Sérgio e que não tinha contato com os funcionários do Sindicato. A depoente informa que conhece a pessoa de ADEMAR PEREIRA DA SILVA, o mesmo tem apelido de ‘Dema’, não sabe dizer qual a função da referida pessoa, o qual tem uma sala no sindicato, e que ele lá comparece às vezes, mas nunca a depoente perguntou ou recebeu quaisquer informações da pessoa de ADEMAR relacionadas com o serviço da depoente, com relação às inscrições e as casas desse loteamento. [...] A depoente informa que efetuou algumas

inscrições relacionadas com pessoas que ocuparam vagas daquelas que desistiram. [...] além dos documentos, era cobrado um valor de mil reais em dinheiro ou cheque, sempre à vista, e a depoente fornecia um recibo ao interessado que efetuou o pagamento, sendo um recibo simples, sem o timbre da empresa, sendo que a depoente informava que guardava esse dinheiro com ela em um envelope e entrava em contato no celular de Sérgio para que passasse para retirar esse dinheiro e caso ele não viesse nesse mesmo dia, a depoente levava o dinheiro para sua casa. [...] o valor de mil reais era cobrado como taxa de comercialização desses imóveis. [...] os contratos referentes aos 240 mutuários, uma parte deles, ou seja 110 foram entregues por determinação de Sérgio, o proprietário da Construtora Serve Engenharia, para uma pessoa de nome Márcia da Imobiliária Jauense. [...] inquirida se a pessoa de presidente do Sindicato, de nome Sônia, bem como a pessoa do vereador ADEMAR PEREIRA DA SILVA, membro do sindicato, tem algo a ver com esse loteamento, a depoente responde que não. [...] inquirida sobre a matéria vinculada no Jornal Bom Dia e no Comércio de Jahu de conhecimento público envolvendo o nome do vereador ADEMAR PEREIRA DA SILVA, onde consta nessa reportagem que os mutuários alegam que foram atendidos e feito suas inscrições com a pessoa de Dema, a depoente nada soube dizer a respeito. Inquirida se presenciou a pessoa de Dema fazer atendimento de algum mutuário com relação específica a esse loteamento ou a inscrição dessas casas, a mesma informou que não presenciou [...]”.

ACP nº 0000605-83.2012.403.6117:

“iniciou seu trabalho no Sindicato em outubro ou novembro. Foi contratada para prestar informações aos mutuários sobre as inscrições relacionadas à comercialização de imóveis. Na época em que entrou, as inscrições já haviam sido feitas, embora tenha feito algumas, em torno de seis, em razão de desistências. Foi contratada por Sérgio. Trabalhava no CEBRAC, onde Sérgio lhe procurou. Foi orientada por Sérgio acerca do trabalho que desenvolveria no Sindicato. Dema não a orientou. Trabalhava na mesma sala que Erika. [...] Era cobrado da pessoa interessada o valor de R\$1.000,00, por determinação de Sérgio. Conhecia a empreiteira ‘Fernandes e Silva Ltda’, de propriedade de Dema, cujas atividades são desenvolvidas em frente ao Sindicato. O local em que era feita a comercialização dos imóveis ficava no Sindicato. Atualmente, trabalha na empresa ‘Fernandes e Silva’, tendo sido contratada assim que se desligou da Serve Engenharia. Recebia salário da Serve, mas não era registrada. Afirmou que em sua carteira de trabalho consta que desde 1º de março de 2011 presta serviços para a empresa ‘Fernandes e Silva’, mas, na verdade, era empregada da Serve. Isso porque Dema fez um acordo com Sérgio e registrou a declarante, como se prestasse serviço para a ‘Fernandes e Silva’. Trabalhou por volta de dois a três meses no local com Erika e, questionada sobre as declarações prestadas por Erika, no sentido de que não conhecia Sérgio, Carmen reafirmou que naquela época ele lá comparecia. Recebeu orientações de Sérgio em relação à questão da cobrança de R\$1.000,00 ou R\$2.000,00 e à assinatura dos contratos, sendo que nunca foi orientada por Dema”.

Esses elementos demonstram a falsidade das afirmações feitas por Carmen Cristina Galvão, na qualidade de testemunha, no Inquérito policial nº 020/2011 em que se apurava a eventual prática dos crimes de estelionato e quadrilha por Ademar Pereira da Silva, e na ação civil pública nº 0000605-83.2012.403.6117, uma vez que Carmen era empregada da empresa de Ademar (conforme CNIS de fl. 66), com quem mantinha contato pessoal e de quem recebia orientações para execução das tarefas de comercialização do empreendimento residencial. Nunca trabalhou para a empresa Serve, tampouco foi orientada por Sérgio (preposto da Serve) no tocante ao atendimento de mutuários. As afirmações falsas foram feitas com a finalidade de encobrir a participação de Ademar na comercialização das unidades habitacionais e, con-

sequestamente, sua responsabilidade no tocante à taxa cobrada dos interessados na aquisição, a título de “sinal e princípio de pagamento”.

A materialidade do crime tipificado no art. 244-B da Lei 8.069/90 também está demonstrada pelos elementos acima elencados e pela cédula de identidade de Carmen Cristina Galvão, menor de 18 anos na época em que prestadas as declarações nos autos do IPL 020/2001 (fl. 258). Afasto o pedido de aplicação do princípio da consunção, uma vez que o delito do art. 244-B da Lei 8.069/90 não pode ser considerado crime meio para a prática do falso testemunho. Sem dúvida, o réu poderia ter induzido pessoa imputável a praticar o crime de falso, sem que incorresse no crime de corrupção de menores. Ressalte-se, ainda, que o delito do art. 244-B do ECA é autônomo em relação do crime tipificado no art. 342 do CP, não sendo possível a absorção pretendida pela defesa.

Da autoria

A partir da confissão na ação penal nº 0001389-21.2016.403.6117, Carmen Cristina, em todas as oportunidades em que foi ouvida (no PIC e no presente feito), afirmou que fez afirmações falsas perante a autoridade policial e perante o Juízo Federal por determinação de Ademar Pereira da Silva, seu patrão, à época.

No Procedimento Investigatório Criminal nº 1.34.022.000074/2018-91, Carmen declarou o seguinte: Confirma as declarações prestadas na ação penal, quando foi interrogada. Não falou a verdade quando foi ouvida na Ação Civil Pública na qualidade de testemunha. Começou a trabalhar com Dema quando tinha 15 anos. Foi orientada a falar que: não era funcionária do Dema; que era contratada pela Serve Engenharia; que não tinha contato com Dema; que nunca havia recebido dinheiro. Foi orientada por Dema, no escritório do advogado. O advogado lhe acompanhou na oitiva na Delegacia de Polícia Civil. Não sabia quais seriam as consequências, mas lhe afirmaram que não teria qualquer problema. Trabalhava no CEBRAC e ganhava R\$300,00. Sua mãe conhecia Dema, com quem conversou para pedir um emprego melhor. Dema lhe ofereceu um salário de R\$700,00. Não foi ameaçada por Dema para fazer afirmações falsas, mas ele disse “você precisa nos ajudar para continuar aqui”. Entendeu que para manter o emprego, teria que atender à determinação de Dema. Eduardo Garro de Oliveira era advogado de Dema. Não contratou Eduardo. Dema disse que Eduardo deveria acompanhá-la porque era menor de idade. Quando prestou declarações na polícia civil era menor de idade. Quando foi intimada para depor na ação civil pública, Dema lhe disse que deveria manter a mesma versão porque só queriam esclarecimentos. Quando Dema lhe pediu para mentir perante o Juízo Federal, Dema estava sozinho. Trabalhou com Dema desde os 15 anos, foi registrada quando fez 16 anos e trabalhou até os 18 anos. Depois de prestar depoimento na Ação Civil Pública, saiu do emprego a pedido de sua mãe. Não teve mais contato com Dema. Não foi ameaçada. Dema foi responsável pela venda das casas. Quando começou a trabalhar no Sindicato, as inscrições já haviam sido feitas. Erika trabalhava no local, na época. Fez uns seis contratos, em razão de desistência de mutuários. Não conhecia Sérgio, naquela época. Conheceu Sérgio depois de trabalhar um ano e meio para Dema. Dema era presidente do Sindicato dos Calçadistas. Depois do depoimento que prestou na Justiça Federal, sua mãe lhe proibiu de trabalhar no Sindicato, pois em determinada ocasião um funcionário lhe acusou de furto. Quando foi orientada antes da oitiva na Delegacia de Polícia Civil, o advogado de Dema escreveu o que deveria ser dito, para que memorizasse. Dema está realizando o pagamento da prestação pecuniária fixada em razão da aceitação da proposta de suspensão condicional do processo.

No Procedimento Investigatório Criminal nº 1.34.022.000074/2018-91, Ademar fez as seguintes afirmações: Não orientou Carmen antes da oitiva na Delegacia de Polícia Civil. Car-

men possuía advogado. Acha que Carmen mudou a versão dos fatos por orientação do advogado dela. Na época, Carmen era sua funcionária. Não tem conhecimento técnico para dizer “falo isso, fala aquilo”. Pediu para Carmen sempre falar a verdade. Carmen trabalhou em sua empresa em um determinado período e no Sindicato, para a Serve Engenharia, em razão de um contrato verbal que tinha com Sérgio. Não tinha o que esconder. Não contratou advogado para acompanhar Carmen na polícia civil. Na época, Carmen namorava um advogado, Dr. Norberto. O advogado Eduardo Garro acompanhou Carmen na polícia porque “ele prestou serviços para todos eles, tanto para ela, como para mais pessoas, foi em virtude um pacote que foi feito”. Eduardo Garro foi seu advogado em determinado período. Não sabe se ele orientou Carmen. Não sabe porque Carmen teria prestado declarações falsas para lhe favorecer. Sérgio, da Serve Engenharia, pediu para que Carmen fosse cedida durante um período. Sérgio é de Marília e é um dos donos da construtora. Não sabe por que Erika disse que não conhecia Sérgio. Erika e Carmen tinham contato com Sérgio. Sérgio cuidava da comercialização do empreendimento. Sobre a prestação pecuniária de Carmen, nega que tenha efetuado o pagamento. Nunca emprestou dinheiro para Carmen.

Nos presentes autos, foram ouvidos Carmen Cristina Galvão, Roseli Vieira Camargo, Sonia Regina Fernandes, Lincoln Perdoná Lucas, Marcos Alexandre Cardoso (mídia à fl. 397).

Carmen Cristina Galvão foi contraditada e ouvida na qualidade de informante, tendo sido advertida que poderá ser responsabilizada penalmente na hipótese de imputar falsamente a terceiros a prática de delitos. Confirma que fez afirmações falsas na delegacia e perante o Juízo Federal. Começou a trabalhar com Dema quando tinha 15 anos. Quando foi intimada para depor, mostrou a intimação para Dema. Foram ao escritório do advogado, que se chamava Garro. Dema e o advogado combinaram a versão que deveria ser dita na Delegacia. Eles disseram que não teria problema algum em prestar depoimento nesse sentido. Eles pediram para que falasse que era registrada pela empresa de Dema, mas que prestava serviços para a Serve e que foi contratada por Sérgio. Depois desses acontecimentos chegou a conhecer Sérgio. Foi contratada por Dema. Trabalhava para Dema. O advogado de Dema (Garro) a acompanhou durante a oitiva na Delegacia. Nunca contratou esse advogado. Manteve o depoimento falso quando foi ouvida na Justiça Federal a pedido de Dema e do advogado. Na época, o advogado escreveu o teor das declarações que deveria prestar, para que não esquecesse. Dema efetuou o pagamento de algumas parcelas da prestação pecuniária. Tentou fazer a devolução dos valores a Dema, mas ele não aceitou. Ademar lhe disse que se quisesse continuar no emprego, deveria ajudá-lo. Ademar não disse expressamente que a demitiria caso não fizesse declarações falsas. Erika foi demitida. Foi orientada pelo réu Ademar a dizer que prestava serviços para a Serve, embora tivesse sido contratada pela empresa Fernandes. Ademar também lhe pediu para dizer que não tinha contato com ele, e que apenas Sérgio lhe passava as orientações. Confirma que, antes de prestar depoimento na Justiça Federal, Ademar pediu para que mantivesse a mesma versão, pois seriam apenas esclarecimentos. Quando Ademar lhe pediu para mentir, não se sentiu ameaçada, mas ficou com medo de perder o emprego.

A testemunha Roseli Vieira Camargo declarou que seu marido achou um folheto sobre as inscrições para aquisição de unidade no Residencial dos Calçadistas. Fizeram a inscrição e pagaram um valor. Isso ocorreu no Sindicato. Foram sorteados, mas não receberam a casa. Não sabe se Ademar estava envolvido na comercialização dessas casas. Nunca ouviu falar de Sérgio. Não estavam conseguindo receber os valores pagos, então seu marido foi conversar com Dema.

Sonia Regina Fernandes trabalhou no Sindicato na época em que as casas estavam sendo vendidas. Ademar não participou dessas vendas. Em certa ocasião, viu Ademar e Carmen

conversando, sendo que nessa oportunidade Carmen disse algo sobre contratação de advogado e Ademar disse que não queria saber sobre o assunto. Na época, tinha uma participação na construtora de Ademar, “Fernandes e Silva”. Carmen era empregada da construtora “Fernandes e Silva”, mas essa empresa não tinha participação no empreendimento Residencial dos Calçadistas. Não presenciou Ademar ameaçando Carmen para prestar depoimento favorável a ele. Não sabe a razão pela qual Erika foi demitida.

Lincoln Richiel Perdoná Lucas declarou que apenas ouviu falar sobre os fatos descritos na denúncia. Na época, era presidente da Comissão de Prerrogativas da OAB. Eduardo lhe consultou, dizendo que acompanharia uma pessoa na Delegacia. Na época, havia notícia de que o Delegado seria um pouco truculento. Eduardo lhe consultou sobre como se comportar durante a oitiva na Delegacia, já que Eduardo não atuava na área criminal. Em nenhum momento Eduardo lhe falou que pediria para a testemunha mentir. A cliente chegou no escritório de Eduardo enquanto ainda estava lá, mas não ouviu a conversa, pois estava de saída.

Marcos Alexandre Cardoso reconheceu como sendo sua a assinatura na peça processual de fls. 234/238.

Erika Moraes Lopes declarou que havia trabalhado na empreiteira do Ademar, na função de secretária. A sala comercial ficava atrás do Sindicato. Prestava atendimento aos calçadistas que pretendiam fazer um pré-contrato. Os interessados pagavam entre R\$1.000,00 e R\$2.000,00 a título de sinal. Foi contratada por Ademar. Recebia orientação de Ademar nas questões relativas aos contratos. Os mutuários chegavam a conversar com Ademar. Recebia esses valores que eram pagos e depois repassava para Ademar. Trabalhou juntamente com Carmen Cristina Galvão. Carmen exercia as mesmas funções. Carmen também era orientada por Ademar. Não recebia orientações de Sérgio sobre a execução dos serviços que prestava. Ouvia falar da Serve Engenharia. O nome da Serve Engenharia constava dos contratos. Não tinha contato com os representantes legais da Serve Engenharia. Na época apenas travava dos assuntos com Ademar e, pelo que se recorda, com Sônia, que era presidente do sindicato e sócia de Ademar. A testemunha não era registrada. Algumas pessoas reclamaram em razão da demora na entrega das casas. Não sabia o que estava acontecendo. Ademar dizia que a demora decorria da burocracia no banco. Repassava essa informação para as pessoas. Não sabe a respeito da visita de Carmen ao escritório do advogado de Ademar. O advogado do Sindicato se chamava Eduardo. Não teve contato com esse advogado.

Eduardo Garro foi interrogado em juízo. Dema lhe pediu para acompanhar Carmen na oitiva perante a autoridade policial. Pediu conselho ao advogado Lincoln, pois o delegado da seccional seria conhecido por ser uma pessoa truculenta. Não tem conhecimento acerca do depoimento prestado por Carmen na Justiça Federal. Acredita que a testemunha mentiu em seu interrogatório nos autos em que foi denunciada por falso testemunho, por insistência do Ministério Público. Esteve com Carmen uma única vez.

O apelante Ademar foi interrogado (mídia à fl. 397). Declarou que a acusação é falsa. Não orientou Carmen a mentir. Carmen trabalhava para sua empresa. Ela estava registrada. Sempre teve consideração por ela, tinha amizade com a mãe dela. Gostava muito da família de Carmen. Carmen parou de trabalhar na construtora e saiu para estudar. Depois disso, ela queria sua vaga de emprego de volta, mas isso não foi possível. Acha que ela mudou sua versão por esse fato. Trabalhava junto com Carmen. Diariamente encontrava com ela. Entre 2009 e 2012 exerceu o cargo de vereador. Não tinha tempo para cuidar do empreendimento. Carmen prestou depoimento na Delegacia acompanhada de advogado. Nunca orientou Carmen. As casas foram comercializadas em nome da Construtora Serve. Acredita que seu nome foi envolvido

nesse empreendimento em razão de seu cargo de vereador. A Serve instituiu um sinal de R\$1.000,00, que, posteriormente foi corrigido para R\$2.000,00. Era diretor do Sindicato na época e, por isso, ouvia as orientações da Serve e repassava para as meninas que realizavam o atendimento. A Serve fez uma parceria com o Sindicato. O Sindicato cedeu sala e computador e divulgou o empreendimento para os Calçadistas. Havia uma prestação de serviços por parte do Sindicato. Depois que recusou emprego a Carmen ela passou a mudar sua versão. Seu sócio emprestou dinheiro (R\$1.000,00) para o namorado de Carmen. Não sabe a destinação desse dinheiro. Apenas levou Carmen ao escritório do Dr. Garro, mas não participou da reunião.

Pois bem.

O delito previsto no art. 342 do Código Penal é classificado como crime de mão própria, ou seja, somente pode ser praticado diretamente pelos sujeitos ativos indicados no tipo penal (testemunha, perito, tradutor, intérprete e contador). Todavia, admite-se a participação daquele que induz ou instiga a testemunha a fazer afirmação falsa, caso dos autos.

A despeito de não prestar afirmações falsas na qualidade de testemunha devidamente compromissada, o apelante induziu Carmen Cristina Galvão a mentir sobre fatos juridicamente relevantes no que se refere à sua atuação na comercialização de casas do empreendimento denominado “Residencial dos Calçadistas” no âmbito do programa “Minha Casa Minha Vida”, de modo a beneficiá-lo nos autos do inquérito policial e no bojo da ação civil pública.

Sobre o concurso de pessoas no crime de falso testemunho, trago os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci:

“Entendemos perfeitamente admissível, na modalidade de participação, o concurso de agentes. Nada impede, tecnicamente, que uma pessoa induza, instigue ou auxilie outra a mentir em juízo ou na polícia. O crime é de mão própria: embora isso queira significar ter o autor de cometê-lo pessoalmente, nada impede tenha ele o auxílio de outrem”. (SOUZA NUCCI, Guilherme de, Código Penal Comentado, Ed. Revista dos Tribunais: 2012. São Paulo).

Nesse sentido, trago, ainda, precedentes do STJ:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 342, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. JUSTA CAUSA. RETRATAÇÃO DA TESTEMUNHA. EXTENSÃO À PACIENTE, DENUNCIADA POR ORIENTAR, INSTRUIR E INFLUENCIAR AQUELA.

I - *É possível a participação no delito de falso testemunho. (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso).*

II - A retratação de um dos acusados, tendo em vista a redação do art. 342, § 2º, do Código Penal, estende-se aos demais co-réus ou partícipes. Writ concedido.

(STJ. HC 36287/SP. Ministro Felix Fischer. Quinta Turma. DJ 20/06/2005).

CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. FALSO TESTEMUNHO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. FALHAS NÃO VISLUMBRADAS. PARTICIPAÇÃO NO DELITO. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DO CRIME. AUSÊNCIA DE EFETIVO DANO JURÍDICO À ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA. DESNECESSIDADE. SUFICIÊNCIA DA POTENCIALIDADE LESIVA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

I. Eventual inépcia da denúncia só pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência a impedir a compreensão da acusação, em flagrante prejuízo à defesa do acusado, ou na

ocorrência de qualquer das falhas apontadas no art. 43 do CPP o que não se vislumbra *in casu*.
II. *O delito de falso testemunho, apesar de ser considerado delito de ‘mão própria’, admite a participação, nas modalidades de induzimento e instigação, ressalvadas raras exceções. Precedentes desta Corte e do STF.*

III. Para a configuração do delito de falso testemunho basta a verificação da potencial lesividade da declaração prestada em juízo, sendo irrelevante a efetiva ocorrência do prejuízo à Administração da Justiça.

IV. Recurso parcialmente conhecido e desprovido, nos termos do voto do Relator.

(STJ. RESP 2004.00.95140-2. MINISTRO GILSON DIPP. QUINTA TURMA. DJ DATA: 29/11/2004 PG:00397)

Disso decorre que, ao contrário do alega a defesa, o apelante pode ser partícipe do falso testemunho prestado pela inimputável no inquérito policial nº 020/2011.

A menoridade, e, portanto, a inimputabilidade penal da agente que fez as afirmações falsas não afasta a prática do crime e a participação do acusado no delito de falso testemunho por induzimento ou instigação.

O farto conjunto probatório demonstra não só a falsidade das afirmações feitas por Carmen em inquérito policial e em juízo, como também a participação do réu no cometimento do delito.

Carmen e Erika foram contratadas por Ademar para realizar atendimento de pessoas interessadas na aquisição de moradias no Residencial dos Calçadistas, no âmbito do programa federal “Minha Casa Minha Vida”. O trabalho era realizado em uma sala localizada na sede do Sindicato dos Calçadistas, do qual o réu era Diretor. O réu, pessoalmente, instruiu essas funcionárias, orientando-as em relação às informações que deveriam ser prestadas ao público, o procedimento para inscrição, rol de documentos necessários e valores cobrados a título de sinal.

Erika confirmou todos esses fatos ao prestar depoimento na qualidade de testemunha na ação civil pública e nos presentes autos.

Carmen, no entanto, mentiu perante a autoridade policial e em juízo, de modo a beneficiar o apelante, que era seu patrão naquela época, conforme demonstra o CNIS de fl. 66. Em seus depoimentos, Carmen afirmou falsamente que o trabalho desenvolvido no Sindicato era coordenado exclusivamente por Sérgio (proprietário da Construtora Serve Engenharia); que havia sido contratada por Sérgio e que não mantinha contato com Ademar.

Carmen foi empregada da “Empreiteira Fernandes e Silva Ltda ME”, de 01/03/2011 a 01/2013. Essa empresa pertencia ao acusado, que admitiu haver contratado Carmen, atendendo ao pedido da mãe dela, com quem mantinha vínculo de amizade, conforme consta de seu interrogatório. Carmen relatou que antes de ser contratada por Ademar, trabalhava no CEBRAC, com renda mensal R\$300,00, sendo que o apelante passou a lhe pagar o salário de R\$700,00.

Assim, com receio de perder o emprego, Carmen fez afirmações falsas em sua oitiva na Delegacia de Polícia Civil de Jaú, por determinação de Ademar, que, embora não tenha efetivamente ameaçado a testemunha, induziu-a a mentir, de modo a beneficiá-la no procedimento investigativo criminal. Na data da primeira oitiva, Carmen possuía 16 anos de idade. Assim, valendo-se da pouca idade e da inexperiência de sua empregada, o acusado induziu-a a fazer afirmações falsas, a pretexto de permanecer empregada, chegando, inclusive, a levá-la ao escritório de seu advogado antes do depoimento na Polícia Civil, para que tudo transcorresse dentro dos interesses do réu.

Note-se que não haveria qualquer motivo plausível para Carmen prestar depoimento inverídico, no sentido de atribuir a responsabilidade por sua contratação e pela comercialização das moradias a Sérgio, pessoa que sequer conhecia pessoalmente. Os elementos produzidos nos autos deixam claro que as falsas declarações feitas por Carmen tinham por finalidade esconder a atuação de Ademar, que foi o verdadeiro responsável por sua contratação e de Érica e, ainda, o coordenador do atendimento às pessoas interessadas na aquisição de casas no “Residencial dos Calçadistas”. O réu seria a única pessoa beneficiada com a versão inverídica apresentada por Carmen. Tudo isso corrobora as declarações feitas por Carmen nestes autos, na qualidade de informante, e também na ação penal nº 0001389-21.2016.403.6117 (em que foi denunciada por falso testemunho), no bojo da qual confessou a prática delitiva e afirmou ter sido induzida por Ademar.

Desse modo, a condenação não se baseia unicamente na retratação de Carmen, mas nos elementos probatórios produzidos nestes autos, que de forma segura, demonstram a participação de Ademar nos delitos de falso testemunho praticados por Carmen.

Aliás, o fato de Carmen ter se desligado da empresa de Ademar logo após a audiência realizada em 14/02/2013 na Justiça Federal de Jaú não afasta, tampouco enfraquece, a conclusão de que Carmen foi induzida a mentir para que permanecesse empregada. Carmen pode ter rescindido seu contrato de trabalho por arrepende-se do conluio com seu patrão para a prática de crimes, por exemplo. Aliás, Carmen afirmou nestes autos que por força de falsas acusações de furto, foi obrigada a deixar o emprego, por determinação de sua mãe. Ou seja, meras conjecturas acerca do motivo pelo qual Carmen desligou-se da empresa de Ademar não se mostram aptas sequer a suscitar dúvida neste julgador no tocante à participação de Ademar.

Ademais, diante da prática do crime de falso testemunho por menor de dezoito anos, em concurso com agente imputável, também resta configurada a autoria do réu em relação ao delito do art. 244-B da Lei 8.069/90.

Assim, mantenho a condenação nos termos da r. sentença.

Da dosimetria

i) Art. 342, §1º do CP praticado em 01/12/2011

1ª fase

A pena-base foi fixada em 02 anos de reclusão e 24 dias multa, em face da culpabilidade e circunstâncias desfavoráveis. Eis os fundamentos:

“Na primeira fase da aplicação da pena, de acordo com os artigos 68 e 59 do Código Penal, verifico que a culpabilidade do réu ADEMAR PEREIRA DA SILVA não pode ser considerada normal para os tipos em questão, pois se trata de empresário, diretor de Sindicato local e, inclusive, detentor de mandato legislativo local na época dos fatos, de sorte que extremamente reprovável que tenha optado pelo caminho do ilícito penal, ainda mais que tenha se aproveitado da estrutura sindical para se beneficiar em prejuízo de centenas de trabalhadores no setor calçadista, sabidamente detentores de baixa remuneração, os quais buscavam apenas a obtenção de acesso a programa federal de promoção de moradias. E, quando surgidas notícias de seus ilícitos, o réu ADEMAR PEREIRA DA SILVA fez uso desse amplo poder de fato para mascarar seus reais interesses patrimoniais mesclados com distorcida atuação sindical, inclusive valendo-se da estrutura disponibilizada pelo ente coletivo de luta dos trabalhadores, bem como induzindo a menor Carmem Cristina Galvão a prestar declarações falsas no Inquérito Policial 20/2011, em 1º/12/2011, na Delegacia Seccional de Polícia de Jaú, bem como reiterá-las neste Juízo Federal. Conforme folha de antecedentes e certidões criminais acostadas aos autos suplementares em apenso, inexistem provas de maus antecedentes.

Assinale-se, por relevante, que o exame ora empreendido desconsidera inquéritos policiais e ações penais em curso, reconhecidamente inidôneos a lastrear a cognição judicial (Súmula nº 444, do Superior Tribunal de Justiça). Não existem elementos nos autos aptos a aferir a conduta social e a personalidade do acusado de modo negativo. As circunstâncias do crime merecem valoração negativa, eis que o réu valeu-se de estrutura decorrente do exercício de função proeminente de Diretor de sindicato local e, nas instalações deste, fez funcionar parte de sua atividade econômica e, quando chamado para responder pelos seus ilícitos, usou de seu poder de empregador para submeter terceiros a seus interesses ilícitos. Portanto, o réu ADEMAR PEREIRA DA SILVA fez uso desse amplo poder de fato para mascarar seus reais interesses patrimoniais mesclados com distorcida atuação sindical, pois os interessados na obtenção de financiamento habitacional gerido pela Caixa Econômica Federal - CEF foram obrigados a efetuar pagamentos e, para dissimular o real destinatário dos pagamentos, forjou a contratação da testemunha Carmem Cristina Galvão com terceiro e, posteriormente, induziu-a a mentir perante autoridade policial e, posteriormente, foi induzida a manter essa versão mentirosa em depoimento realizado na sede deste Juízo Federal. Além de dissimular o real destinatário dos pagamentos e forjar a contratação da testemunha Carmem Cristina Galvão com terceiro, relembro que os documentos contidos nos autos do Inquérito Civil Público nº 1.34.022.000143/2011-91 (arquivo PAG 38 a 290 - mídia de fl. 171, em Apenso) demonstram que o réu contratou advogado para acompanhar Carmem Cristina Galvão durante sua oitiva realizada na Delegacia Seccional de Polícia Civil de Jaú, no dia 01/12/2011, no bojo do Inquérito Policial nº 20/2011 e, ainda que não comprovada a participação dolosa do citado causídico, as provas carreadas aos autos evidenciam que essa medida foi adotada para garantir que a testemunha cumprisse com o propósito ilícito orquestrado pelo réu. As consequências dos crimes não permitem fundamentar aumento de pena, pois já consideradas pelo legislador. Considerados os parâmetros legais, fixo, portanto, a pena-base do delito de falso testemunho em 2 (dois) anos de reclusão e 24 (vinte e quatro) dias-multa”.

O crime de falso testemunho foi praticado com a finalidade de encobrir a participação do réu na comercialização de moradias no âmbito do programa federal “Minha Casa Minha Vida”, e, conseqüentemente, sua responsabilidade pela cobrança de taxas no ato da assinatura do contrato, já que não havia previsão acerca de instituição e cobrança de “sinal” na proposta elaborada pela CEF. O atendimento às pessoas interessadas ocorria no Sindicato dos Calçadistas, do qual o acusado era Diretor, além de ser vereador do município de Jaú. Ocorre que essas condutas estavam sendo objeto de apuração pelo Ministério Público Federal no bojo da ação civil pública, e não nos presentes autos. Ademais, a polícia civil de Jaú também apurava eventual prática delitiva por parte do réu em relação a esses fatos.

Nessa esteira, a análise das circunstâncias judiciais neste momento deve levar em consideração apenas os elementos atinentes ao falso testemunho, praticado em momento posterior aos fatos acima descritos, os quais são objeto de apuração em outros procedimentos.

Dito isso, afasto a valoração negativa da culpabilidade, pois o fato de o réu valer-se da estrutura sindical e do poder decorrente de seu cargo eletivo para cobrar taxas supostamente indevidas, em prejuízo de trabalhadores de baixa renda, não constitui fundamento idôneo para exasperação da pena pelo delito de falso testemunho. A indução de menor à prática delitiva, do mesmo modo, não pode ser considerada na dosimetria do crime do art. 342 do CP, pois constitui delito autônomo, sob pena de indevido *bis in idem*.

Por outro lado, mantenho a valoração negativa das circunstâncias do crime, pois o falso testemunho teve por finalidade não apenas encobrir a atuação do apelante na comercialização de moradias e cobrança de taxas dos pretensos mutuários, como também atribuir essa conduta

à pessoa de Sérgio (responsável pela empresa que construiu o empreendimento), dissimulando, assim, o destinatário dos valores cobrados. Além disso, Ademar contratou um advogado para acompanhar a então adolescente em sua oitiva perante a autoridade policial, a fim de garantir que a testemunha cumprisse a determinação do denunciado.

Assim, acolho parcialmente o pedido da defesa para reduzir a pena-base, fixando-a em 01 ano e 06 meses de reclusão e 15 dias multa.

2ª fase

Incidir a circunstância agravante prevista no art. 62, III do CP, que dispõe:

Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que:

[...]

III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal.

A incidência da agravante em comento configura *bis in idem*, pois ao determinar a menor de idade a cometer falso testemunho o réu incorreu no tipo penal do art. 244-B do ECA. Por essa razão, de ofício, afasto a agravante do art. 62, III do CP e mantenho a pena intermediária em 01 ano e 06 meses de reclusão e 15 dias multa.

3ª fase

Incidir apenas a causa de aumento prevista no §1º do art. 342 do CP, na fração de 1/6, já que o crime foi praticado com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal.

Assim, a pena do delito do art. 342, §1º do CP praticado em 01/12/2011 passa a ser de 1 ano e 9 meses de reclusão e 17 dias-multa.

ii) Art. 244-B da Lei 8.069/90 praticado em 01/12/2011

1ª fase

A pena-base foi fixada em 02 anos de reclusão, em face da culpabilidade e circunstâncias desfavoráveis, com base nos mesmos fundamentos que serviram para exasperação da pena-base do delito de falso testemunho.

Afasto a valoração negativa da culpabilidade, pois o fato de o réu valer-se da estrutura sindical e do poder decorrente de seu cargo eletivo para cobrar taxas supostamente indevidas, em prejuízo de trabalhadores de baixa renda, não constitui fundamento idôneo para exasperação da pena pelo delito de corrupção de menores. Por outro lado, as circunstâncias do crime são desfavoráveis, na medida em que o recorrente usou de seu poder de empregador para submeter a então adolescente a seus interesses ilícitos, fazendo com que a menor aceitasse praticar o delito diante do receio de ser demitida.

Reduzo, portanto, a pena-base para 1 ano e 6 meses de reclusão.

2ª fase

Não incidiram circunstâncias agravantes e atenuantes.

3ª fase

Sem causas de diminuição e de aumento, restando a pena fixada em 1 ano e 6 meses de reclusão.

Do concurso formal

O magistrado reconheceu o concurso formal próprio entre os delitos do art. 342, §1º do

CP (praticado em 01/12/2011) e do art. 244-B do ECA, aplicando a fração de aumento de 1/6 sobre o delito mais grave.

Assim, a pena definitivamente fixada em relação a esses delitos passa a ser de *2 anos e 15 dias de reclusão e 19 dias-multa*.

iii) Art. 342, §1º do CP praticado em 14/02/2013

A pena-base foi fixada em 02 anos de reclusão e 24 dias multa, em face da culpabilidade e circunstâncias desfavoráveis. Eis os fundamentos:

Na primeira fase da aplicação da pena, de acordo com os artigos 68 e 59 do Código Penal, verifico que a culpabilidade do réu ADEMAR PEREIRA DA SILVA não pode ser considerada normal para os tipos em questão, pois se trata de empresário, diretor de Sindicato local e, inclusive, detentor de mandato legislativo local na época dos fatos, de sorte que extremamente reprovável que tenha optado pelo caminho do ilícito penal, ainda mais que tenha se aproveitado da estrutura sindical para se beneficiar em prejuízo de centenas de trabalhadores no setor calçadista, sabidamente detentores de baixa remuneração, os quais buscavam apenas a obtenção de acesso a programa federal de promoção de moradias. E, quando surgidas notícias de seus ilícitos, o réu ADEMAR PEREIRA DA SILVA fez uso desse amplo poder de fato para mascarar seus reais interesses patrimoniais mesclados com distorcida atuação sindical, inclusive valendo-se da estrutura disponibilizada pelo ente coletivo de luta dos trabalhadores, bem como induzindo a menor Carmem Cristina Galvão a prestar declarações falsas no Inquérito Policial 20/2011, em 1º/12/2011, na Delegacia Seccional de Polícia de Jaú, bem como reiterá-las neste Juízo Federal. Conforme folha de antecedentes e certidões criminais acostadas aos autos suplementares em apenso, inexistem provas de maus antecedentes. Assinale-se, por relevante, que o exame ora empreendido desconsidera inquéritos policiais e ações penais em curso, reconhecidamente inidôneos a lastrear a cognição judicial (Súmula nº 444, do Superior Tribunal de Justiça). Não existem elementos nos autos aptos a aferir a conduta social e a personalidade do acusado de modo negativo. As circunstâncias do crime merecem valoração negativa, eis que o réu valeu-se de estrutura decorrente do exercício de função proeminente de Diretor de sindicato local e, nas instalações deste, fez funcionar parte de sua atividade econômica e, quando chamado para responder pelos seus ilícitos, usou de seu poder de empregador para submeter terceiros a seus interesses ilícitos. Portanto, o réu ADEMAR PEREIRA DA SILVA fez uso desse amplo poder de fato para mascarar seus reais interesses patrimoniais mesclados com distorcida atuação sindical, pois os interessados na obtenção de financiamento habitacional gerido pela Caixa Econômica Federal - CEF foram obrigados a efetuar pagamentos e, para dissimular o real destinatário dos pagamentos, forjou contratação da testemunha Carmem Cristina Galvão com terceiro e, posteriormente, induziu-a a mentir perante autoridade policial e, posteriormente, foi induzida a manter essa versão mentirosa em depoimento realizado na sede deste Juízo Federal. Além de dissimular o real destinatário dos pagamentos e forjar a contratação da testemunha Carmem Cristina Galvão com terceiro, relembro que os documentos contidos nos autos do Inquérito Civil Público nº 1.34.022.000143/2011-91 (arquivo PAG 38 a 290 - mídia de fl. 171, em Apenso) demonstram que o réu contratou advogado para acompanhar Carmem Cristina Galvão durante sua oitiva realizada na Delegacia Seccional de Polícia Civil de Jaú, no dia 01/12/2011, no bojo do Inquérito Policial nº 20/2011 e, ainda que não comprovada a participação dolosa do citado causídico, as provas carreadas aos autos evidenciam que essa medida foi adotada para garantir que a testemunha cumprisse com o propósito ilícito orquestrado pelo réu. As consequências dos crimes não permitem fundamentar aumento de pena, pois já consideradas pelo legislador. Considerados os parâmetros legais, fixo, portanto, a pena-base do delito de falso testemunho em 2 (dois) anos de reclusão e 24 (vinte e quatro) dias-multa, observando-se o acréscimo de 06 (seis) meses para cada circunstância judicial desalvorada nesta fase da dosimetria da pena

O crime de falso testemunho foi praticado com a finalidade de encobrir a participação do réu na comercialização de moradias no âmbito do programa federal “Minha Casa Minha Vida”, e, conseqüentemente, sua responsabilidade pela cobrança de taxas no ato da assinatura do contrato, já que não havia previsão acerca de instituição e cobrança de “sinal” na proposta elaborada pela CEF. O atendimento às pessoas interessadas ocorria no Sindicato dos Calçadistas, do qual o acusado era Diretor, além de ser vereador do município de Jaú. Ocorre que essas condutas estavam sendo objeto de apuração pelo Ministério Público Federal no bojo da ação civil pública, e não nos presentes autos. Ademais, a polícia civil de Jaú também apurava eventual prática delitiva por parte do réu em relação a esses fatos.

Nessa esteira, a análise das circunstâncias judiciais neste momento deve levar em consideração apenas os elementos atinentes ao falso testemunho, praticado em momento posterior aos fatos acima descritos, os quais são objeto de apuração em outros procedimentos.

Dito isso, afasto a valoração negativa da culpabilidade, pois o fato de o réu valer-se da estrutura sindical e do poder decorrente de seu cargo eletivo para cobrar taxas supostamente indevidas, em prejuízo de trabalhadores de baixa renda, não constitui fundamento idôneo para exasperação da pena pelo delito de falso testemunho. A indução de menor à prática delitiva, do mesmo modo, não pode ser considerada na dosimetria do crime do art. 342 do CP, pois constitui delito autônomo, sob pena de indevido *bis in idem*.

Por outro lado, mantenho a valoração negativa das circunstâncias do crime, pois o falso testemunho teve por finalidade não apenas encobrir a atuação do apelante na comercialização de moradias e cobrança de taxas dos pretensos mutuários, como também atribuir essa conduta à pessoa de Sérgio (responsável pela empresa que construiu o empreendimento), dissimulando, assim, o destinatário dos valores cobrados.

Assim, acolho parcialmente o pedido da defesa para reduzir a pena-base, fixando-a em 01 ano e 06 meses de reclusão e 15 dias multa.

2ª fase

Incidir a circunstância agravante prevista no art. 62, II do CP, que dispõe:

Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que:

[...]

II - coage ou induz outrem à execução material do crime

Dever ser mantida a agravante em comento, na medida em que ficou suficientemente demonstrado que o denunciado induziu outrem (no caso, Carmen) à execução material do crime. Assim, em decorrência do acréscimo de 1/6 (um sexto), a pena intermediária passa a ser de 1 ano e 9 meses de reclusão e 17 dias-multa.

3ª fase

Incidir apenas a causa de aumento prevista no §1º do art. 342 do CP, na fração de 1/6, já que o crime foi praticado em processo civil em que a Administração Pública era parte.

Assim, a pena do delito do art. 342, §1º do CP praticado em 14/02/2013 passa a ser de 2 anos e 15 dias de reclusão e 19 dias-multa.

Do concurso material

O magistrado reconheceu o concurso material entre os crimes cometidos no dia 01/12/2011 (art. 342, §1º, CP e art. 244-B do ECA) e o delito praticado em 14/02/2013 (art. 342, §1º do CP), pois “*estão separados por razoável intervalo de tempo (14 meses) e, ademais,*

foram cometidos em locais distintos, sendo que o primeiro no âmbito de inquérito policial, Delegacia Seccional de Polícia de Jaú, ao passo que o segundo perante este Juízo Federal”.

A continuidade delitiva, segundo posição majoritária da doutrina e da jurisprudência, é uma ficção jurídica criada para beneficiar o réu, de sorte que, não obstante a pluralidade de crimes, é considerada a existência de um só, conforme o preenchimento dos requisitos objetivos (delitos da mesma espécie, condições de tempo, lugar e modo de execução semelhantes) e subjetivo (unidade de desígnios).

O art. 71 do Código Penal arrola os requisitos necessários à caracterização do crime continuado: (i) mais de uma ação ou omissão; (ii) prática de dois ou mais crimes da mesma espécie; (iii) condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes; e (iv) os crimes subsequentes devem ser havidos como continuação do primeiro.

Embora a orientação da jurisprudência seja no sentido de que o requisito temporal decorrido entre os crimes praticados em concurso não pode ultrapassar o interregno de 30 (trinta) dias, esse intervalo de tempo serve tão somente como parâmetro, podendo ser flexibilizado pelo magistrado, a depender do caso concreto.

Na presente hipótese, contudo, o lapso temporal decorrido entre as práticas delitivas evidencia a autonomia entre esses delitos e impede o reconhecimento da continuidade delitiva, sendo o caso de aplicação da regra do concurso material em relação aos crimes perpetrados em concurso formal no dia 01/12/2011 e o delito cometido em 14/02/2013.

Destarte, somadas, as penas totalizam 4 anos e 1 mês de reclusão e 38 dias multa, mantido o valor unitário fixado na sentença, pois em consonância com a situação econômica declarada pelo acusado no interrogatório.

Do regime prisional

Acolho o pedido da defesa para fixar o regime inicial semiaberto, que se mostra adequado e proporcional considerando o *quantum* da pena aplicada (superior a 4 anos e inferior a 8 anos), por não se tratar de réu reincidente ou portador de maus antecedentes, além do que, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP são preponderantemente favoráveis.

Da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, já que a pena aplicada é superior a 4 anos, não estando preenchido o requisito do art. 44, I do CP.

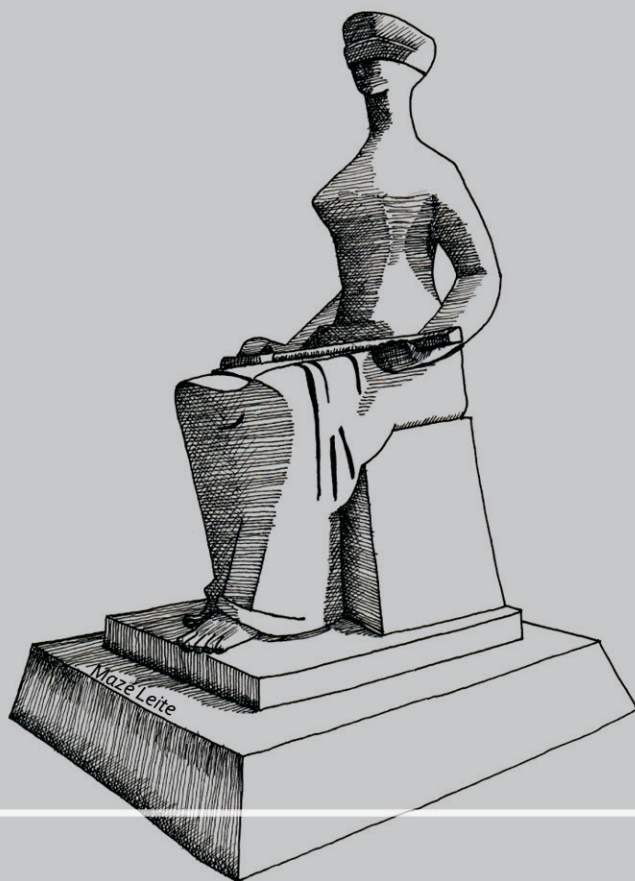
Dispositivo

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso da defesa para reduzir a pena-base dos três delitos e fixar o regime inicial semiaberto, e, de ofício, afasto a agravante do art. 62, III do CP em relação ao crime do art. 342, §1º do CP praticado em 01/12/2011.

É o voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

Direito Previdenciário



APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0002850-91.2003.4.03.6114

Apelantes: FRANCISCO RODRIGUES GOMES, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: OS MESMOS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/07/2020

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ARTIGO 1041, § 1º, DO CPC/2015. PERÍODO RURAL ANTERIOR AO DOCUMENTO MAIS ANTIGO. SÚMULA 577 DO STJ E RESP Nº 1348633/SP, JULGADO SOB O RITO DO ARTIGO 543-C DO CPC/73. COMPROVAÇÃO. RECONHECIMENTO DO LABOR RURAL E CONCESSÃO DO BENEFÍCIO MANTIDOS. JUROS DE MORA. VERBA HONORÁRIA.

1. Apresentados documentos que servem como indícios de prova escrita, quanto ao alegado labor rural, os quais foram complementados pela prova testemunhal coletada.
2. Portanto, com fundamento no REsp nº 1348633/SP e na Súmula nº 577 do C. STJ, é de rigor a retratação prevista no artigo 1.041, § 1º, do CPC/2015, a fim de ser mantido o reconhecimento do período rural procedido na origem.
3. Preenchidos os requisitos, faz jus o segurado à aposentadoria por tempo de contribuição integral, desde a data de entrada do requerimento administrativo, conforme postulado na inicial e reconhecido na sentença, cabendo apenas ser observado o tempo total apurado nesta decisão, para fins de cálculo da renda mensal inicial.
4. Juros de mora e honorários advocatícios fixados nos termos da fundamentação.
5. Restabelecida a tutela antecipada.
6. Reexame necessário e apelação do INSS improvidos. Apelação da parte autora parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, em juízo positivo de retratação, negou provimento ao reexame necessário e à apelação do INSS, bem como deu parcial provimento à apelação da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação ajuizada contra o INSS, cujo objeto é a concessão de benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, mediante o reconhecimento de atividade desenvolvida no campo e de labor nocivo.

Em primeiro grau, foi acolhido o pedido para condenar o Instituto-réu a conceder o benefício

pleiteado à parte autora, a partir de 30/09/1999 (data de entrada do requerimento administrativo), “com tempo de serviço de 38 anos, 5 meses e 14 dias em 16/12/98”, dado que reconhecido o trabalho rural, no período de 05/01/1958 a 28/12/1978, e o exercício de atividade especial, na área urbana, de 10/12/1996 a 15/12/1998. Condenada a autarquia, ainda, “ao pagamento de atrasados, acrescidos de correção monetária e juros de 6% (seis por cento) ao ano, computados da citação”. Fixados honorários advocatícios em 10% sobre o valor das prestações vencidas até a data da sentença, a serem suportados pelas partes, em razão da sucumbência recíproca. Submetida a sentença ao reexame necessário. Antecipados os efeitos da tutela deferida, em sede de embargos declaratórios.

Irresignado, o INSS interpôs recurso de apelação, pugnando pela improcedência do pedido, ao argumento de não restar comprovada a atividade rural. Insurge-se, ainda, em relação à concessão da tutela antecipada e à imposição de multa no caso de seu descumprimento.

A parte autora também apelou, requerendo o enquadramento dos lapsos de tempo de serviço prestado de 08/10/1985 a 09/12/1996 e 16/12/1998 a 30/09/1999, além da reforma da sentença quanto aos honorários advocatícios e juros de mora.

Informado o cumprimento da determinação judicial, relativa à implantação do benefício (id 103877340, págs. 162/164 e 170/171).

Sobreveio decisão colegiada, que deu parcial provimento à remessa oficial e à apelação do INSS para reconhecer o desempenho de atividade agrícola apenas nos períodos de 05/01/1958 a 31/12/1958 e 01/01/1976 a 28/12/1978, afastando, assim, a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, e deu parcial provimento à apelação da parte autora para reconhecer, também, o período especial de 16.12.1998 a 28.05.1999, “com possibilidade de conversão”. Consequentemente, foi revogada a antecipação dos efeitos da tutela concedida.

Foi, então, interposto recurso especial pela parte autora, no qual pleiteia o reconhecimento do trabalho rural de 05/01/1958 a 28/12/1978, assim como da especialidade de todo o período laborado na empresa Orniex S.A. (de 08/10/1985 a 09/12/1996 e de 16/12/1998 a 30/09/1999). Pede, ademais, a aplicação de juros de mora de 1% ao mês, desde o requerimento administrativo até o efetivo pagamento, independentemente de precatório, e a fixação dos honorários advocatícios em 20% sobre o valor total da condenação.

Por decisão da E. Vice-Presidência, foram restituídos os autos a este Relator para eventual juízo de retratação, nos termos do artigo 543-C, § 7º, inciso II, do CPC/1973, porquanto verificado que o v. acórdão recorrido diverge do atual entendimento firmado pelo C. Superior Tribunal de Justiça nos autos do RE nº 1.348.633/SP, expresso no sentido de que “é possível o reconhecimento de tempo de serviço rural exercido em momento anterior àquele retratado no documento mais antigo juntado aos autos como início de prova material, desde que tal período esteja evidenciado por prova testemunhal idônea”.

Peticionou a parte autora informando que, por ocasião da digitalização dos autos, alguns documentos ficaram ilegíveis (id 103876994 - págs. 40 a 43, 45, 46, 216 a 221, e 223 a 225), razão pela qual requer a sua regularização (id 123515313).

É o relatório.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

O caso é de retratação.

A r. decisão objeto de dissidência veio fundamentada nos seguintes termos:

“COMPROVAÇÃO DO TEMPO RURAL

O artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91, exige início de prova material para a comprovação de tempo de serviço, para fins previdenciários, sendo insuficiente a produção de prova testemunhal, eis que esta, por si só, não é válida para a comprovação do tempo de serviço almejado.

A lei previdenciária, ao exigir início razoável de prova material, não viola a legislação processual em vigor, pois o artigo 400 do Código de Processo Civil preceitua ser sempre válida a prova testemunhal, desde que a lei não disponha de forma diversa. Assim, havendo em lei especial disposição expressa acerca da exigência de documentação para comprovar tempo de serviço, incabível seu reconhecimento baseado tão somente nos depoimentos prestados por testemunhas. Objetivando comprovar o alegado, foram juntados os seguintes documentos:

* Declaração do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Santa Cruz do Piauí, datada de 09.08.1999, atestando o trabalho rural do autor, em regime de economia familiar, nos períodos de 05.01.1958 a 20.12.1978, no imóvel rural pertencente a José Clementino Ângelo, e de 10.01.1958 a 20.12.1978, no imóvel rural de Francisco José Neiva Santos;

* Certidões do Cartório de Registro de Imóveis atestando a existência e a titularidade dos imóveis onde o autor teria laborado;

* Declaração do proprietário José Clementino Rego Brandão, datada de 09.08.1999 e subscrita por duas testemunhas, atestando o trabalho do autor de 1958 a 1978;

* Certidão do Juízo Eleitoral da 66ª Zona, em Santa Cruz do Piauí, informando ter encontrado no arquivo morto do cartório Folha Individual de Votação (em desuso), datada de 08.05.1958, na qual que o autor declarou-se lavrador, com residência na Floresta Canavieira. Registra, ainda, comparecimento para votação no período de 1958 a 1978;

* Certidão de casamento do autor, realizado em 20.03.1979, sem indicação da profissão exercida, constando apenas residência em fazenda;

* Inteiro teor de certidões de nascimento de dez filhos do autor (fls. 33-43). A única na qual este é qualificado profissionalmente como lavrador teve o assento lavrado em 14.11.1976 (fls. 42). Algumas delas registram residência em fazenda.

* Certidão da Junta de Serviço Militar informando que o autor, lavrador, alistou-se em 11.09.1978, e recebeu o certificado de dispensa de incorporação em 29.01.1979.

A declaração do Sindicato dos Trabalhadores Rurais e as declarações de particulares, incluindo a do pretense empregador, não podem ser consideradas como início razoável de prova material, equivalendo a simples depoimentos unilaterais reduzidos a termo e não submetidos ao crivo do contraditório. Estão, portanto, em patamar inferior à prova testemunhal colhida em juízo, por não garantirem a bilateralidade de audiência.

São, ainda, extemporâneas à época dos fatos, porquanto produzidas em 1999, apenas com o intuito de instruir os autos do procedimento administrativo.

[...]

O fato de haver indicação de residência em zona rural em alguns dos documentos não comprova o efetivo desempenho do labor campesino.

As certidões do Juízo Eleitoral e da Junta de Serviço Militar e a certidão de nascimento de filho são documentos públicos e gozam de presunção de veracidade até prova em contrário.

[...]

Cabe destacar a existência de prova testemunhal (fls. 253-255 e 323-324).

As testemunhas atestaram o trabalho rural do autor desde os sete ou oito anos de idade até 1973, a primeira, ano em que a testemunha mudou-se do Piauí, e até 1978, a segunda.

Apesar de a prova testemunhal confirmar o exercício de atividade rural pelo autor, é, por si só, insuficiente para atestar o reconhecimento do tempo de serviço durante todo o período apontado na inicial.

De longa data vem a jurisprudência inclinando-se para a necessidade da prova testemunhal vir acompanhada de, pelo menos, um início razoável de prova documental. Nesse sentido, segue jurisprudência:

[...]

É caso de se reconhecer a atividade rural a partir do ano do primeiro documento demonstrador do exercício de labor agrícola, no período que se pretende ver declarado, em consonância com o posicionamento firmado pela Oitava Turma desta Corte, nos termos do artigo 64, §1º, da Orientação Interna do INSS - DIRBEN nº155, de 18.12.2006. *In casu*, a certidão do Juízo Eleitoral, devendo o termo *a quo* retroagir a 05.01.1958, nos termos do pedido, e o *ad quem* ser estendido a 31.12.1958. O conjunto probatório permite, ainda, reconhecer o labor rural desenvolvido de 01.01.1976 a 28.12.1978.

A inexistência de documentos por extenso lapso temporal inviabiliza o reconhecimento da continuidade do trabalho de 1959 a 1975.

Por fim, com relação ao recolhimento de contribuições previdenciárias dos períodos não registrados, mister a observância do artigo 55, § 2º, da Lei nº 8.213/91, que preceitua: “O tempo de serviço do segurado trabalhador rural, anterior à data de início de vigência desta lei, será computado independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes, exceto para efeito de carência, conforme dispuser o regulamento”.

Desse dispositivo legal, depreende-se que a atividade rural desempenhada em data anterior a novembro de 1991 pode ser considerada para averbação do tempo de serviço, sem necessidade de recolhimento de contribuições previdenciárias, exceto para fins de carência.

A partir do advento da Lei 8.213/91, cabe ao segurado especial o recolhimento de contribuições previdenciárias facultativas, se pretender o cômputo do tempo de serviço rural para fins de obtenção de outros benefícios que não os arrolados no inciso I do artigo 39.

Nesse sentido, inclusive, a Súmula n.º 272 do Superior Tribunal de Justiça, que expressamente determina que o segurado especial somente faz jus à aposentadoria por tempo de serviço se recolher as contribuições facultativas.

Dessa forma, a averbação de período posterior, sem contribuições previdenciárias facultativas, servirá somente para futura concessão de aposentadoria por idade ou por invalidez, auxílio-doença, auxílio-reclusão ou pensão, ficando vedado o aproveitamento do referido período para os demais fins previdenciários.”

Por primeiro, anoto que o entendimento advindo do e. STJ é a atual Súmula nº 577, do seguinte teor:

“É possível reconhecer o tempo de serviço rural anterior ao documento mais antigo apresentado, desde que amparado em convincente prova testemunhal colhida sob o contraditório”.

Ressalte-se não ser necessário que o início de prova material compreenda todo o período laborado, bastando ser contemporâneo aos fatos alegados, contanto que complementado pela prova testemunhal coletada.

Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO INTEGRAL, MEDIANTE A JUNÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO RURAL COM O URBANO. ATIVIDADE RURÍCOLA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADO POR PROVA TESTEMUNHAL. RECONHECIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Para efeito de reconhecimento do tempo de serviço urbano ou rural, não há exigência legal de que o documento apresentado abranja todo o período que se quer ver comprovado, devendo o início de prova material ser contemporâneo aos fatos alegados e referir-se, pelo menos, a uma fração daquele período, desde que prova testemunhal amplie-lhe a eficácia probatória.
2. Agravo regimental desprovido.

(STJ, AgRg no REsp 1141458/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 23/02/2010, DJe 22/03/2010)

Pois bem.

No caso dos autos, prestam-se a início de prova material, quanto ao alegado labor rural (05/01/1958 a 28/12/1978), os seguintes documentos: certidão do Juízo Eleitoral da 66ª Zona de Santa Cruz do Piauí (id 103876994, pág.35), a qual informa que na Folha Individual de Votação arquivada naquele Cartório Eleitoral, referente ao autor, datada de 08/05/1958, consta a profissão de lavrador; certidão do Cartório de Registro Civil e Único da Cidade e Comarca de Santa Cruz do Piauí (id 103876994, págs.45/46 e 225/226), atestando a existência do assento de casamento do demandante, realizado em 14/11/1976, no qual está qualificado como lavrador.

Quanto à prova testemunhal produzida em juízo (id 103876995, págs.23/24; id 103877340, págs.71/72), reconheço que ampara o pleito autoral, de forma a complementar os indigitados indícios de prova escrita, merecendo destaque o testemunho do Sr. Espedito Romão de Souza, dado que foi firme no sentido de que o autor trabalhou na lavoura, em propriedades rurais localizadas no referido município de Santa Cruz do Piauí, pertencentes ao Sr. José Clementino, desde, aproximadamente, os 08 anos de idade (data de nascimento: 19/10/1938), até o ano de 1978, tendo o depoente também lá trabalhado juntamente com o requerente (id 103877340, págs.71/72).

Portanto, com fundamento no REsp nº 1348633/SP e na Súmula nº 577 do C. STJ, entendendo que resta comprovada a atividade campesina em questão, sendo de rigor a retratação prevista no artigo 1.041, § 1º, do CPC/2015, *a fim de ser mantido o reconhecimento do período rural procedido na origem (05/01/1958 a 28/12/1978).*

Consequentemente, passo a analisar a existência ou não do direito à aposentadoria por tempo de contribuição.

Convertidos os períodos especiais reconhecidos, e somados ao tempo rural supracitado, bem como aos interregnos de labor comum incontestados, anotados em CTPS e lançados na planilha de contagem de id 103877340 - pág.227, constata-se que possui o autor o seguinte tempo de contribuição:

Data de Nascimento: 19/10/1938
Sexo: Masculino
DER: 30/09/1999

Nº	Início	Fim	Fator	Tempo	Carência
1	05/01/1958	31/12/1958	1.00	0 anos, 11 meses e 26 dias	0
2	01/01/1959	31/12/1975	1.00	17 anos, 0 meses e 0 dias	0
3	01/01/1976	28/12/1978	1.00	2 anos, 11 meses e 28 dias	0
4	01/06/1979	15/04/1980	1.00	0 anos, 10 meses e 15 dias	11
5	01/07/1980	12/09/1980	1.00	0 anos, 2 meses e 12 dias	3
6	16/10/1981	15/03/1983	1.00	1 anos, 5 meses e 0 dias	18
7	02/04/1984	07/07/1984	1.00	0 anos, 3 meses e 6 dias	4
8	01/10/1984	25/09/1985	1.00	0 anos, 11 meses e 25 dias	12
9	08/10/1985	09/12/1996	1.00	11 anos, 2 meses e 2 dias	135
10	10/12/1996	15/12/1998	1.40 Especial	2 anos, 9 meses e 26 dias	24

Nº	Início	Fim	Fator	Tempo	Carência
11	16/12/1998	28/05/1999	1.40	0 anos, 7 meses e 18 dias	5
12	29/05/1999	30/09/1999	Especial 1.00	0 anos, 4 meses e 2 dias	4

* Não há períodos concomitantes.

Marco Temporal	Tempo de contribuição	Carência	Idade	Pontos (Lei 13.183/2015)
Até 16/12/1998 (EC 20/98)	38 anos, 8 meses e 21 dias	207	60 anos, 1 meses e 27 dias	-
Pedágio (EC 20/98)		0 anos, 0 meses e 0 dias		
Até 28/11/1999 (Lei 9.876/99)	39 anos, 8 meses e 10 dias	216	61 anos, 1 meses e 9 dias	-
Até 30/09/1999 (DER)	39 anos, 8 meses e 10 dias	216	60 anos, 11 meses e 11 dias	Inaplicável

Nessas condições, em 16/12/1998 a parte autora *tinha direito adquirido à aposentadoria integral por tempo de serviço* (regras anteriores à EC 20/98), com o cálculo de acordo com a redação original do art. 29 da Lei 8.213/91.

Em 28/11/1999, a parte autora *tinha direito adquirido à aposentadoria integral por tempo de contribuição* (regra permanente do art. 201, § 7º, da CF/88), com o cálculo de acordo com a redação original do art. 29 da Lei 8.213/91.

Em 30/09/1999 (DER), a parte autora *tinha direito à aposentadoria integral por tempo de contribuição* (regra permanente do art. 201, § 7º, da CF/88). O cálculo do benefício deve ser feito de acordo com a Lei 9.876/99, com a incidência do fator previdenciário, porque a DER é anterior a 18/06/2015, dia do início da vigência da MP 676/2015, que incluiu o art. 29-C na Lei 8.213/91.

Desse modo, havendo sido cumprida, também, a carência exigida, faz jus o segurado à aposentadoria por tempo de contribuição integral, desde a data de entrada do requerimento administrativo (30/09/1999 – id 103876994, pág.133), conforme postulado na inicial e reconhecido na decisão de primeiro grau de jurisdição, cabendo apenas ser observado o tempo total apurado acima, para fins de cálculo da renda mensal inicial.

Com relação à correção monetária, 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.

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.

A respeito do tema, insta considerar que, no dia 20/09/2017, no julgamento do RE nº 870.947, com repercussão geral reconhecida, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da utilização da TR, também para a atualização da condenação.

No mesmo julgamento, em relação aos juros de mora incidentes sobre débitos de natureza não tributária, como é o caso da disputa com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em causa, o STF manteve a aplicação do disposto no artigo 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/2009.

“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), observado o entendimento firmado pelo STF no RE 870.947.

Por fim, em razão da sucumbência mínima da parte autora, condeno a ré a responder, por inteiro, pelo pagamento dos honorários advocatícios, mantidos em 10% (dez por cento) sobre as prestações vencidas até a data da prolação da sentença, que concedeu o benefício, nos termos do enunciado da Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça e do entendimento reiterado desta Oitava Turma nas ações previdenciárias.

No que tange às falhas apontadas quanto à digitalização de determinados documentos, verifico que estes são referentes ao trabalho rural considerado na presente decisão, sendo desnecessária, portanto, a sua reinserção aos autos requerida pela parte autora.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 1.041, § 1º, do CPC/2015, em juízo positivo de retratação, *nego provimento ao reexame necessário e ao recurso de apelação do INSS e dou parcial provimento à apelação da parte autora* para, além de reconhecer o período especial de 16/12/1998 a 28/05/1999, fixar os juros de mora e os honorários advocatícios nos termos da fundamentação, mantendo a r. sentença quanto ao reconhecimento da atividade rural de 05/01/1958 a 28/12/1978, e do labor nocivo de 10/12/1996 a 15/12/1998, bem como no tocante à concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição integral pleiteada, observado o tempo total apurado nesta decisão.

Considerando tratar-se de benefício de caráter alimentar, restabeleço a tutela antecipada.

É o voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL

0001143-94.2011.4.03.6183

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelada: MARIA EUNICE DE MORAIS BATISTA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/07/2020

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. BENEFÍCIO DEVIDO À COMPANHEIRA. EXCLUSÃO DA EX-ESPOSA. INAPLICABILIDADE DA LEI 13.135/2015. MANUTENÇÃO DO JULGADO AGRAVADO. RECURSO DESPROVIDO.

- A demandante ajuizou a presente ação previdenciária visando o benefício de pensão por morte de seu companheiro, o qual vinha sendo recebido por IRACEMA CALONGA MARQUES, chamada para ingressar na ação como litisconsorte passivo necessária.

- No caso, pelas provas materiais e testemunhais juntadas, entendeu-se que o falecido há muito estava separado de Iracema, e que realmente conviveu com a autora, como se casado fosse, em seus últimos momentos, sendo esta a exclusiva merecedora do benefício.

- Expressamente fundamentados na decisão impugnada os motivos da manutenção da sentença.

- No mais, o óbito ocorreu em 26/09/2009, de tal sorte que não se aplica a Lei 13.135/2015 à espécie, em respeito ao direito adquirido e ao princípio da irretroatividade das leis de natureza previdenciária.

- Agravo interno do INSS desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS:

Trata-se de agravo interno interposto pelo INSS contra decisão monocrática terminativa que *DEU PARCIAL PROVIMENTO À SUA APELAÇÃO*, para alterar os critérios de cálculo dos juros de mora e da correção monetária, *mantendo no mais a sentença que julgou procedente* o pedido formulado, para condená-lo a conceder o benefício de pensão por morte em favor da autora MARIA EUNICE DE MORAIS BATISTA (CPF 340.745.704-91), desde a data do óbito de Antônio de Souza Marques, ocorrido em 26/09/2009, e a cessar o benefício de pensão por

morte (NB 21/151.150.601-3), concedido administrativamente em favor da corré IRACEMA CALONGA MARQUES, com início em 26/09/2009.

A autarquia, ora agravante, assevera que não restou comprovada a qualidade de dependente da autora, bem como pugna pela aplicação dos prazos de duração previstos na Lei n. 13.135/2015.

Instada a manifestar-se, nos termos do art. 1.021, § 2º, do CPC, a autora apresentou contraminuta.

É o Relatório.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

VOTO

O EXMO. SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS:

O caso dos autos não é de retratação.

A demandante ajuizou a presente ação previdenciária visando o benefício de pensão por morte de seu companheiro, o qual vinha sendo recebido por IRACEMA CALONGA MARQUES, chamada para ingressar na ação como litisconsorte passivo necessária.

No caso, pelas provas materiais e testemunhais juntadas, entendeu-se que o falecido há muito estava separado de Iracema, e que realmente conviveu com a autora, como se casado fosse, em seus últimos momentos.

Destaca-se como início de prova material: inscrição da autora como sua dependente na carteira de trabalho (1990); procuração por instrumento público, datada de 01/12/1997, na qual o falecido constitui a autora como sua procuradora para representá-lo junto ao INSS; apólice de seguro bancário em nome do falecido, com indicação da autora como beneficiária; certidão de óbito, na qual consta o endereço do falecido à Rua Ribeirão Bonito, n. 69, Vila Moinho Velho, São Paulo/SP, mesmo endereço mencionado pela autora na inicial.

Pontuou o julgado que a despeito da certidão de óbito consignar que o falecido era casado com Iracema Calunga Marques, a prova dos autos demonstra que estava separado de fato dela e que não havia dependência econômica.

Isto porque antes de conviver com a autora, após a separação da Sra. Iracema, o falecido manteve relacionamento com a Sra LUIZA MARILACK OLIVEIRA DA SILVA, com quem teve um filho de nome Marcio Antonio de Oliveira Marques, nascido aos 26/03/1986.

Ademais, em audiência foram ouvidas a autora e sua informante, e a corré e suas testemunhas. Colhe-se da prova oral que a autora conviveu com o falecido até seu óbito, e que inclusive cuidou do filho dele, Márcio, que conheceu pequeno e hoje a reconhece como mãe.

A própria corré, em seu depoimento, admite que estava separada do falecido, e que manteve relacionamento por aproximadamente 19 anos com pessoa de nome Paulo, que conhece a autora, e que nunca pediu pensão para si, somente para os filhos.

Vê-se, pois, que diversamente da argumentação expendida nas razões recursais, a parte autora não se desincumbiu do ônus de comprovar a condição de companheira à época do óbito, fazendo jus ao benefício almejado.

Impende mencionar que em termos de pensão por morte, a legislação aplicável é a da data do óbito, segundo o princípio do *tempus regit actum*.

O óbito ocorreu em 26/09/2009, de tal sorte que não se aplica a Lei 13.135/2015 à espécie, em respeito ao direito adquirido e ao princípio da irretroatividade das leis de natureza previdenciária.

Eventual alegação de que não é cabível o julgamento monocrático no caso presente resta superada, frente à apresentação do recurso para julgamento colegiado.

Consigno, finalmente, que foram analisadas todas as alegações constantes do recurso capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada no *decisum* recorrido.

Isto posto, NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO DO INSS, mantendo-se, integralmente, a decisão agravada.

É o voto.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

AÇÃO RESCISÓRIA

5000010-41.2017.4.03.0000

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Réu: DORIVAL ALVES DE ABREU

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/07/2020

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO MANIFESTA A NORMA JURÍDICA NÃO CONFIGURADA. DESAPOSENTAÇÃO INDIRETA NÃO CONFIGURADA. PEDIDO IMPROCEDENTE.

- Dado o caráter excepcional de que se reveste a ação rescisória, para a configuração da hipótese de rescisão por violação a literal disposição de lei, é certo que o julgado impugnado deve violar, de maneira flagrante, preceito legal de sentido unívoco e incontroverso.
- Diferentemente do alegado pela autarquia previdenciária, a hipótese dos autos não é de desaposentação, uma vez que na data da propositura da ação subjacente (17/03/2009), que visava a conversão da aposentadoria por tempo de contribuição NB 144.979.138-4 (DIB 22/03/2007), concedida administrativamente, em aposentadoria especial, o réu não se encontrava em gozo da aposentadoria NB 160.464.716-4 (DIB 23/02/2001), cujo direito somente foi reconhecido judicialmente no curso da demanda subjacente, no processo 0000537-37.2011.4.03.6128, cujo trânsito em julgado ocorreu em 25/08/2011.
- Ressalte-se que o réu optou pela aposentadoria por tempo de contribuição NB 160.464.716-4 (DIB 23/02/2001), tendo sido julgada extinta a execução do julgado que reconheceu o direito à conversão da aposentadoria por tempo de contribuição NB 144.979.138-4 (DIB 22/03/2007) em aposentadoria especial (ID 1875729 – pág. 20), nos termos do artigo 924, inciso IV, do CPC/2015.
- Rescisória improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Seção, por unanimidade, decidiu julgar improcedente a ação rescisória, nos termos do voto da Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora), no que foi acompanhada pelos Desembargadores Federais TORU YAMAMOTO, DAVID DANTAS, GILBERTO JORDAN, PAULO DOMINGUES, NELSON PORFIRIO, CARLOS DELGADO, INÊS VIRGÍNIA e BATISTA GONÇALVES, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

RELATÓRIO

A Senhora Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora):

Trata-se de ação rescisória ajuizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com fundamento no artigo 966, inciso V (violação manifesta a norma jurídica), visando a

desconstituição de decisão que, nos termos do artigo 557, do Código de Processo Civil de 1973, negou seguimento à apelação do INSS e deu parcial provimento à remessa oficial, para fixar a forma de correção monetária e aplicação do juros de mora, nos termos da fundamentação mantendo, no mais, a sentença que determinou a conversão da aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria especial, com o reconhecimento da atividade especial no período de 06/03/1997 a 09/03/2007.

Alega, em síntese, que a decisão rescindenda violou o disposto no artigo 18, §2º, da Lei nº 8.213/91, pois o pedido de conversão da aposentadoria do requerido em especial não poderia ser deferido, uma vez que, em outra ação judicial ajuizada em 13/02/2001, houve a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, mediante reconhecimento de período rural e de alguns períodos especiais (02/01/1979 a 20/04/1989 e de 08/08/1989 a 12/02/2001), o que caracterizaria a desaposentação. Foi requerida a tutela de urgência para o fim de suspender a execução do julgado.

Regularmente citada, a parte ré apresentou contestação, alegando que não houve acúmulo de aposentadoria, simplesmente a revisão da aposentadoria concedida administrativamente e, mesmo que assim não fosse, a execução do julgado rescindendo foi extinta.

Foram deferidos os benefícios da justiça gratuita ao réu e foi deferido o pedido de tutela de urgência, para determinar a suspensão da execução do r. julgado rescindendo até o julgamento definitivo da presente ação rescisória (ID 4178103).

Alegações finais da Autarquia Previdenciária, reiterando os termos da inicial (ID 5344022), e da parte ré (ID 5773834).

O INSS requereu a intimação do réu para manifestação acerca da oposição à pretensão rescisória, tendo em vista que renunciou aos valores que seriam devidos em cumprimento ao título rescindendo, não tendo, aparentemente, mais interesse na execução do referido título (ID 5854469).

Após, foi encaminhada pelo Juízo da 2ª Vara Federal de Jundiaí, sentença de extinção da execução, nos termos do artigo 924, inciso IV, do CPC/2015, proferida em 06/02/2018 (id 6721218 e 6723384).

Instada, a parte ré, reiterou o pedido de improcedência da rescisória (ID 32781440), por falta de fundamento legal da parte autora, pois não houve acúmulo de aposentadorias, e sim revisão daquela já concedida, a qual foi extinta em decorrência de renúncia ao crédito por parte do requerido. Pugna pela condenação do autor em custas, despesas processuais e honorários advocatícios.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, opinando pelo regular prosseguimento do feito (ID 101967529).

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

VOTO

A Senhora Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Verifico que foi obedecido o prazo de dois anos estabelecido pelo artigo 975 do CPC, considerando que a rescisória foi ajuizada em 09/01/2017 e o trânsito em julgado ocorreu em 26/01/2015 (ID 357826 – pag. 43).

A presente ação rescisória tem por base a alegação de violação manifesta a norma jurídica (artigo 966, inciso V, do Código de Processo Civil), qual seja, ao disposto no artigo 18, §2º, da Lei nº 8.213/91.

Dado o caráter excepcional de que se reveste a ação rescisória, para a configuração da hipótese de rescisão em questão, é certo que o julgado impugnado deve violar, de maneira flagrante, preceito legal de sentido unívoco e incontroverso.

Sobre o tema, anota Theotonio Negrão:

“Art. 485: 20. ‘Para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC prospere, é necessário que a interpretação dada pelo ‘decisum’ rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se recurso ordinário com prazo de interposição de dois anos’ (RSTJ 93/416. no mesmo sentido: RT 634/93.” (Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor. São Paulo: Saraiva, 44ª edição, 2012, p. 600).

Em 13/02/2001, o réu ajuizou a ação (299/01 – 0000537-37.2011.4.03.6128) requerendo a concessão de aposentadoria por tempo, tendo sido reconhecida a atividade rural no período de 20/12/1972 a 18/08/1976, bem como os períodos especiais de 02/01/1979 a 20/04/1989 e de 08/08/1989 a 12/02/2001, computando-se o tempo de 33 anos, 4 meses e 9 dias até 15/12/1998 e 36 anos, 4 meses e 17 dias, na data do ajuizamento da ação, concedendo-se aposentadoria por tempo de serviço, com DIB 23/02/2001 – citação (ID 357822 – pág. 10/15 e 357823 – pág. 1/7). O trânsito em julgado ocorreu em 25/08/2011 (ID 357823 – pág. 10).

Nesse ínterim, o réu obteve administrativamente a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição (NB 42/144.979.138-4) com DIB em 22/03/2007 (DER), conforme tempo de serviço apurado em 37 anos, 3 meses e 1 dia (ID 357824 – pág. 80).

Em 17/03/2009 (699/09 - 2012.61.28.0000532-8), o réu ajuizou a ação subjacente, requerendo a conversão de sua aposentadoria por tempo de contribuição concedida administrativamente (NB 42/144.979.138-4) em aposentadoria especial, tendo sido reconhecido o período especial de 06/03/1997 a 09/03/2007 (data do PPP). Assim, considerando os períodos já enquadrados administrativamente de 02/01/1979 a 20/04/1989 e de 08/08/1989 a 05/03/1997, bem como o período reconhecido judicialmente, o segurado totalizava 27 anos, 9 meses e 51 dias de tempo de contribuição, suficientes à concessão de aposentadoria especial, com DIB em 22/03/2007 (DER), tendo sido julgado procedente o pedido em primeira instância (ID 357825 – pág. 62/70 e ID 357826 – pág. 1/2).

Nesta Corte, a decisão rescindenda negou seguimento à apelação do INSS e deu parcial provimento à remessa oficial, para fixar a forma de correção monetária e aplicação dos juros de mora, mantendo no mais a sentença quanto ao reconhecimento da atividade especial e conversão do benefício em aposentadoria especial (ID 357826 – pág. 36/40). O trânsito em julgado ocorreu em 26/01/2015 (ID 357826 – pág. 43).

Em cumprimento de sentença da ação subjacente (segunda ação), o autor optou expressamente pelo recebimento da aposentadoria que lhe foi concedida no processo 0000537-37.2011.4.03.6128 (primeira ação), que também estava em fase de execução, já encontrando-se o benefício lá concedido ativo (NB 160.464.716-4) e a aposentadoria NB 144.979.138-4, objeto da demanda subjacente, cancelada.

Não havendo nada a ser executado nos referidos autos, tendo o réu renunciado a eventuais créditos a que teria direito, uma vez que somente poderia executá-los se tivesse optado pelo benefício revisado naqueles autos, foi julgada extinta a execução, com fundamento no artigo 924, IV, do CPC (ID 6723384 – pág. 3).

Na presente rescisória, a autarquia alega que, quando do trânsito em julgado do acórdão rescindendo, em 26/01/2015, o autor já estava aposentado por decisão transitada em julgado no processo 0000537-37.2011.4.03.6128, que lhe concedeu a aposentadoria por tempo de contribuição – NB 42/160.464.716-4, com DIB em 23/02/2001, o que configuraria uma espécie de desaposentação.

Contudo, diferentemente do alegado pela autarquia previdenciária, a hipótese não é de desaposentação, uma vez que, na data da propositura da ação subjacente (segunda ação - 17/03/2009), que visava a conversão da aposentadoria por tempo de contribuição NB 144.979.138-4 (DIB 22/03/2007), concedida administrativamente, em aposentadoria especial, o réu não se encontrava em gozo da aposentadoria NB 160.464.716-4 (DIB 23/02/2001), cujo direito somente foi reconhecido judicialmente no curso da primeira demanda, no processo 0000537-37.2011.4.03.6128, cujo trânsito em julgado ocorreu em 25/08/2011.

De qualquer forma, ressalte-se que o réu optou pela aposentadoria por tempo de contribuição NB 160.464.716-4 (DIB 23/02/2001) renunciando ao crédito, tendo sido julgada extinta a execução do julgado que reconheceu o direito à conversão da aposentadoria por tempo de contribuição NB 144.979.138-4 (DIB 22/03/2007) em aposentadoria especial (ID 1875729 – pág. 20), nos termos do artigo 924, inciso IV, do CPC/2015.

Assim, não implicando o julgado rescindendo em violação manifesta a norma jurídica, de rigor o decreto de improcedência do pedido.

Em virtude da sucumbência, condeno o INSS ao pagamento de honorários advocatícios, fixados moderadamente em R\$ 1.000,00 (mil reais), de acordo com a orientação firmada por esta E. Terceira Seção e nos termos do art. 85, § 2º e 3º do Código de Processo Civil.

Diante do exposto, JULGO IMPROCEDENTE A AÇÃO RESCISÓRIA, nos termos da fundamentação acima.

É o voto.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL

5000503-46.2017.4.03.6134

Apelantes: SUELI APARECIDA DIAS FORTES, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: OS MESMOS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/07/2020

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. E PROCESSO CIVIL. SENTENÇA *ULTRA PETITA*. APOSENTADORIA ESPECIAL. ATIVIDADE ESPECIAL. AGENTES BIOLÓGICOS. AUXÍLIO DOENÇA.

1. A sentença *ultra petita* deve ser reduzida aos limites do pedido.
2. Até 29/04/95 a comprovação do tempo de serviço laborado em condições especiais era feita mediante o enquadramento da atividade no rol dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79. A partir daquela data até a publicação da Lei 9.528/97, em 10/12/1997, por meio da apresentação de formulário que demonstre a efetiva exposição de forma permanente, não ocasional nem intermitente, a agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física. Após 10/12/1997, tal formulário deve estar fundamentado em laudo técnico das condições ambientais do trabalho, assinado por médico do trabalho ou engenheiro do trabalho. Quanto aos agentes ruído e calor, o laudo pericial sempre foi exigido.
3. O uso do equipamento de proteção individual - EPI pode ser insuficiente para neutralizar completamente a nocividade a que o trabalhador esteja submetido. (STF, ARE 664335/SC, Tribunal Pleno, Relator Ministro Luiz Fux, j. 04.12.14, DJe-029 DIVULG 11.02.15 Public 12.02.15).
4. Possibilidade de conversão de atividade especial em comum, mesmo após 28.05.98.
5. Admite-se como especial a atividade exposta a agentes biológicos, tal como previsto no item 2.1.3 do Decreto 53.831/64 e itens 1.3.4 do Anexo I e 2.1.3 do Anexo II do Decreto 83.080/79.
8. O Art. 65, parágrafo único, do Decreto 3.048/99, com a redação dada pelo Decreto nº 8.123/13, impõe a contagem como atividade especial dos períodos de afastamentos decorrentes de gozo de benefício de auxílio-doença quando, à data do afastamento, o segurado estivesse exposto aos fatores de risco.
9. Conquanto tenha a autora continuado a trabalhar em atividades insalubres, e malgrado a ressalva contida no § 8º, do Art. 57, da Lei 8.213/91 e o disposto no Art. 46, o beneplácito administrativo previsto no § 3º, do Art. 254, da IN/INSS/PRES Nº 77, e o que dispõe a Nota Técnica nº 00005/2016/CDPREV/PRF3R/PGF/AGU, ratificada pelo Parecer nº 25/2010/DIVCONS/CGMBEN/PFE/INSS e pela Nota nº 00026/2017/DPIM/PFE/INSS/SEDE/PGF/AGU e Nota nº 00034/2017/DIVCONT/PFE/INSS/SEGE/PGF/AGU, letra “d”, permite ao segurado executar as parcelas vencidas entre a data do requerimento administrativo e a data da ciência da decisão concessória da aposentadoria especial, “..., *independentemente da continuidade do trabalho sob condições agressivas durante a tramitação do processo judicial.*”.

10. A correção monetária, que incide sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências, e os juros de mora devem ser aplicados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.
11. Os juros de mora incidirão até a data da expedição do precatório/RPV, conforme decidido em 19.04.17 pelo Pleno do e. Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE579431, com repercussão geral reconhecida. A partir de então deve ser observada a Súmula Vinculante nº 17.
12. Os honorários advocatícios devem observar as disposições contidas no inciso II, do § 4º, do Art. 85, do CPC, e a Súmula 111, do e. STJ.
13. A Autarquia Previdenciária está isenta das custas e emolumentos, nos termos do Art. 4º, I, da Lei 9.289/96, do Art. 24-A da Lei 9.028/95, com a redação dada pelo Art. 3º da MP 2.180-35/01, e do Art. 8º, § 1º, da Lei 8.620/93.
14. Remessa oficial, havida como submetida, e apelação do réu desprovidas e apelação da autora em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Decima Turma, por unanimidade, decidiu, de ofício, reduzir a r. sentença aos limites do pedido, negar provimento a remessa oficial, havida como submetida, e a apelação do réu e dar parcial provimento a apelação da autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial, havida como submetida, e apelações em ação de conhecimento, em que se pleiteia a concessão de aposentadoria especial, mediante o reconhecimento dos períodos de 25.01.88 a 01.03.88, 07.10.88 a 04.01.89, 08.06.92 a 31.10.94 e 01.11.94 a 04.02.17 como laborados sob condições especiais, com reafirmação da DER.

O MM. Juízo *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido, anotando o reconhecimento na esfera administrativa dos interregnos de 25.01.88 a 01.03.88, 07.10.88 a 04.01.89, 08.06.92 a 31.10.94 e de 01.11.94 a 14.02.08, excluindo os períodos em que a autora esteve em gozo de auxílio doença (01.05.01 a 27.01.02 e de 16.09.02 a 17.11.05) e reconhecendo a especialidade do labor de 01.10.15 a 25.05.17, determinando a sua averbação, fixou a sucumbência recíproca.

Apela a autora, pleiteando a reforma parcial da r. sentença, alegando fazer jus ao reconhecimento do trabalho especial também nos períodos em que esteve em gozo de auxílio doença, bem como à concessão de aposentadoria especial.

Apela a Autarquia, pleiteando a reforma da r. sentença.

Subiram os autos, com contrarrazões da parte autora.

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

Por primeiro, como cediço, o limite da sentença é o pedido e, como lecionam Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha:

“O julgamento ‘ultra petita’ ofende os princípios do contraditório e do processo legal, haja vista que leva em conta fatos ou pedidos não discutidos no processo, ou ainda porque estende seus efeitos a sujeito que não pôde participar em contraditório da causa (...)” (*in* Curso de Direito Processual Civil, vl. 2, 2012).

Como se vê da inicial, o autor pleiteou expressamente o reconhecimento da especialidade dos períodos de trabalho de 25.01.88 a 01.03.88, 07.10.88 a 04.01.89, 08.06.92 a 31.10.94 e 01.11.94 a 04.02.17.

O douto Juízo sentenciante reconheceu como especiais, além dos períodos especificados, o período de 05.02.17 a 25.05.17, que não foi objeto do pedido, razão porque a r. sentença deve ser reduzida aos seus limites.

Passo à análise da matéria de fundo.

A questão tratada nos autos diz respeito ao reconhecimento do tempo trabalhado em condições especiais, objetivando a concessão de benefício de aposentadoria especial prevista no Art. 57, da Lei 8.213/91.

Define-se como atividade especial aquela desempenhada sob certas condições peculiares - insalubridade, penosidade ou periculosidade - que, de alguma forma cause prejuízo à saúde ou integridade física do trabalhador.

A contagem do tempo de serviço rege-se pela legislação vigente à época da prestação do serviço.

Até 29.04.95, quando entrou em vigor a Lei nº 9.032/95, que deu nova redação ao Art. 57, § 3º, da Lei nº 8.213/91, a comprovação do tempo de serviço laborado em condições especiais era feita mediante o enquadramento da atividade no rol dos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79, nos termos do Art. 295 do Decreto nº 357/91; a partir daquela data até a publicação da Lei nº 9.528/97, em 10.12.97, por meio da apresentação de formulário que demonstre a efetiva exposição de forma permanente, não ocasional nem intermitente, a agentes prejudiciais a saúde ou a integridade física; após 10.12.97, tal formulário deve estar fundamentado em laudo técnico das condições ambientais do trabalho, assinado por médico do trabalho ou engenheiro do trabalho, consoante o Art. 58 da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97. Quanto aos agentes ruído e calor, é de se salientar que o laudo pericial sempre foi exigido.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. CONVERSÃO DO PERÍODO LABORADO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. LEI N.º 9.711/1998. EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS. LEIS N.ºS 9.032/1995 E 9.528/1997. OPE-RADOR DE MÁQUINAS. RUÍDO E CALOR. NECESSIDADE DE LAUDO TÉCNICO. COM-PROVAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. ENUNCIADO Nº 7/STJ. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. A tese de que não foram preenchidos os pressupostos de admissibilidade do recurso especial resta afastada, em razão do dispositivo legal apontado como violado.

2. Até o advento da Lei n.º 9.032/1995 é possível o reconhecimento do tempo de serviço especial em face do enquadramento na categoria profissional do trabalhador. A partir dessa lei, a comprovação da atividade especial se dá através dos formulários SB-40 e DSS-8030, expedidos pelo INSS e preenchidos pelo empregador, situação modificada com a Lei n.º 9.528/1997, que passou a exigir laudo técnico.

3. Contudo, para comprovação da exposição a agentes insalubres (ruído e calor) sempre foi necessário aferição por laudo técnico, o que não se verificou nos presentes autos.

4. A irresignação que busca desconstituir os pressupostos fáticos adotados pelo acórdão recorrido encontra óbice na Súmula nº 7 desta Corte.

5. Agravo regimental.

(STJ, AgRg no REsp 877.972/SP, Rel. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado do TJ/CE), Sexta Turma, julgado em 03.08.10, DJe 30.08.10).

Atualmente, no que tange à comprovação de atividade especial, dispõe o § 2º, do Art. 68, do Decreto nº 3.048/99, que:

Art. 68 (...)

§ 2º A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário denominado perfil profissiográfico previdenciário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho. (Redação dada pelo Decreto nº 4.032, de 26.11.01).

Assim sendo, não é mais exigido que o segurado apresente o laudo técnico, para fins de comprovação de atividade especial, basta que forneça o Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, assinado pela empresa ou seu preposto, o qual reúne, em um só documento, tanto o histórico profissional do trabalhador como os agentes nocivos apontados no laudo ambiental que foi produzido por médico ou engenheiro do trabalho.

Por fim, ressalte-se que o formulário extemporâneo não invalida as informações nele contidas. Seu valor probatório remanesce intacto, haja vista que a lei não impõe seja ele contemporâneo ao exercício das atividades. A empresa detém o conhecimento das condições insalubres a que estão sujeitos seus funcionários e por isso deve emitir os formulários ainda que a qualquer tempo, cabendo ao INSS o ônus probatório de invalidar seus dados.

Em relação ao agente ruído, os Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79 consideravam nociva à saúde a exposição em nível superior a 80dB. Com a alteração introduzida pelo Decreto nº 2.172, de 05.03.97, passou-se a considerar prejudicial aquele acima de 90dB. Posteriormente, com o advento do Decreto 4.882, de 18.11.03, o nível máximo tolerável foi reduzido para 85dB (Art. 2º, do Decreto nº 4.882/03, 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).

Estabelecido esse contexto, esclareço que, anteriormente, manifestei-me no sentido de admitir como especial a atividade exercida até 05.03.97, em que o segurado ficou exposto a ruídos superiores a 80dB, e a partir de tal data, aquela em que o nível de exposição foi superior a 85dB, em face da aplicação do princípio da igualdade.

Contudo, a Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar a questão submetida ao rito do Art. 543-C do CPC, decidiu que no período compreendido entre 06.03.97 e 18.11.03, considera-se especial a atividade com exposição a ruído superior a 90dB, nos termos do Anexo IV do Decreto nº 2.172/97 e do Anexo IV do Decreto nº 3.048/99, não sendo

possível a aplicação retroativa do Decreto nº 4.882/03, que reduziu o nível para 85dB (REsp 1398260/PR, Relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, j. 14.05.14, DJe 05.12.14).

Por conseguinte, em consonância com o decidido pelo C. STJ, é de ser admitida como especial a atividade em que o segurado ficou exposto a ruídos superiores a 80dB até 05.03.97, e 90dB no período entre 06.03.97 e 18.11.03 e, a partir de então até os dias atuais, em nível acima de 85dB.

No que diz respeito ao uso de equipamento de proteção individual, insta observar que este não descaracteriza a natureza especial da atividade a ser considerada, uma vez que tal equipamento não elimina os agentes nocivos à saúde que atingem o segurado em seu ambiente de trabalho, mas somente reduz seus efeitos. Nesse sentido: TRF3, AMS 2006.61.26.003803-1, Relator Desembargador Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, DJF3 04.03.09, p. 990; APELREE 2009.61.26.009886-5, Relatora Desembargadora Federal Leide Pólo, 7ª Turma, DJF 29.05.09, p. 391.

Ainda que o laudo consigne a eliminação total dos agentes nocivos, é firme o entendimento desta Corte no sentido da impossibilidade de se garantir que tais equipamentos tenham sido utilizados durante todo o tempo em que executado o serviço, especialmente quando seu uso somente tornou-se obrigatório com a Lei nº 9.732/98.

Igualmente nesse sentido:

A menção nos laudos técnicos periciais, por si só, do fornecimento de EPI e sua recomendação, não tem o condão de afastar os danos inerentes à ocupação. É que tal exigência só se tornou efetiva em 11 de dezembro de 1998, com a entrada em vigor da Lei nº 9.732, que alterou a redação do artigo 58 da Lei nº 8.213/91. Ademais, é pacífico o entendimento de que a simples referência aos EPI's não elide o enquadramento da ocupação como especial, já que não se garante sua utilização por todo o período abrangido, principalmente levando-se em consideração que o lapso temporal em questões como a presente envolve décadas e a fiscalização, à época, nem sempre demonstrou-se efetiva, não se permitindo concluir que a medida protetória permite eliminar a insalubridade.

(TRF3, AI 2005.03.00.082880-0, 8ª Turma, Juíza Convocada Márcia Hoffmann, DJF3 CJ1 19.05.11, p: 1519).

Por demais, em julgamento proferido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, em tema com repercussão geral reconhecido pelo plenário virtual no ARE 664335/SC, restou decidido que o uso do equipamento de proteção individual - EPI pode ser insuficiente para neutralizar completamente a nocividade a que o trabalhador esteja submetido.

A propósito, transcrevo os seguintes tópicos da ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO CONSTITUCIONAL PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. ART. 201, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REQUISITOS DE CARACTERIZAÇÃO. TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO SOB CONDIÇÕES NOCIVAS. FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL - EPI. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO PLENÁRIO VIRTUAL. EFETIVA EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS À SAÚDE. NEUTRALIZAÇÃO DA RELAÇÃO NOCIVA ENTRE O AGENTE INSALUBRE E O TRABALHADOR. COMPROVAÇÃO NO PERFIL PROFISSIOGRÁFICO PREVIDENCIÁRIO PPP OU SIMILAR. NÃO CARACTERIZAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS HÁBEIS À CONCESSÃO DE APOSENTADORIA ESPECIAL. CASO CONCRETO. AGENTE NOCIVO RUÍDO. UTILIZAÇÃO DE EPI. EFICÁCIA. REDUÇÃO DA NOCIVIDADE. CENÁRIO ATUAL. IMPOSSIBILIDADE DE NEUTRALIZAÇÃO. NÃO DES-

CARACTERIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES PREJUDICIAIS. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DEVIDO. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

(...)

11. A Administração poderá, no exercício da fiscalização, aferir as informações prestadas pela empresa, sem prejuízo do inafastável judicial review. Em caso de divergência ou dúvida sobre a real eficácia do Equipamento de Proteção Individual, a premissa a nortear a Administração e o Judiciário é pelo reconhecimento do direito ao benefício da aposentadoria especial. Isto porque o uso de EPI, no caso concreto, pode não se afigurar suficiente para descaracterizar completamente a relação nociva a que o empregado se submete.

12. *In casu*, tratando-se especificamente do agente nocivo ruído, desde que em limites acima do limite legal, constata-se que, apesar do uso de Equipamento de Proteção Individual (protetor auricular) reduzir a agressividade do ruído a um nível tolerável, até no mesmo patamar da normalidade, a potência do som em tais ambientes causa danos ao organismo que vão muito além daqueles relacionados à perda das funções auditivas. ...

13. Ainda que se pudesse aceitar que o problema causado pela exposição ao ruído relacionasse apenas à perda das funções auditivas, o que indubitavelmente não é o caso, é certo que não se pode garantir uma eficácia real na eliminação dos efeitos do agente nocivo ruído com a simples utilização de EPI, pois são inúmeros os fatores que influenciam na sua efetividade, dentro dos quais muitos são impassíveis de um controle efetivo, tanto pelas empresas, quanto pelos trabalhadores.

14. Desse modo, a segunda tese fixada neste Recurso Extraordinário é a seguinte: na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual - EPI, não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria.

15. Agravo conhecido para negar provimento ao Recurso Extraordinário. (ARE 664335/SC, Tribunal Pleno, Relator Ministro Luiz Fux, j. 04.12.14, DJe-029 DIVULG 11.02.15 Public 12.02.15).

Cabe ressaltar que a necessidade de comprovação de trabalho “não ocasional nem intermitente, em condições especiais” passou a ser exigida apenas a partir de 29.04.95, data em que foi publicada a Lei nº 9.032/95, que alterou a redação do Art. 57, § 3º, da Lei nº 8.213/91, não podendo, portanto, incidir sobre períodos pretéritos. Nesse sentido: TRF3, APELREE 2000.61.02.010393-2, Relator Desembargador Federal Walter do Amaral, 10ª Turma, DJF3 30.06.10, p. 798 e APELREE 2003.61.83.004945-0, Relator Desembargador Federal Marianina Galante, 8ª Turma, DJF3 22.09.10, p. 445.

No mesmo sentido colaciono julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. APOSENTADORIA ESPECIAL. EXPOSIÇÃO HABITUAL E PERMANENTE A AGENTES NOCIVOS EXIGIDA SOMENTE A PARTIR DA EDIÇÃO DA LEI N. 9.032/95. EXPOSIÇÃO EFETIVA AO AGENTE DANOSO. SÚMULA 7/STJ.

1. A alegação recursal de que a exposição permanente ao agente nocivo existe desde o Decreto 53.831/64 contrapõe-se à jurisprudência do STJ no sentido de que “somente após a entrada em vigor da Lei n.º 9.032/95 passou a ser exigida, para a conversão do tempo especial em comum, a comprovação de que a atividade laboral tenha se dado sob a exposição a fatores insalubres de forma habitual e permanente” (AgRg no REsp 1.142.056/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 20/9/2012, DJe 26/9/2012).

2. Segundo se extrai do voto condutor, o exercício da atividade especial ficou provado e, desse modo, rever a conclusão das instâncias de origem no sentido de que o autor estava exposto de modo habitual e permanente a condições perigosas não é possível sem demandar o reexame do

acervo fático-probatório dos autos, o que é inviável em recurso especial, sob pena de afronta ao óbice contido na Súmula 7 do STJ.

Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no AREsp 547.559/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 23.09.14, DJe 06.10.14).

Em relação à eventual ausência de fonte de custeio ou falta de contribuição previdenciária do trabalho em atividade especial, cumpre ressaltar que o trabalhador empregado é segurado obrigatório do regime previdenciário, sendo que os recolhimentos das contribuições constituem ônus do empregador.

Nesse sentido, colaciono julgado desta Corte Regional:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ART. 557, § 1º, DO CPC. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. RECONHECIMENTO DE PERÍODO TRABALHADO SOB CONDIÇÕES ESPECIAIS. I - O uso de equipamento de proteção individual não descaracteriza a natureza especial da atividade a ser considerada, uma vez que tal tipo de equipamento não elimina os agentes nocivos à saúde que atingem o segurado em seu ambiente de trabalho, mas somente reduz seus efeitos. II - No tocante à necessidade de prévia fonte de custeio, saliente-se que, em se tratando de empregado, sua filiação ao sistema previdenciário é obrigatória, assim como o recolhimento das contribuições respectivas, gerando a presunção de seu recolhimento pelo empregador, nos termos do artigo 30, I, da Lei 8.212/91. Ainda que o recolhimento não tenha se dado ou efetuado a menor, não pode o trabalhador ser penalizado, uma vez que a autarquia previdenciária possui meios próprios para receber seus créditos. III - Agravo do INSS improvido (art. 557, § 1º, do CPC). (AC 1947696 - Proc. 0006348-97.2014.4.03.9999/SP, 10ª Turma, Relator Desembargador Federal Sergio Nascimento, j. 24.06.14, e-DJF3 Judicial 1 Data: 02.07.14).

Ainda, a propósito da alegação da autarquia quanto a ausência de fonte de custeio para a concessão de aposentadoria com utilização do tempo de trabalho exercido em atividades especiais, oportuno mencionar o julgamento do ARE 664335/SC, onde o Egrégio Supremo Tribunal Federal, deixou assentado na ementa, o seguinte:

(...) 5. A norma inscrita no art. 195, § 5º, CRFB/88, veda a criação, majoração ou extensão de benefício sem a correspondente fonte de custeio, disposição dirigida ao legislador ordinário, sendo inexigível quando se tratar de benefício criado diretamente pela Constituição. Deveras, o direito à aposentadoria especial foi outorgado aos seus destinatários por norma constitucional (em sua origem o art. 202, e atualmente o art. 201, § 1º, CRFB/88). Precedentes: RE 151.106 AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 28/09/1993, Primeira Turma, DJ de 26/11/93; RE 220.742, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 03/03/98, Segunda Turma, DJ de 04/09/1998. 6. Existência de fonte de custeio para o direito à aposentadoria especial antes, através dos instrumentos tradicionais de financiamento da previdência social mencionados no art. 195, da CRFB/88, e depois da Medida Provisória nº 1.729/98, posteriormente convertida na Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998. Legislação que, ao reformular o seu modelo de financiamento, inseriu os §§ 6º e 7º no art. 57 da Lei nº 8.213/91, e estabeleceu que este benefício será financiado com recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei nº 8.212/91, ... 15. Agravo conhecido para negar provimento ao Recurso Extraordinário. (ARE 664335/SC, Tribunal Pleno, Relator Ministro Luiz Fux, j. 04.12.14, DJe-029 DIVULG 11.02.15 Public 12.02.15).

Tecidas essas considerações gerais a respeito da matéria, passo a análise da documentação do caso em tela.

Assim fazendo, verifico que a parte autora comprovou que exerceu atividade especial com habitualidade e permanência nos seguintes períodos e empresas:

- de 25.01.88 a 01.03.88 e de 07.10.88 a 04.01.89, na Associação de Integração Social de Itajubá, na função de enfermeira, submetida a microorganismos patogênicos, agentes biológicos nocivos previstos no item 2.1.3 do Decreto 53.831/64 e itens 1.3.4 do Anexo I e 2.1.3 do Anexo II do Decreto 83.080/79, conforme descrito nos Perfis Profissiográficos Previdenciários (id. 3849755);

- de 08.06.92 a 31.10.94, no Hospital Beneficente Santa Gertrudes, na função de enfermeira do setor de enfermagem, submetida a fungos, bactérias, vírus, príons e protozoários, agentes biológicos nocivos previstos no item 2.1.3 do Decreto 53.831/64 e itens 1.3.4 do Anexo I e 2.1.3 do Anexo II do Decreto 83.080/79, conforme descrito no Perfil Profissiográfico Previdenciário (id. 3849756), e

- de 01.11.94 a 04.02.17, na Prefeitura Municipal de Cosmópolis, na função de enfermeiro I e enfermeira coordenadora da Secretaria de Saúde, submetida a fungos, bactérias e vírus, agentes biológicos nocivos previstos no item 2.1.3 do Decreto 53.831/64 e itens 1.3.4 do Anexo I e 2.1.3 do Anexo II do Decreto 83.080/79, conforme descrito no Perfil Profissiográfico Previdenciário (id. 3849757).

Os períodos de 25.01.88 a 01.03.88, 07.10.88 a 04.01.89, 08.06.92 a 31.10.94 e de 01.11.94 a 14.02.08 já foram reconhecidos administrativamente como especiais (ids. 3849758 e 3849759).

Quanto aos interregnos de 01.05.01 a 27.01.02 e de 16.09.02 a 17.11.05, em que a autora esteve em gozo de auxílio doença, cabe mencionar que consoante o Art. 65, parágrafo único, do Decreto 3.048/99, com a redação dada pelo Decreto nº 8.123/13, impõe-se a contagem como atividade especial do período de afastamento decorrente de gozo do referido benefício quando, à data do afastamento, o segurado estivesse exposto aos fatores de risco.

Assim, estando os referidos períodos de auxílio doença contidos no tempo laborado na Prefeitura Municipal de Cosmópolis, é de ser computado como atividade especial.

A soma dos períodos de labor especial, na data do requerimento administrativo (30.09.15 - id. 3849754), é de 23 anos, 07 meses e 28 dias, insuficiente para a aposentadoria especial.

Todavia, é certo que, se algum fato constitutivo autorizar a concessão do benefício, é de ser levado em conta e, de acordo com o descrito no Perfil Profissiográfico Previdenciário (id. 3849757), a parte autora continuou trabalhando em condições especiais, completando, em 02.02.17, 25 anos de tempo especial, suficiente para a aposentadoria especial.

Confira-se:

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. REAFIRMAÇÃO DA DER (DATA DE ENTRADA DO REQUERIMENTO). CABIMENTO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O comando do artigo 493 do CPC/2015 autoriza a compreensão de que a autoridade judicial deve resolver a lide conforme o estado em que ela se encontra. Consiste em um dever do julgador considerar o fato superveniente que interfira na relação jurídica e que contenha um liame com a causa de pedir.
2. O fato superveniente a ser considerado pelo julgador deve guardar pertinência com a causa de pedir e pedido constantes na petição inicial, não servindo de fundamento para alterar os limites da demanda fixados após a estabilização da relação jurídico-processual.

3. A reafirmação da DER (data de entrada do requerimento administrativo), objeto do presente recurso, é um fenômeno típico do direito previdenciário e também do direito processual civil previdenciário. Ocorre quando se reconhece o benefício por fato superveniente ao requerimento, fixando-se a data de início do benefício para o momento do adimplemento dos requisitos legais do benefício previdenciário.

4. Tese representativa da controvérsia fixada nos seguintes termos: É possível a reafirmação da DER (Data de Entrada do Requerimento) para o momento em que implementados os requisitos para a concessão do benefício, mesmo que isso se dê no interstício entre o ajuizamento da ação e a entrega da prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias, nos termos dos arts. 493 e 933 do CPC/2015, observada a causa de pedir.

5. No tocante aos honorários de advogado sucumbenciais, descabe sua fixação, quando o INSS reconhecer a procedência do pedido à luz do fato novo.

6. Recurso especial conhecido e provido, para anular o acórdão proferido em embargos de declaração, determinando ao Tribunal *a quo* um novo julgamento do recurso, admitindo-se a reafirmação da DER.

Julgamento submetido ao rito dos recursos especiais repetitivos.

(REsp 1727063/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/10/2019, DJe 02/12/2019) – g.n.”.

O termo inicial do benefício deve ser fixado na data da citação - não havendo nos autos certidão de citação do réu e nem de juntada da contestação, considero como tendo sido efetivada na data em que subscrita a peça contestatória, ou seja, em 19.09.17.

Conquanto tenha a autora continuado a trabalhar em atividades insalubres, e malgrado a ressalva contida no § 8º, do Art. 57, da Lei 8.213/91 e o disposto no Art. 46, o beneplácito administrativo previsto no § 3º, do Art. 254, da IN/INSS/PRES Nº 77, e o que dispõe a Nota Técnica nº 00005/2016/CDPREV/PRF3R/PGF/AGU, ratificada pelo Parecer nº 25/2010/DIVCONS/CGMBEN/PFE/INSS e pela Nota nº 00026/2017/DPIM/PFE/INSS/SEDE/PGF/AGU e Nota nº 00034/2017/DIVCONT/PFE/INSS/SEGE/PGF/AGU, letra “d”, permite ao segurado executar as parcelas vencidas entre a data do requerimento administrativo e a data da ciência da decisão concessória da aposentadoria especial, “..., *independentemente da continuidade do trabalho sob condições agressivas durante a tramitação do processo judicial.*”.

Destarte, é de se reformar em parte a r. sentença, devendo o réu averbar no cadastro da autora como trabalhados em condições especiais os períodos de 25.01.88 a 01.03.88, 07.10.88 a 04.01.89, 08.06.92 a 31.10.94 e de 01.11.94 a 04.02.17, conceder o benefício de aposentadoria especial a partir de 19.09.17, data em que implementou os requisitos legais para o benefício de aposentadoria especial, e pagar as prestações vencidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora, observada a prescrição quinquenal.

A correção monetária, que incide sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências, e os juros de mora devem ser aplicados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

Os juros de mora incidirão até a data da expedição do precatório/RPV, conforme decidido em 19.04.17 pelo Pleno do e. Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE579431, com repercussão geral reconhecida. A partir de então deve ser observada a Súmula Vinculante nº 17.

Convém alertar que das prestações vencidas devem ser descontadas aquelas pagas administrativamente ou por força de liminar, e insuscetíveis de cumulação com o benefício concedido, na forma do Art. 124, da Lei nº 8.213/91.

Os honorários advocatícios devem observar as disposições contidas no inciso II, do § 4º, do Art. 85, do CPC, e a Súmula 111, do e. STJ.

A Autarquia Previdenciária está isenta das custas e emolumentos, nos termos do Art. 4º, I, da Lei 9.289/96, do Art. 24-A da Lei 9.028/95, com a redação dada pelo Art. 3º da MP 2.180-35/01, e do Art. 8º, § 1º, da Lei 8.620/93.

Ante o exposto, reduzo, de ofício, a r. sentença aos limites do pedido, negar provimento à remessa oficial, havida como submetida, e à apelação do réu e dar parcial provimento à apelação da autora para determinar a averbação dos períodos constantes deste voto como trabalhados em condições especiais e reconhecer o direito ao benefício de aposentadoria especial.

É o voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

5002416-87.2017.4.03.6126

Apelante: MARCIA DA SILVEIRA ALVEZ
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA LEILA PAIVA
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/07/2020

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DE BENEFÍCIO. TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. NÃO CONTABILIZAÇÃO DO PERÍODO DA FRUIÇÃO DO AUXÍLIO-DOENÇA. VÍNCULO EMPREGATÍCIO ATIVO, PORÉM, INOPERANTE. EXIGÊNCIA DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INCOMPATIBILIDADE COM O RITO MANDAMENTAL. CONTRIBUIÇÃO NA QUALIDADE DE SEGURADO FACULTATIVO. DESQUALIFICADA POR SER SEGURADO OBRIGATÓRIO. REAFIRMAÇÃO DA DER. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ATO COATOR. APELAÇÃO DA SEGURADA IMPROVIDA.

- O impetrante insurge-se contra dois atos administrativos, que reputa coatores: o primeiro, consistente no fato de a autoridade impetrada não ter computado, no tempo de contribuição, o período de 25/01/2002 a 05/04/2017, em que estava na fruição do auxílio doença, no cálculo do tempo de contribuição; o segundo, porque havia implementado todas as condições para se aposentar em 11/05/2017, data esta considerada como a de reafirmação da DER.

- Nos termos do artigo 55, inciso II, da Lei 8.213/91, o tempo em que o segurado esteve recebendo o auxílio-doença previdenciário (NB-31) deve ser computado como tempo de contribuição, desde que seja intercalado com contribuições previdenciárias.

- Para que o segurado possa aproveitar o período relativo ao gozo de auxílio-doença previdenciário como tempo de contribuição, com vistas a obter a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, deve ter contribuído à Previdência Social imediatamente após a cessação de seu benefício. Do contrário, em não havendo contribuição posterior à cessação do auxílio-doença previdenciário, o tempo imediatamente anterior será desconsiderado.

- Incidência da Tese 88/STF (RE 583834): “*Em razão do caráter contributivo do regime geral de previdência (CF/1988, art. 201, caput), o art. 29, § 5º, da Lei nº 8.213/1991 não se aplica à transformação de auxílio-doença em aposentadoria por invalidez, mas apenas a aposentadorias por invalidez precedidas de períodos de auxílio-doença intercalados com intervalos de atividade, sendo válido o art. 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/1999, mesmo após a Lei nº 9.876/1999*”.

- O impetrante continua a manter o vínculo empregatício com a empregadora BANCO DE SANGUE DE SAO PAULO E SERVICOS DE HEMOTERAPIA LTDA., iniciado em 01/01/1997, pois consta ativo junto ao CNIS, com os indicadores AEXT-VT (Vínculo extemporâneo confirmado pelo INSS).

- Após a cessação do benefício NB-31/1235738830, em 05/04/2017, não mais aparecem no CNIS os rendimentos atinentes ao vínculo empregatício ainda ativo, circunstância que inviabiliza o reconhecimento do tempo do auxílio-doença.

- Cessado o benefício previdenciário, não houve recebimento de salários, até porque, a empregadora, com base em laudo médico ocupacional (art. 168, CLT), não poderia permitir o seu retorno e a orienta a pedir a prorrogação do auxílio-doença junto ao INSS. Requerido o benefício NB 31/5403487189, foi indeferido (sequência “12” do CNIS, ID 3416955 – pág.5), o que foi relatado pela impetrante, por ocasião de seu pedido de concessão de tutela de evidência (ID 100489730 – pág.3).
- A situação é dramática, pois o contrato de trabalho fica inoperante, mas juridicamente, não está nem extinto e nem suspenso e, não havendo pagamento de salários, não há recolhimentos previdenciários. De certo a fiscalização das contribuições previdenciárias é incumbência dos órgãos de arrecadação da Seguridade Social, mas, o caso aqui é outro: as contribuições previdenciárias não existem porque não existem a sua base de cálculo, que é o salário.
- Tal embate há de ser resolvido em seara diversa do mandado de segurança, inclusive perante a Justiça do Trabalho, até porque exige dilação probatória incompatível com rito mandamental. Não é aqui o foro adequado para resolver questões afetas ao vínculo empregatício e aferir as razões pelas quais a empregadora deixou de efetuar os pagamentos dos salários.
- Para tentar contornar a situação, a impetrante fez recolhimentos na qualidade de segurado facultativo, mas foram desqualificados pela autarquia, porque, para ser segurado nesta condição, uma das exigências legais é a de não estar vinculado ao sistema previdenciário obrigatoriamente, conforme estabelece o art. 13 da Lei 8213/91.
- A autoridade, responsável pela concessão dos benefícios previdenciários, junto à agência de Santo André, não praticou qualquer ato coator, porque o indeferimento de pedido de aposentadoria por tempo de contribuição está justificado com base nos registros contidos no CNIS, inclusive quanto à desqualificação da contribuição facultativa realizada para a competência de 05/2017, não estando, assim, autorizada, à época, a proceder a reafirmação da DER nos termos do art. 690 da Instrução Normativa INSS/PRES nº 77/2015.
- A documentação apresentada pela apelante em 17/06/2020 não tem o condão de descaracterizar a legalidade e a legitimidade dos atos administrativos levados a efeito pela autarquia com os informes e motivação disponíveis, à época, em seus registros, o que não obsta a busca pela concessão do benefício pela via administrativa ou por outra via judicial, que comporte dilação probatória e contraditório, com ou sem o pleito de reafirmação da DER.
- Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA - Relatora

RELATÓRIO

A Excelentíssima Senhora Juíza Federal convocada Leila Paiva (Relatora):

Trata-se de apelação interposta por Marcia Candido da Silveira em face de sentença proferida em mandado de segurança, denegando a ordem para que o Chefe da Agência do INSS de Santo André implementasse a aposentadoria por tempo de contribuição (NB 42/182.601.152-5) com a reafirmação da DER para 11/05/2017, nos termos do art. 690 da Instrução Normativa INSS/PRES nº 77/2015.

Nas razões do apelo, postula pela reforma da sentença para que:

- a) conceda a segurança, determinando à autoridade impetrada que proceda à reafirmação da DER para o dia 11/05/2017, data que efetuou o pagamento da contribuição previdenciária de competência abril, ocasião que não gozava mais do benefício de auxílio doença e que intercalou com períodos contributivos, refazendo a contagem do tempo de contribuição da apelante, considerando o período que esteve afastada por auxílio doença previdenciário de 25/01/2002 a 05/04/2017 (sic).
- b) conceda em favor da apelante o benefício previdenciário de aposentadoria por tempo de contribuição, NB 42/182.601.152-5, à razão de 100% do salário benefício, inclusive considerando para cálculo o valor do benefício recebido quando esteve em gozo do auxílio doença, efetuando o pagamento desde 11/05/2017, data da reafirmação da DER(sic).

Sem contrarrazões, os autos foram distribuídos para esta Relatoria em 28/06/2018.

O Ministério Público Federal deu-se por ciente do processado e se manifestou tão somente pelo prosseguimento da demanda (ID 851287 – pág.1).

Requeru a impetrante a concessão da tutela de evidência para determinar a imediata implantação do benefício (100489730 – págs. 1/15) e tramitação com prioridade nos termos do art. 71 do Estatuto do Idoso (ID 130361159 – pág.1).

E, no intuito de demonstrar que o vínculo empregatício com a empregadora está ativo e regular perante a Previdência Social, a apelante, em 17/06/2020, juntou documentos referentes às contribuições previdenciárias recolhidas pela empregadora (ID 134702701 e seguintes), bem como extrato atualizado do CNIS (ID 135652031) em 29/06/2020.

É o Relatório.

Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA - Relatora

VOTO

A Excelentíssima Senhora Juíza Federal convocada Leila Paiva (Relatora):

Disponibilizada em 13/03/2018 no DJE a decisão proferida que rejeitou os embargos de declaração (ID 3416981 -págs. 1/2), é tempestivo o apelo interposto em 05/04/2018.

Presentes os requisitos de admissibilidade, impõe-se o conhecimento do apelo interposto.

O impetrante insurge-se contra dois atos administrativos, que reputa coatores: o primeiro, consistente no fato de a autoridade impetrada não ter computado, no tempo de contribuição, o período de 25/01/2002 a 05/04/2017, em que estava na fruição do auxílio doença, no cálculo do tempo de contribuição; o segundo, porque havia implementado todas as condições para se aposentar em 11/05/2017, data esta considerada como a de reafirmação da DER.

Com efeito, nos termos do artigo 55, inciso II, da Lei 8.213/91, o tempo em que o segurado esteve recebendo o auxílio-doença previdenciário (NB-31) deve ser computado como tempo de contribuição, desde que seja intercalado com contribuições previdenciárias.

Dispõe o citado dispositivo:

“Art. 55. O tempo de serviço será comprovado na forma estabelecida no Regulamento, compreendendo, além do correspondente às atividades de qualquer das categorias de segurados de que trata o art. 11 desta Lei, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado:

(...)

II - o tempo intercalado em que esteve em gozo de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez”.

Assim, para que o segurado possa aproveitar o período relativo ao gozo de auxílio-doença previdenciário como tempo de contribuição, com vistas a obter a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, deve ter contribuído à Previdência Social imediatamente após a cessação de seu benefício. Do contrário, em não havendo contribuição posterior à cessação do auxílio-doença previdenciário, o tempo imediatamente anterior será desconsiderado.

Nesse sentido, trago à colação o precedente do Colendo STF no qual foi fixada a tese 88: “Em razão do caráter contributivo do regime geral de previdência (CF/1988, art. 201, *caput*), o art. 29, § 5º, da Lei nº 8.213/1991 não se aplica à transformação de auxílio-doença em aposentadoria por invalidez, mas apenas a aposentadorias por invalidez precedidas de períodos de auxílio-doença intercalados com intervalos de atividade, sendo válido o art. 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/1999, mesmo após a Lei nº 9.876/1999”, a ementa foi assim redigida, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. CARÁTER CONTRIBUTIVO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUXÍLIO-DOENÇA. COMPETÊNCIA REGULAMENTAR. LIMITES.

1. O caráter contributivo do regime geral da previdência social (*caput* do art. 201 da CF) a princípio impede a contagem de tempo ficto de contribuição.

2. O § 5º do art. 29 da Lei nº 8.213/1991 (Lei de Benefícios da Previdência Social – LBPS) é exceção razoável à regra proibitiva de tempo de contribuição ficto com apoio no inciso II do art. 55 da mesma Lei. E é aplicável somente às situações em que a aposentadoria por invalidez seja precedida do recebimento de auxílio-doença durante período de afastamento intercalado com atividade laborativa, em que há recolhimento da contribuição previdenciária. Entendimento, esse, que não foi modificado pela Lei nº 9.876/99.

3. O § 7º do art. 36 do Decreto nº 3.048/1999 não ultrapassou os limites da competência regulamentar porque apenas explicitou a adequada interpretação do inciso II e do § 5º do art. 29 em combinação com o inciso II do art. 55 e com os arts. 44 e 61, todos da Lei nº 8.213/1991.

4. A extensão de efeitos financeiros de lei nova a benefício previdenciário anterior à respectiva vigência ofende tanto o inciso XXXVI do art. 5º quanto o § 5º do art. 195 da Constituição Federal. Precedentes: REs 416.827 e 415.454, ambos da relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

5. Recurso extraordinário com repercussão geral a que se dá provimento.

(RE 583834, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-032 DIVULG 13-02-2012 PUBLIC 14-02-2012)

Esse entendimento, aplica-se à hipótese dos autos, eis que se trata de contagem de tempo de recebimento de auxílio-doença para fins de obter a aposentadoria por tempo de contribuição.

No caso concreto, a impetrante é segurada com registro na Carteira de Trabalho, de modo que a ela bastaria o retorno ao trabalho.

Ademais, a impetrante continuou a manter o vínculo empregatício com a empregadora BANCO DE SANGUE DE SAO PAULO E SERVICOS DE HEMOTERAPIA LTDA., iniciado em 01/01/1997, pois consta ativo junto ao CNIS, com os indicadores AEXT-VT (Vínculo extemporâneo confirmado pelo INSS).

Entretanto, após a cessação do benefício NB-31/1235738830, em 05/04/2017, não mais aparecem no CNIS os rendimentos atinentes ao vínculo empregatício ainda ativo.

Com efeito, essa circunstância inviabiliza o reconhecimento do tempo do auxílio-doença.

Nota-se que, cessado o benefício previdenciário não houve recebimento de salários, até porque, a empregadora, com base em laudo médico ocupacional (art. 168, CLT), não poderia permitir o seu retorno e a orienta a pedir a prorrogação do auxílio-doença junto ao INSS.

Entretanto, requerido o benefício NB 31/5403487189, foi indeferido (sequência “12” do CNIS, ID 3416955 – pág.5), o que foi relatado pela impetrante, por ocasião de seu pedido de concessão de tutela de evidência (ID 100489730 – pág.3).

A situação é dramática, pois o contrato de trabalho fica inoperante, mas juridicamente, não está nem extinto e nem suspenso e, não havendo pagamento de salários, não há recolhimentos previdenciários.

De certo a fiscalização das contribuições previdenciárias é incumbência dos órgãos de arrecadação da Seguridade Social, mas, o caso aqui é outro: as contribuições previdenciárias não existem porque não existem a sua base de cálculo, que é o salário.

Contudo, tal embate há de ser resolvido em seara diversa do mandado de segurança, inclusive perante a Justiça do Trabalho, até porque exige dilação probatória incompatível com rito mandamental.

Não é aqui o foro adequado para resolver questões afetas ao vínculo empregatício e aferir as razões pelas quais a empregadora deixou de efetuar os pagamentos dos salários.

De outra parte, para tentar contornar a situação, a impetrante fez recolhimentos na qualidade de segurado facultativo.

A questão aqui é saber se o recolhimento feito em 11/05/2017 tem o condão de ser considerado para os fins do inciso II do art. 55 da Lei 8.213/91, para contabilizar, como tempo de contribuição aquele em que a impetrante ficou em auxílio-doença previdenciário.

A princípio sim, porque ela o fez com base na alíquota de 20% sobre o salário mínimo (R\$ 937,00 x 20% = R\$ 187,40) para a competência de 05/2017 (sequência “10” do CNIS, ID 3416955 – pág.5), o que lhe garantiria acesso a todos os benefícios previdenciários, inclusive o da aposentadoria por tempo de contribuição, nos termos do art.21 da Lei 8.212/91.

Porém, há um obstáculo: a anotação no CNIS de “PREC-FACULTCONC”, ou melhor, “recolhimento ou período de contribuinte facultativo concomitante com outros vínculos”. Isso implica dizer que *a autarquia já desqualificou a impetrante como contribuinte na qualidade de segurado facultativo*, porque é ela uma segurada obrigatória em decorrência do vínculo jurídico estabelecido e ativo com a empregadora BANCO DE SANGUE DE SAO PAULO E SERVICOS DE HEMOTERAPIA LTDA.

Para ser segurado facultativo, uma das exigências legais é a de não estar vinculado ao sistema previdenciário obrigatoriamente, conforme estabelece o art. 13 da Lei 8213/91.

Logo, a autoridade, responsável pela concessão dos benefícios previdenciários, junto à agência de Santo André, não praticou qualquer ato coator, porque o indeferimento de pedido de aposentadoria por tempo de contribuição está justificado com base nos registros contidos no CNIS, inclusive quanto à desqualificação da contribuição facultativa realizada para a competência de 05/2017, não estando, assim, autorizada, à época, a proceder a reafirmação da DER nos termos do art. 690 da Instrução Normativa INSS/PRES nº 77/2015.

Por fim, a documentação apresentada pela apelante em 17/06/2020 (ID 134702701 e seguintes) não tem o condão de descaracterizar a legalidade e a legitimidade dos atos administrativos levados a efeito pela autarquia com os informes e motivação disponíveis, à época, em seus registros. Isso, evidentemente, não obsta que busque pela concessão do benefício postulado pela via administrativa ou por outra via judicial, que comporte dilação probatória e contraditório, com ou sem o pleito de reafirmação da DER.

Apelação a que se nega provimento.

É o voto.

Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA - Relatora

AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL

5007831-74.2017.4.03.6183

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelada: GILBERTO KON

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/07/2020

EMENTA

AGRAVO INTERNO. PREVIDENCIÁRIO. RECÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. MÉDIA ARITMÉTICA SIMPLES DOS MAIORES SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO CORRESPONDENTES A 80% DE TODO O PERÍODO CONTRIBUTIVO. ART. 29, I E II, DA LEI Nº 8.213/91. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO Nº 1.554.596/SC. I- O C. Superior Tribunal de Justiça, em sessão de 11/12/19, ao julgar o *Recurso Especial Repetitivo nº 1.554.596/SC*, reconheceu como devido o cálculo do salário de benefício nos termos do art. 29, I e II, da Lei nº 8.213/91, aos segurados que ingressaram no sistema antes de 26/11/99, na hipótese de o mencionado dispositivo legal ser mais favorável do que a regra de transição prevista no art. 3º da Lei nº 9.876/99.

II- Desse modo, deve a autarquia proceder ao recálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, afastando-se a regra de transição do art. 3º da Lei nº 9.876/99.

III- Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA (RELATOR): Trata-se de agravo interno interposto contra a decisão monocrática que, nos autos da ação visando ao recálculo da renda mensal inicial de benefício previdenciário, utilizando os salários de contribuição de todo o período contributivo, sem a exclusão dos anteriores a julho/94, rejeitou a matéria preliminar e, no mérito, deu parcial provimento à apelação para explicitar a correção monetária, os juros moratórios e os honorários advocatícios na forma da fundamentação apresentada.

Agravou o INSS, alegando em breve síntese:

- a necessidade de sobrestamento do processo, uma vez que ainda não houve o trânsito em julgado dos Recursos Especiais nº 1.554.596 e 1.596.203;

- que não merece prosperar a R. decisão agravada que afastou a regra prevista no art. 3º da Lei nº 9.876/1999, para que, na apuração do valor do salário-de-benefício, sejam considerados os salários-de-contribuição de todo o período contributivo, violando o disposto nos artigos 5º, *caput*; 195, *caput* e § 5º e 201, todos da CF/88 e art. 26 da EC 103/2019 e

- o questionamento das matérias aventadas no recurso.

Requer a reconsideração do R. *decisum*.

A parte autora se manifestou sobre o agravo da autarquia, nos termos do § 2º do art. 1.021 do Código de Processo Civil.

É o breve relatório.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Newton De Lucca (Relator): Razão não assiste ao agravante.

Com relação às matéria impugnadas, e conforme constou da R. decisão agravada, cumpre notar que a parte autora, filiada ao Regime Geral da Previdência Social no período anterior ao advento da Lei nº 9.876/99, pleiteia a revisão da renda mensal inicial de seu benefício previdenciário, com data de início em 24/9/14, tendo ajuizado o presente feito em 9/11/17.

Inicialmente, vinha eu adotando o posicionamento no sentido de que a autarquia deveria apurar o salário de benefício conforme o disposto no art. 3º da Lei nº 9.876/99 para os segurados filiados à Previdência Social no período anterior à data da publicação da referida Lei.

No entanto, o C. Superior Tribunal de Justiça, em sessão de 11/12/19, ao julgar o *Recurso Especial Repetitivo nº 1.554.596/SC*, reconheceu como devido o cálculo do salário de benefício nos termos do art. 29, I e II, da Lei nº 8.213/91, aos segurados que ingressaram no sistema antes de 26/11/99, na hipótese de o mencionado dispositivo legal ser mais favorável do que a regra de transição prevista no art. 3º da Lei nº 9.876/99, *in verbis*:

“PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL AFETADO AO RITO DOS REPETITIVOS. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. REVISÃO DE BENEFÍCIO. SOBREPOSIÇÃO DE NORMAS. APLICAÇÃO DA REGRA DEFINITIVA PREVISTA NO ART. 29, I E II DA LEI 8.213/1991, NA APURAÇÃO DO SALÁRIO DE BENEFÍCIO, QUANDO MAIS FAVORÁVEL DO QUE A REGRA DE TRANSIÇÃO CONTIDA NO ART. 30. DA LEI 9.876/1999, AOS SEGURADOS QUE INGRESSARAM NO SISTEMA ANTES DE 26.11.1999 (DATA DE EDIÇÃO DA LEI 9.876/1999). CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO AO MELHOR BENEFÍCIO. PARECER DO MPF PELO DESPROVIMENTO DO FEITO. RECURSO ESPECIAL DO SEGURADO PROVIDO.

1. A Lei 9.876/1999 implementou nova regra de cálculo, ampliando gradualmente a base de cálculo dos benefícios que passou a corresponder aos maiores salários de contribuição correspondentes a 80% de todo o período contributivo do Segurado.

2. A nova legislação trouxe, também, uma regra de transição, em seu art. 30., estabelecendo que no cálculo do salário de benefício dos Segurados filiados à Previdência Social até o dia anterior à data de publicação desta lei, o período básico de cálculo só abarcaria as contribuições vertidas a partir de julho de 1994.

3. A norma transitória deve ser vista em seu caráter protetivo. O propósito do artigo 30. da Lei 9.876/1999 e seus parágrafos foi estabelecer regras de transição que garantissem que os Segurados não fossem atingidos de forma abrupta por normas mais rígidas de cálculo dos benefícios.

4. Nesse passo, não se pode admitir que tendo o Segurado vertido melhores contribuições antes de julho de 1994, tais pagamentos sejam simplesmente descartados no momento da concessão de seu benefício, sem analisar as consequências da medida na apuração do valor do benefício, sob pena de infringência ao princípio da contrapartida.

5. É certo que o sistema de Previdência Social é regido pelo princípio contributivo, decorrendo de tal princípio a necessidade de haver, necessariamente, uma relação entre custeio e benefício, não se afigurando razoável que o Segurado verta contribuições e não possa se utilizar delas no cálculo de seu benefício.

6. A concessão do benefício previdenciário deve ser regida pela regra da prevalência da condição mais vantajosa ou benéfica ao Segurado, nos termos da orientação do STF e do STJ. Assim, é direito do Segurado o recebimento de prestação previdenciária mais vantajosa dentre aquelas cujos requisitos cumpre, assegurando, conseqüentemente, a prevalência do critério de cálculo que lhe proporcione a maior renda mensal possível, a partir do histórico de suas contribuições.

7. *Desse modo, impõe-se reconhecer a possibilidade de aplicação da regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando se revelar mais favorável do que a regra de transição contida no art. 30. da Lei 9.876/1999, respeitados os prazos prescricionais e decadenciais. Afinal, por uma questão de racionalidade do sistema normativo, a regra de transição não pode ser mais gravosa do que a regra definitiva.*

8. Com base nessas considerações, sugere-se a fixação da seguinte tese: Aplica-se a regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 30. da Lei 9.876/1999, aos Segurado que ingressaram no Regime Geral da Previdência Social até o dia anterior à publicação da Lei 9.876/1999.

9. Recurso Especial do Segurado provido”.

(STJ, REsp. nº 1.554.596/SC, Primeira Seção, Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, v.u., DJe 17/12/19, grifos meus)

Assim, considerando a orientação jurisprudencial acima mencionada e o disposto no art. 927, inc. III, do CPC/15, o qual dispõe que os tribunais observarão os acórdãos em julgamento de recursos repetitivos, passei a adotar o posicionamento acima mencionado.

Desse modo, deve a autarquia proceder ao recálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, afastando-se a regra de transição do art. 3º da Lei nº 9.876/99.

A matéria relativa à existência ou não de eventuais diferenças a executar poderá ser discutida no momento da execução, quando as partes terão ampla oportunidade para debater a respeito, inclusive no tocante ao exato valor a ser recebido pelo segurado.

Importante deixar consignado que eventuais pagamentos das diferenças pleiteadas já realizadas pela autarquia na esfera administrativa deverão ser deduzidas na fase da execução do julgado.

Quadra salientar que não há que se falar em sobrestamento do feito, uma vez que se mostra desnecessário aguardar o trânsito em julgado de decisão proferida pelo C. STJ nos autos do RE nº 1.554.596 para que se possa aplicar a orientação fixada aos demais recursos. Nesse sentido, cito o precedente firmado nos autos do RE nº 870.948, de lavra do E. Ministro Celso de Mello do C. STF na Reclamação nº 30996 TP/SP, de 9/8/18.

Outrossim, ressalto que o magistrado não está obrigado a pronunciar-se expressamente sobre todas as alegações da parte. Imprescindível, sim, que no contexto do caso concreto decline motivadamente os argumentos embaixadores de sua decisão. No presente caso, foram analisadas todas as alegações constantes do recurso capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada no *decisum* recorrido.

No tocante ao prequestionamento da matéria, para fins de interposição de recursos aos tribunais superiores, não merece prosperar a alegação de eventual ofensa aos dispositivos legais e constitucionais, tendo em vista que houve análise da decisão em todos os seus ângulos e enfoques.

Considerando que, no agravo, não foi apresentado nenhum fundamento apto a alterar a decisão impugnada, forçoso manter-se o posicionamento adotado.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

0012769-64.2018.4.03.9999

Apelantes: CELESTE APARECIDA PIRES DOMINGUES RIBEIRO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: OS MESMOS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/07/2020

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. AUXÍLIO-DOENÇA. CONCESSÃO MANTIDA. INCAPACIDADE PARCIAL E TEMPORÁRIA. QUALIDADE DE SEGURADO E CARÊNCIA DEMONSTRADOS. TERMO INICIAL. TERMO FINAL. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. MANUAL DE CÁLCULOS NA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Trata-se de pedido de restabelecimento de auxílio doença ou aposentadoria por invalidez.
2. O laudo pericial médico indica a existência de incapacidade laboral parcial e temporária para a atividade habitual.
3. Qualidade de segurado e carência demonstrados.
4. Concessão de auxílio-doença mantido.
5. Havendo requerimento administrativo e cessação indevida do respectivo benefício, fixo o termo inicial do auxílio-doença na data da cessação administrativa, pois comprovado que havia incapacidade naquela data.
6. O art. 101 da Lei 8213/91 determina que o segurado em gozo de auxílio-doença deve ser submetido periodicamente a exame médico a cargo da Previdência Social, em face do caráter temporário do auxílio. Trata-se, portanto, de prerrogativa legal do INSS a manutenção/cessação do benefício após nova perícia, sendo desnecessária declaração dessa natureza pelo Poder Judiciário.
7. Juros e correção monetária pelos índices constantes do Manual de Orientação para a elaboração de Cálculos na Justiça Federal vigente à época da elaboração da conta, observando-se, em relação à correção monetária, a aplicação do IPCA-e em substituição à TR - Taxa Referencial, consoante decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no RE nº 870.947, tema de repercussão geral nº 810, em 20.09.2017, Relator Ministro Luiz Fux. Correção de ofício.
8. Sucumbência recursal. Honorários de advogado majorados em 2% do valor arbitrado na sentença. Artigo 85, §11, Código de Processo Civil/2015.
9. Apelação do INSS não provida. Apelação da parte autora provida em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação do INSS, dar parcial provimento ao apelo da parte autora e, de ofício, corrigir a sentença, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação objetivando a concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio doença.

A sentença prolatada em 31/07/2017 julgou procedente o pedido para condenar o INSS a conceder o benefício de auxílio-doença, no período de 14/09/2015 (data da perícia) a 13/09/2016. As parcelas em atraso serão acrescidas de juros de mora, nos termos da Lei nº 11.960/09 e correção monetária, nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal. Honorários advocatícios fixados em 10% do valor das parcelas vencidas até a sentença.

A parte autora apela requerendo, em síntese, a fixação do termo inicial do benefício na data da cessação e seja afastado o termo final do benefício.

Apela o INSS, sustenta, em síntese, que a autora não preenche nenhum dos requisitos para concessão do benefício.

Com contrarrazões da parte autora, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos de apelação.

A Lei nº 8.213/91, no artigo 42, estabelece os requisitos necessários para a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, quais sejam: qualidade de segurado, cumprimento da carência, quando exigida, e moléstia incapacitante e insuscetível de reabilitação para atividade que lhe garanta a subsistência. O auxílio-doença, por sua vez, tem seus pressupostos previstos nos artigos 59 a 63 da Lei nº 8.213/91, sendo concedido nos casos de incapacidade temporária.

É dizer: a incapacidade total e permanente para o exercício de atividade que garanta a subsistência enseja a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez; a incapacidade total e temporária para o exercício de atividade que garanta a subsistência justifica a concessão do benefício de auxílio-doença e a incapacidade parcial e temporária somente legitima a concessão do benefício de auxílio-doença se impossibilitar o exercício do labor ou da atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias pelo segurado.

A condição de segurado (obrigatório ou facultativo) decorre da inscrição no regime de previdência pública, cumulada com o recolhimento das contribuições correspondentes.

O artigo 15 da Lei nº 8.213/91 dispõe sobre as hipóteses de manutenção da qualidade de segurado, independentemente de contribuições; trata-se do denominado período de graça, durante o qual remanesce o direito a toda a cobertura previdenciária. Também é considerado segurado aquele que trabalhava, mas ficou impossibilitado de recolher contribuições previdenciárias em razão de doença incapacitante.

Nesse passo, acresça-se que no que toca à prorrogação do período de graça ao trabalhador desempregado, não obstante a redação do §2º do artigo 15 da Lei nº. 8.213/1991 mencionar a necessidade de registro perante o Ministério do Trabalho e da Previdência Social para tanto, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de Incidente de Uniformização de Interpretação de Lei Federal (Pet. 7.115), firmou entendimento no sentido de que a ausência desse registro poderá ser suprida quando outras provas constantes dos autos, inclusive a testemunhal, se revelarem aptas a comprovar a situação de desemprego.

A perda da qualidade de segurado está disciplinada no §4º desse dispositivo legal, ocorrendo no dia seguinte ao do término do prazo para recolhimento da contribuição referente ao mês de competência imediatamente posterior ao final dos prazos para manutenção da qualidade de segurado.

Depreende-se, assim, que o segurado mantém essa qualidade por mais um mês e meio após o término do período de graça, independente de contribuição, mantendo para si e para os seus dependentes o direito aos benefícios previdenciários.

Anote-se que a eventual inadimplência das obrigações trabalhistas e previdenciárias acerca do tempo trabalhado como empregado deve ser imputada ao empregador, responsável tributário, conforme preconizado na alínea a do inciso I do artigo 30 da Lei nº 8.213/91, não sendo cabível a punição do empregado urbano pela ausência de recolhimentos, computando-se, assim, o período laborado para fins de verificação da qualidade de segurado.

Quanto à carência, exige-se o cumprimento de 12 (doze) contribuições mensais para a concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença, conforme prescreve a Lei nº 8.213/91, em seu artigo 25, inciso I, *in verbis*: “Art. 25. A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no art. 26:I - auxílio-doença e aposentadoria por invalidez: 12 (doze) contribuições mensais;”.

Por fim, não será devido o auxílio-doença ou a aposentadoria por invalidez ao segurado que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social já portador da doença ou da lesão invocada como causa para o benefício, exceto quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento da doença ou da lesão (art. 42, § 2º e 59, § 1º da Lei 8213/91).

No caso concreto.

A parte autora, trabalhadora rural/serviços gerais, com 47 anos de idade no momento da terceira perícia médica, afirma que é portadora de doenças ortopédicas e psiquiátricas, e está incapacitada para as atividades laborais.

O laudo médico, elaborado em 14/09/2015, atesta com base no exame físico e documentos médicos apresentados que a periciada é portadora de transtorno misto ansioso e depressivo (CID F 41.2) e personalidade histriônica (CIDF 60.4) há 17 anos e lombociatalgia (CID M54.4) há 15 anos. Conclui pela incapacidade parcial e temporária para o trabalho. Sugere afastamento por 12 meses. Estabelece o início da incapacidade em 1998.

O restante do conjunto probatório trazidos aos autos exames e atestados médicos (ID 89836097), corrobora a conclusão da perícia médica judicial no sentido da existência de incapacidade da parte autora.

Por sua vez, o INSS não logrou trazer quaisquer elementos aptos a ilidir a prova produzida pelo autor e a conclusão da perícia judicial, limitando-se a reafirmar a inexistência de incapacidade com base no laudo médico produzido na esfera administrativa, cuja presunção de veracidade não é absoluta.

O extrato do sistema CNIS (fls.58) e a CTPS (fls.18) indicam a existência de vínculos empregatícios mantidos pela parte autora, no período de 01/12/1994 a 30/09/1999, recebeu auxílio doença no período de 18/03/1998 a 30/06/2014, que lhe garantiu a qualidade de segurado até 15/08/2015. Considerando a ação proposta em 03/09/2014, o início da incapacidade em 1998, a toda evidência ostentava a qualidade de segurado e o cumprimento da carência.

Desse modo, constatada a existência de incapacidade laboral para a atividade habitual da requerente, de rigor a concessão do benefício previdenciário de auxílio-doença.

Quanto ao termo inicial do benefício, a Súmula n. 576 do STJ assim firmou entendimento: “Ausente requerimento administrativo no INSS, o termo inicial para a implantação da aposentadoria por invalidez concedida judicialmente será a data da citação válida. (Súmula 576, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/06/2016, DJe 27/06/2016)”

Desta feita, havendo requerimento administrativo e cessação indevida do respectivo benefício, fixo o termo inicial do auxílio-doença na data da cessação administrativa (30/06/2014 - fls.59), pois comprovado que havia incapacidade naquela data.

Quanto ao pedido de fixação do termo final do benefício, o art. 101 da Lei 8213/91 determina que o segurado em gozo de auxílio-doença deve ser submetido periodicamente a exame médico a cargo da Previdência Social, em face do caráter temporário do auxílio. Trata-se, portanto, de prerrogativa legal do INSS a manutenção/cessação do benefício após nova perícia, sendo desnecessária declaração dessa natureza pelo Poder Judiciário.

No que tange aos critérios de atualização do débito, verifico que a sentença desborda do entendimento firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no RE nº 870.947, tema de repercussão geral nº 810, em 20.09.2017, Relator Ministro Luiz Fux.

Assim, tratando-se de matéria cognoscível de ofício (AgRg no AREsp 288026/MG, AgRg no REsp 1291244/RJ), corrijo a sentença e estabeleço que as parcelas vencidas deverão ser atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora pelos índices constantes do Manual de Orientação para a elaboração de Cálculos na Justiça Federal vigente à época da elaboração da conta, observando-se, em relação à correção monetária, a aplicação do IPCA-e em substituição à TR – Taxa Referencial.

Anoto que os embargos de declaração opostos perante o STF que objetivavam a modulação dos efeitos da decisão supra, para fins de atribuição de eficácia prospectiva, foram rejeitados no julgamento realizado em 03.10.2019.

Considerando o não provimento do recurso do INSS, de rigor a aplicação da regra do §11 do artigo 85 do CPC/2015, pelo que determino, a título de sucumbência recursal, a majoração dos honorários de advogado arbitrados na sentença em 2%.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso do INSS, dou parcial provimento ao apelo da parte autora para fixar o termo inicial do benefício na data da cessação e, de ofício, corrijo a sentença para estabelecer os critérios de atualização do débito, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

5003239-84.2019.4.03.6128

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: MARINO MAZZEI JUNIOR
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/07/2020

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. RECÁLCULO DE BENEFÍCIO. ATIVIDADES CONCOMITANTES. SOMA DAS CONTRIBUIÇÕES. ARTIGO 32 DA LEI 8.213/91. CONECTIVOS. - O regramento do artigo 32, II da Lei 8.213/91, direcionado aos segurados que não satisfizessem, em relação a cada atividade, as condições do benefício requerido, tinha como premissa evitar fraudes no sistema da Previdência Social. A disposição contida na fórmula – *percentual resultante da relação entre os anos completos de atividade e o número de anos de serviço* – impedia fraudes ao sistema, impossibilitando casos de elevação intencional nos valores das contribuições concomitantes, até o teto permitido, nos últimos 36 meses antecedentes à aposentadoria, a fim de que fosse gerado um aumento indevido da renda mensal inicial do benefício.

- Com a edição da Lei 9.876/99, o artigo 29 da Lei 8.213/91 sofreu relevante alteração, tendo a nova regra ampliado, de forma substancial, a base de cálculo dos benefícios, passando a considerar um período mais abrangente da vida contributiva do segurado.

- Nos termos do entendimento da Primeira Turma do C. STJ, “*não se afigura mais razoável impedir a soma dos salários de contribuição em cada competência, vez que são recolhidas as contribuições previdenciárias sobre cada uma delas. Admite-se, assim, que o salário de benefício do Segurado que contribuir em razão de atividades concomitantes seja calculado com base na soma dos salários de contribuição, nos termos do atual texto do art. 32 da Lei 8.213/1991, de modo a lhe conferir o direito ao melhor benefício possível com base no seu histórico contributivo*”.

- Cumpre anotar que o artigo 32 foi alterado, quando da edição da Lei 13.846/19, passando a dispor que: “*O salário de benefício do segurado que contribuir em razão de atividades concomitantes será calculado com base na soma dos salários de contribuição das atividades exercidas na data do requerimento ou do óbito, ou no período básico de cálculo, observado o disposto no art. 29 desta Lei*”.

- A parte autora é titular de aposentadoria por tempo de contribuição, concedida em 07.05.10. A carta de concessão do benefício demonstra que foram considerados, na apuração da renda mensal inicial, os salários contributivos da atividade principal (de 07/1994 a 03/2010) e secundária (de 09/2002 a 12/2005; 08/2005 a 08/2006; 01/2006 a 05/2007; 02/2008 a 04/2008; e de 10/2008 a 11/2008).

- Faz jus à parte autora ao recálculo de seu benefício, através da “*soma dos salários de contribuição das atividades exercidas na data do requerimento (...), ou no período básico de cálculo*”, observado o teor do § 2º do art. 32. Devem ser respeitadas, ainda, as disposições dos artigos 29 e 33 da Lei de Benefícios, bem como a prescrição quinquenal parcelar.

- 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.
- Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação ajuizada por MARINO MAZZEI JUNIOR em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando a revisão da renda mensal inicial de seu benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, concedida em 07.05.10, para que seja considerada, no cálculo, a soma dos salários de contribuição concomitantes (ID 129167127).

A r. sentença julgou procedente o pedido e condenou o réu a revisar a RMI do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição (NB 150.524.058-9), desde a DIB em 07/05/2010, mediante a soma integral dos salários-de-contribuição (anteriores e posteriores a 04/2003), decorrentes do exercício de atividades concomitantes, limitados ao teto, e observada a prescrição quinquenal. Condenou, ainda, o INSS ao pagamento dos atrasados, a serem apurados em liquidação ou execução de sentença. *“Regime de correção monetária e juros moratórios incidirão nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor”*. Arbitrou os honorários advocatícios devidos pelo INSS no percentual mínimo do escalonamento preconizado pelo art. 85, §3º do CPC, tendo como base o proveito econômico obtido, conforme liquidação de sentença, observado, em todo caso, o teor do enunciado da Súmula 111 da jurisprudência do C. STJ (ID 129167152).

O INSS interpôs recurso de apelação. Pugna pela reforma da r. sentença, uma vez que a apuração da renda mensal inicial do benefício da parte autora foi realizada em observância às normas legais que regiam a matéria para o caso de atividades concomitantes (ID 129167154).

Foram apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

VOTO

Inicialmente, tempestivo o recurso e respeitados os demais pressupostos de admissibilidade recursais, passo ao exame da matéria objeto de devolução.

Dispunham os artigo 29 e 32 da Lei 8.213/91, em sua redação original:

“Art. 29. O salário de benefício consiste na média aritmética simples de todos os últimos salários-de-contribuição dos meses imediatamente anteriores ao do afastamento da ativi-

dade ou da data da entrada do requerimento, até o máximo de 36 (trinta e seis), apurados em período não superior a 48 (quarenta e oito) meses”.

“Art. 32. O salário de benefício do segurado que contribuir em razão de atividades concomitantes será calculado com base na soma dos salários de contribuição das atividades exercidas na data do requerimento ou do óbito, ou no período básico de cálculo, observado o disposto no art. 29 e as normas seguintes:

I - quando o segurado satisfizer, em relação a cada atividade, as condições do benefício requerido, o salário de benefício será calculado com base na soma dos respectivos salários de contribuição;

II - quando não se verificar a hipótese do inciso anterior, o salário de benefício corresponde à soma das seguintes parcelas:

a) o salário de benefício calculado com base nos salários de contribuição das atividades em relação às quais são atendidas as condições do benefício requerido;

b) um percentual da média do salário de contribuição de cada uma das demais atividades, equivalente à relação entre o número de meses completo de contribuição e os do período de carência do benefício requerido;

III - quando se tratar de benefício por tempo de serviço, o percentual da alínea ‘b’ do inciso II será o resultante da relação entre os anos completos de atividade e o número de anos de serviço considerado para a concessão do benefício.

§ 1º O disposto neste artigo não se aplica ao segurado que, em obediência ao limite máximo do salário-de-contribuição, contribuiu apenas por uma das atividades concomitantes.

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo ao segurado que tenha sofrido redução do salário-de-contribuição das atividades concomitantes em respeito ao limite máximo desse salário”.

O regramento do artigo 32, II da Lei 8.213/91, direcionado aos segurados que não satisfizessem, em relação a cada atividade, as condições do benefício requerido, tinha como premissa evitar fraudes no sistema da Previdência Social.

Isso porque a disposição contida na fórmula – *percentual resultante da relação entre os anos completos de atividade e o número de anos de serviço* – impedia fraudes ao sistema, impossibilitando casos de elevação intencional nos valores das contribuições concomitantes, até o teto permitido, nos últimos 36 meses antecedentes à aposentadoria, a fim de que fosse gerado um aumento indevido da renda mensal inicial do benefício.

Com a edição da Lei 9.876/99, o artigo 29 sofreu relevante alteração, passando a dispor:

“Art. 29. O salário-de-benefício consiste:

I - para os benefícios de que tratam as alíneas b e c do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário;

II - para os benefícios de que tratam as alíneas a, d, e e h do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo”.

A nova regra ampliou, de forma substancial, a base de cálculo dos benefícios, passando a considerar um período mais abrangente da vida contributiva do segurado.

Desta feita, a intenção do legislador impressa na redação do inciso II do artigo 32, que objetivava trazer segurança ao sistema, passou a atuar, de acordo com o entendimento da Primeira Turma do C. STJ, como elemento restritivo aos segurados.

Para aprofundamento de tal conclusão, colaciono trechos do voto do Exmo. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, proferido na apreciação da questão ora discutida nesses autos, quando do julgamento, como Relator, do REsp 1.670.818/PR (STJ, Primeira Turma, v.u., j. em 19.11.19, DJe 27.11.19):

“9. Imaginemos uma Professora que tem um único vínculo laboral, de 8 horas de trabalho, em uma escola particular e por este trabalho recebe um salário de R\$ 3.000,00. No momento de sua aposentadoria, este será o valor computado para o cálculo do seu benefício.

10. Agora, vejamos a situação de outra Professora que tem dois vínculos profissionais. Trabalha em uma escola primária durante o dia, ganhando um salário de R\$ 2.000,00, e, à noite, trabalha como babá, ganhando um salário de R\$ 1.000,00. No momento de sua aposentadoria o benefício será calculado nos termos do art. 32, considerando-se a soma dos dois salários de contribuição, somente na hipótese de a Segurada implementar todos os requisitos para aposentadoria em cada uma das atividades.

11. Na hipótese de a Segurada não completar tempo de contribuição suficiente para se aposentar em nenhuma das atividades concomitantes, o salário de benefício será calculado com base na soma do salário de benefício da atividade principal e de um percentual da média do salário de contribuição da atividade secundária. Por exemplo, se a Segurada tem 30 anos como babá e apenas 10 anos como professora, seu salário de benefício seria de R\$ 1.000,00 + R\$ 660,00 = 1.660,00. A despeito de ter realizado contribuições sobre o montante total.

12. Analisando situações como essas, esta Corte tem entendido que, na hipótese de desempenho, pelo Segurado, de atividades laborais concomitantes, será considerada atividade principal, para fins de cálculo do valor do salário de benefício, aquela na qual o segurado reuniu condições para concessão do benefício; ou, tratando-se de hipótese em que o Segurado não completou tempo de serviço/contribuição suficiente para se aposentar em nenhuma das atividades, deve ser considerada como atividade principal aquela que gerará maior proveito econômico no cálculo da renda mensal inicial, porquanto o art. 32 da Lei 8.213/1991 não determina que deva ser considerada como principal a atividade mais antiga, dentre as que foram exercidas simultaneamente no PBC. (...)

14. Contudo, em tais julgados, a jurisprudência se limitou a determinar qual seria o critério de definição da atividade principal, não analisando a tese que ora se apresenta no acórdão recorrido, que é a de possibilitar a simples soma dos valores de contribuição em cada competência, seguindo as regras do art. 29 da Lei 8.213/1991.

15. O acórdão recorrido não estabelece um critério para eleição da atividade principal; ao contrário, admite a soma dos salários de contribuição, respeitado o teto previdenciário, conferindo ao trabalhador o pagamento de benefício que melhor reflete o seu histórico contributivo. (...)

18. (...) o Direito Previdenciário deve ser sempre pensado buscando assegurar, ao máximo possível as garantias das pessoas, assim, *filio-me à tese fixada pelo acórdão recorrido para admitir que o salário de benefício do Segurado que contribuir em razão de atividades concomitantes seja calculado com base na soma dos salários de contribuição, de modo a lhe conferir o direito ao melhor benefício possível com base no seu histórico contributivo.*

19. *O reconhecimento ao direito ao melhor benefício garante ao Segurado o recebimento de prestação previdenciária mais vantajosa dentre aquelas cujos requisitos cumpre, assegurando, conseqüentemente, a prevalência do critério de cálculo que lhe proporcione a maior renda mensal, a partir do histórico de suas contribuições.*

20. É certo que o sistema de Previdência Social é regido pelo princípio contributivo, o que exige o recolhimento de contribuições sociais para o reconhecimento do direito ao benefício. Decorre de tal princípio a necessidade de haver necessariamente uma relação entre custo e benefício, não se afigurando razoável que o Segurado recolha contribuição sobre o valor total da remuneração, mas só seja computado um percentual sobre tal valor.

21. Aliás, essa lição já foi afirmada pelo Supremo Tribunal Federal, reconhecendo que a existência de estrita vinculação causal entre contribuição e benefício põe em evidência a correção da fórmula, segundo a qual não pode haver contribuição sem benefício, nem benefício sem contribuição (ADC 8, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU 24.5.2004).

22. Orientação reafirmada pelo Eminentíssimo Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, no julgamento do RE 593.068/SC, onde se reconheceu que a dimensão contributiva do sistema é incompatível com a cobrança de contribuição previdenciária sem que se confira ao segurado qualquer benefício, efetivo ou potencial”.

O acórdão do referido julgamento restou assim ementado:

“PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ATIVIDADES CONCOMITANTES. CÁLCULO DO SALÁRIO DE BENEFÍCIO. INAPLICABILIDADE DA REGRA ORIGINAL DO ART. 32 DA LEI 8.213/1991 EM FACE DA AMPLIAÇÃO DO PBC PROMOVIDA PELA LEI 9.876/1999. PRINCÍPIO CONTRIBUTIVO. CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO AO MELHOR BENEFÍCIO. POSSIBILIDADE DE SOMA DOS SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO. TEXTO ATUAL DO ART. 32 DA LEI 8.213/1991. RECURSO ESPECIAL DO INSS A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (...)

6. Tendo em vista a ampliação do período básico de cálculo (...), não se afigura mais razoável impedir a soma dos salários de contribuição em cada competência, vez que são recolhidas as contribuições previdenciárias sobre cada uma delas.

(...)

8. A concessão do benefício previdenciário deve ser regida pela regra da prevalência da condição mais vantajosa ou mais benéfica ao Segurado, nos termos da orientação do STF e do STJ. Assim, é direito do Segurado o recebimento de prestação previdenciária mais vantajosa dentre aquelas cujos requisitos cumpre, assegurando, consequentemente, a prevalência do critério de cálculo que lhe proporcione a maior renda mensal possível, a partir do histórico de suas contribuições.

9. Admite-se, assim, que o salário de benefício do Segurado que contribuir em razão de atividades concomitantes seja calculado com base na soma dos salários de contribuição, nos termos do atual texto do art. 32 da Lei 8.213/1991, de modo a lhe conferir o direito ao melhor benefício possível com base no seu histórico contributivo.

10. Recurso Especial do INSS a que se nega provimento” (STJ – Resp 1.670.818/PR, PRIMEIRA TURMA, j. em 19.11.19, DJe 27.11.19)

No mesmo sentido, também foram julgados pela Primeira Turma do C. STJ, em sessão realizada em 19.11.19, os seguintes recursos: REsp 1.692.203; REsp 1.715.655; REsp 1.808.903; REsp 1.810.501; REsp 1.810.766; REsp 1.819.637 e REsp 1.845.374 (DJe 27.11.19).

Ademais, cumpre anotar que o artigo 32 da Lei 8.213/91 sofreu recente alteração, quando editada a Lei 13.846/19, passando a dispor:

“O salário de benefício do segurado que contribuir em razão de atividades concomitantes será calculado com base na soma dos salários de contribuição das atividades exercidas na data do requerimento ou do óbito, ou no período básico de cálculo, observado o disposto no art. 29 desta Lei”.

Assim, reportando-me ao entendimento acima demonstrado, a renda mensal inicial do benefício do segurado, que contribuiu em razão de atividades concomitantes, aposentado já nos moldes da nova sistemática, deve ser recalculada com base na soma dos salários de con-

tribuição, excetuadas as hipóteses em que uma dessas atividades já tenha atingido o teto do salário de benefício, *ex vi* do artigo 32, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

Nesse mesmo sentido, já se posicionou esta Nona Turma:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. REVISÃO DE RMI. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. ATIVIDADES CONCOMITANTES. POSSIBILIDADE. CONECTIVOS. SUCUMBÊNCIA.

- A renda mensal inicial (RMI) dos benefícios de prestação continuada é obtida mediante um padrão que considera, basicamente, dois fatores: o valor das contribuições vertidas pelo segurado e o tempo no qual foram recolhidas essas contribuições. O primeiro fator compõe o que a lei denomina salário-de-benefício, conceituado no artigo 29 da Lei n. 8.213/1991. O segundo fator leva em conta o tempo durante o qual foram mantidas as contribuições e é representado por um coeficiente proporcional e variável incidente sobre o salário-de-benefício.

- *Tratando-se de atividades concomitantes, as contribuições vertidas pelo segurado em todas as atividades devem ser levadas em conta no cálculo da RMI, a não ser que em uma delas o segurado já atinja o teto do salário-de-benefício (artigo 32, § 2º, da Lei n. 8.213/1991).*

- *Demonstrado que o segurado exercia atividades concomitantes no período básico de cálculo, de rigor a observância ao art. 32 e § 2º da Lei n. 8.213/1991 (com a Redação dada pela Lei n. 13.846/2019) na composição da RMI da aposentadoria, respeitado o limite máximo do salário-de-contribuição definido no art. 33 do mesmo diploma normativo. Precedente.*

(...)

- Apelação conhecida e desprovida (TRF3 - Nona Turma, AC 5002626-83.2018.4.03.6133, Rel. Des. Fed. Daldice Santana, j. em 20.03.20, DJe 25.03.20).

DO CASO CONCRETO

In casu, verifico que a parte autora é titular de aposentadoria por tempo de contribuição, concedida em 07.05.10.

A carta de concessão do benefício demonstra que foram considerados, na apuração da renda mensal inicial, os salários contributivos da atividade principal (de 07/1994 a 03/2010) e secundária (de 09/2002 a 12/2005; 08/2005 a 08/2006; 01/2006 a 05/2007; 02/2008 a 04/2008; e de 10/2008 a 11/2008).

Vislumbro, ainda, que a autarquia federal calculou a aposentadoria pela sistemática do inciso II da redação original do artigo 32, aplicando, quanto à atividade secundária, o “*percentual resultante da relação entre os anos completos de atividade e o número de anos de serviço*”.

Destarte, faz jus à parte autora ao recálculo de seu benefício, através da “*soma dos salários de contribuição das atividades exercidas na data do requerimento (...) ou do óbito, ou no período básico de cálculo*”, observado o teor do § 2º do art. 32.

No recálculo, devem ser respeitadas, ainda, as disposições dos artigos 29 e 33 da Lei de Benefícios, bem como a prescrição quinquenal parcelar.

Consequentemente, anoto ser desnecessária a análise de eventual arguição da autarquia, no sentido de que não haviam sido preenchidas as condições necessárias à aposentadoria em relação à nenhuma das atividades, reportando-se à redação original do artigo 32 da Lei 8.213/1991.

Como anteriormente delineado no voto, a alteração legislativa desse artigo passa a considerar apenas a soma simples dos salários de contribuição das atividades concomitantes exercidas, respeitado o teto legal.

Sendo assim, o argumento do INSS não influencia no julgamento da controvérsia trazida neste feito, diversa daquela reiteradamente levada a efeito em outros processos previdenciários de revisão de benefício, em que a discussão gira em torno de qual atividade deveria ser considerada como principal, hipótese em que a jurisprudência majoritária tem entendido que deve ser a que gerará maior proveito econômico ao segurado, no cálculo da RMI, vez que não havia na redação original do artigo 32 esse esclarecimento.

CONSECTÁRIOS

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

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, *nego provimento à apelação*, observados os honorários advocatícios acima estabelecidos.

É o voto.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

AÇÃO RESCISÓRIA

5014105-08.2019.4.03.0000

Autora: BENEDITA CORREA SILVA

Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/07/2020

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE. IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA. ACOLHIMENTO. VALORAÇÃO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. ADOÇÃO DE FUNDAMENTO DIVERSO. INOCORRÊNCIA DE JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. DEVOLUÇÃO DE VALORES. BOA-FÉ. MATÉRIA AFETADA. QUESTÃO CONTROVERTIDA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 343 DO E. STF. VIOLAÇÃO À NORMA JURÍDICA NÃO CONFIGURADO. APRECIÇÃO DA TOTALIDADE DAS PROVAS. UTILIZAÇÃO DAS “MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA”. ERRO DE FATO NÃO CARACTERIZADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. JUSTIÇA GRATUITA.

I – O valor da causa nas ações rescisórias deve corresponder normalmente ao valor da causa originária, corrigido monetariamente, todavia é possível atribuição de valor distinto se houver comprovação de que o benefício econômico pretendido está em descompasso com o valor atribuído à causa (STJ; Pet n. 9892/SP - 2013/0116789-2, 2ª Seção; Rel. Ministro Luis Felipe Salomão; j. 11.02.2015; DJe 03.03.2015).

II - O valor atribuído à causa subjacente (R\$ 30.000,00 em 05/2011) não destoia da expressão econômica do bem da vida almejado, consistente na abstenção de cobrança de valores recebidos a título de auxílio-doença no período de 16.10.2008 a 30.09.2010 e pagamento de prestação de auxílio-doença desde 10.2010 até conversão em aposentadoria por invalidez.

III - Para se apurar o devido valor da presente causa, há que se proceder à atualização monetária do valor atribuído à causa originária no período correspondente entre a data de ajuizamento da ação subjacente (05/2011) e a data do ajuizamento da presente ação rescisória (06/2019), mediante a adoção do índice de 1,5748 constante da tabela de correção monetária do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, resultando no montante de R\$ 47.244,00 (quarenta e sete mil, duzentos e quarenta e quatro reais).

IV - A possibilidade de se eleger mais de uma interpretação à norma regente, em que uma das vias eleitas viabiliza o devido enquadramento dos fatos à hipótese legal descrita, desautoriza a propositura da ação rescisória, a teor da Súmula n. 343 do STF.

V - A r. decisão rescindenda, consubstanciada no acórdão prolatado pela 9ª Turma, que substituiu a decisão monocrática embasada no art. 557 do CPC-1973, sopesando as provas constantes dos autos, concluiu pelo não preenchimento dos requisitos legais necessários para a concessão do benefício por incapacidade, não só pelo não cumprimento da carência, bem como pela não autenticidade do vínculo empregatício anotado em CTPS e pela própria inoccorrência de acometimento de enfermidade incapacitante.

VI - Não se vislumbra qualquer desvio da causa de pedir, a ensejar a realização de julgamento *extra petita*, posto que a Turma Julgadora apreciou exatamente a questão levada pela parte autora para demonstrar o seu direito (cumprimento de carência, qualidade de segurado, existência de enfermidade incapacitante), apoiando-se nas provas que passaram pelo crivo do contraditório.

VII - No âmbito da matéria impugnada no recurso de agravo legal, que no caso versou sobre o preenchimento dos requisitos legais necessários para a concessão do benefício por incapacidade, o conhecimento da matéria pelo tribunal é pleno, tendo a possibilidade de adotar fundamento diverso àquele lançado pelas partes processuais, seja para acolher ou rejeitar a pretensão, sem que isto implique violação ao princípio da adstrição, a configurar julgamento *extra petita*. Precedente do e. STJ.

VIII - A r. decisão rescindenda abordou expressamente a questão concernente ao suposto enquadramento da doença constatada pelo perito oficial como “doença do trabalho”, que ensejaria a dispensa do período de carência, nos termos do art. 26, II, da Lei n. 8.213-91, tendo concluído pela não comprovação do nexo entre o trabalho desempenhado pela parte autora e a enfermidade que a acometeu.

IX - Constou no relatório da sentença o pleito para que o INSS se abstivesse de exigir a devolução dos valores que a parte autora recebeu no período em que usufruiu do benefício de auxílio-doença, de modo que a decretação da improcedência do pedido abarcou tal pretensão. Cabe lembrar também que em seu recurso de apelação, a parte autora delimitou sua pretensão ao recebimento de valores a partir de outubro de 2010, logo após a cessação do benefício de auxílio-doença ocorrido em 09-2010. De qualquer forma, importante consignar que a matéria em debate propicia a discussão de tema que se encontra afetado por recurso especial repetitivo, consistente na “devolução ou não de valores recebidos de boa-fé, a título de benefício previdenciário, por força de interpretação errônea, má aplicação da lei ou erro da Administração da Previdência Social” (ProAfR no REsp 1381734-RN; tema 979), evidenciando, pois, o caráter controverso da questão, a ensejar o óbice da Súmula n. 343 do e. STF.

X - Não se afigura a ocorrência violação à norma jurídica aventada pela parte autora, notadamente em relação à alegação de julgamento *extra petita*, inviabilizando, pois, a abertura da via rescisória com fundamento no art. 966, V, do CPC.

XI - Verifica-se que a r. decisão rescindenda valorou todas as provas acostadas aos autos subjacentes, utilizando-se das “máximas de experiência” autorizadas pelo art. 335 do CPC-1973, para firmar convicção acerca da ocorrência dos fatos e do modo como aconteceram, não se cogitando na admissão de fato inexistente ou a consideração por inexistente de fato efetivamente ocorrido, restando descaracterizado, portanto, o erro de fato previsto no art. 966, VIII, do CPC.

XII - Ante a sucumbência sofrida pela parte autora e em se tratando de beneficiária da Assistência Judiciária Gratuita, esta deve arcar com honorários advocatícios no importe de R\$ 1.000,00 (um mil reais), ficando sua exigibilidade suspensa, nos termos do art. 98, §§ 2º e 3º, do CPC.

XIII – Impugnação ao valor da causa acolhida. Ação rescisória cujo pedido se julga improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Seção, por unanimidade, decidiu acolher a impugnação ao valor atribuído à causa, para que seja fixado o montante de R\$ 47.244,00 (quarenta e sete mil e duzentos e quarenta e quatro reais), e julgar improcedente o pedido formulado na presente ação rescisória, nos termos do voto do Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator), no que foi acompanhado pelos Desembargadores Federais LUIZ STEFANINI, LUCIA URSIAIA, TORU YAMAMOTO, DAVID DANTAS, GILBERTO JORDAN, PAULO DOMINGUES, NELSON PORFIRIO e CARLOS DELGADO, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Sérgio Nascimento (Relator): Cuida-se de ação rescisória, sem pedido de concessão de tutela provisória de urgência, intentada com fulcro no art. 966, incisos V e VIII, do CPC, por BENEDITA CORREA SILVA em face do INSTITUTO NACIONAL DE SEGURO SOCIAL - INSS, visando desconstituir acórdão proferido pela 9ª Turma deste Tribunal, que negou provimento ao agravo legal interposto pela parte autora, mantendo decisão monocrática proferida com base no art. 557 do CPC-1973, que negou seguimento à apelação então interposta, com a preservação de sentença que julgou improcedente o pedido que objetivava o restabelecimento do benefício de auxílio-doença então concedido e posteriormente revogado ou sua conversão em aposentadoria por invalidez, com a consequente determinação no sentido de que a autarquia previdenciária se abstivesse de exigir a devolução dos valores pagos a título de auxílio-doença no período compreendido entre 16.10.2008 a 30.09.2010. A r. decisão rescindenda transitou em julgado em 09.04.2018 (id. 67688846 – pág. 18) e o presente feito foi distribuído em 04.06.2019.

Na petição inicial, alega a parte autora que havia ajuizado ação previdenciária em que buscava a concessão de aposentadoria por invalidez ou o restabelecimento do benefício de auxílio-doença desde a sua cessação na esfera administrativa, e para que o INSS se abstivesse de exigir a devolução dos valores percebidos entre 16.10.2008 e 30.09.2010, tendo o pedido sido julgado improcedente na Primeira Instância; que interposto recurso de apelação, este Tribunal negou-lhe seguimento; que a r. decisão rescindenda incorreu em julgamento *extra petita*, pois restou demonstrado que o recurso de apelação versava sobre os requisitos legais para a concessão do benefício por incapacidade e a decisão rescindenda não se restringiu a sua análise, e, ainda, extrapolou os limites da demanda, utilizando-se de ilações descontraídas; que a r. decisão rescindenda não apreciou as questões controvertidas, mas, em vez disso, aplicou o direito que julgou mais conveniente ao caso sob sua ótica pessoal para justificar a negativa de seguimento do recurso de apelação; que a r. decisão rescindenda não só extrapolou os limites da demanda, ignorando, inclusive, o resultado encontrado pela perícia oficial, mas principalmente a prova documental, que demonstra a qualidade de segurada da autora ante o que prevê a lei especial previdenciária; que a r. decisão rescindenda não se atentou para alegação da ocorrência de julgamento *infra petita*, na medida em que o juízo de primeira instância deixou de apreciar a questão fundamental da natureza acidentária constatada pelo I. Perito em relação à enfermidade acometida pela então apelante e, por corolário, da isenção legal do período de carência; que não se observou a regra contida no artigo 20 e 26 da Lei

n.8.213/91 relativa ao requisito da carência; que a prova relativa ao “*contrato de trabalho como gerente de operações*” considerado “suspeito” pela r. decisão rescindenda, bem como sua conclusão referente a “*dificuldade para que as pessoas consigam inserção no concorrido mercado de trabalho, mesmo possuindo qualificação e experiência, ao passo que Benedita, sem nenhuma atuação na área e pessoa com idade avançada, no ano 2007 curiosamente foi contratada para o cargo de gerência de operações numa empresa de transportes, cargo este que, para os olhos de qualquer leigo, mas que possua mínimo senso de razoabilidade, demanda conhecimento específico do setor*”, não se mostra presente nos autos, eis que inexistente impugnação específica a tal respeito apresentada pelo INSS; que quanto à prova do recolhimento das doze contribuições necessárias a concessão do benefício postulado na mencionada ação previdenciária, mesmo com a isenção decorrente da conclusão da perícia médica (doença do trabalho), o conjunto probatório produzido naquele processo revela em si a qualidade de segurada e o cumprimento do período de carência por parte da autora, conforme indicam os documentos então acostados, sendo certo ainda o fato de que ela teve concedido o benefício de auxílio-doença (NB 5327773589) com DID em 24/10/2008, fato que, por si só, demonstra o preenchimento do requisito legal para os fins de carência; que constitui erro de fato a inobservância do valor da prova produzida a respeito do pedido formulado na apelação, inclusive, por ocasião das razões do recurso, cujo conhecimento não pode ser inviabilizado se sobre a matéria inerente ao mérito esta não era manifestamente improcedente, ou havia confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, de Tribunal Superior ou do Supremo Tribunal Federal (art. 557, CPC/73); que pelo erro de fato, também há que ser reconhecida a procedência da presente ação. Requer, pois, seja desconstituído a r. decisão rescindenda nos autos do Agravo Legal em Apelação Cível n. 2015.03.99.002266-4 para que, em novo julgamento, seja julgado procedente o pedido formulado na ação subjacente, condenando o INSS a converter o benefício de auxílio-doença em aposentadoria por invalidez; e, não sendo esse o entendimento, subsidiariamente, determine seja restabelecido o benefício de auxílio-doença, em qualquer das hipóteses, empreste-se à decisão efeitos retroativos à data em que cessaram os pagamentos e, por corolário, seja determinado que o Instituto-réu se abstenha de exigir a devolução dos valores pagos à Autora sob a rubrica de auxílio-doença no período de 16.10.2008 a 30.09.2010. Protesta, outrossim, pela concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita.

Deferidos os benefícios da Justiça Gratuita (id. 75116786 – pág. 1).

Devidamente citado, ofertou o réu contestação, arguindo, preliminarmente, incorreção no valor atribuído à causa. No mérito, sustenta que não há que se falar em julgamento *extra e citra petita*, pois houve apreciação do conjunto fático-probatório acerca do cumprimento dos requisitos para obtenção do benefício, no caso, o cumprimento da carência de 12 (doze) contribuições para obtenção do benefício do auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez; que os dispositivos do CPC dão competência ao tribunal para apreciar e decidir a lide considerando todas as questões suscitadas no processo e todo o arcabouço probatório, lembrando-se que o Tribunal é soberano na análise das circunstâncias fáticas e probatórias da causa; que com a interposição do agravo legal, a parte autora teve a questão submetida à apreciação do colegiado da 9ª Turma, de modo que, também sob este ponto, não há que se falar em nulidade da decisão monocrática; que não foi formulado nenhum pedido de benefício acidentário, mesmo porque, faltaria competência ao Tribunal Federal para apreciar pedido de benefício previdenciário decorrente de acidente de trabalho, o que não é o caso, visto que os benefícios previdenciários pleiteados na inicial da ação subjacente foram: auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e auxílio suplementar de 25%; que a parte autora não faz jus ao benefício previdenciário inca-

pacitante, porque não foi cumprida a exigência de carência de 12 (doze) contribuições (art. 25, I, da Lei 8.212/91), mesmo com o resgate da competência de 02/2001 da filiação anterior, não preenchendo o período de carência de 12 contribuições, uma vez que a alegada incapacidade está firmada em março/2008. Requer, por fim, seja julgado improcedente o pedido deduzido na presente rescisória.

Réplica (id. 90486628 – pág. 1).

Pela decisão id. 92826632 – pág. 1, foi acolhida a impugnação ao valor da causa suscitada pela autarquia previdenciária, com a fixação do valor da causa em R\$ 47.244,00 (quarenta e sete mil, duzentos e quarenta e quatro reais).

Não houve produção de provas.

Razões finais da parte autora (id. 106465768 – pág. 11).

Razões finais da parte ré (id. 107727638 – pág. 1).

Manifestação do Ministério Público Federal, em que assinala que “..*não foram identificados vícios formais ou procedimentais que possam indicar preterição de direito fundamental na prestação jurisdicional.*”, deixando de ofertar parecer sobre o mérito da demanda.

É o relatório.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

VOTO

De início, repiso a decisão id. 92826632 que acolheu a impugnação ao valor atribuído à causa apresentada pela autarquia previdenciária, a saber:

“...Vistos.

O valor da causa nas ações rescisórias deve corresponder normalmente ao valor da causa originária, corrigido monetariamente, todavia é possível atribuição de valor distinto se houver comprovação de que o benefício econômico pretendido está em descompasso com o valor atribuído à causa (STJ; Pet n. 9892/SP - 2013/0116789-2, 2ª Seção; Rel. Ministro Luis Felipe Salomão; j. 11.02.2015; DJe 03.03.2015).

No caso em tela, penso que o valor atribuído à causa subjacente (R\$ 30.000,00 em 05/2011) não destoa da expressão econômica do bem da vida almejado, consistente na abstenção de cobrança de valores recebidos a título de auxílio-doença no período de 16.10.2008 a 30.09.2010 e pagamento de prestação de auxílio-doença desde 10.2010 até conversão em aposentadoria por invalidez.

Assim sendo, para se apurar o devido valor da presente causa, há que se proceder à atualização monetária do valor atribuído à causa originária no período correspondente entre a data de ajuizamento da ação subjacente (05/2011) e a data do ajuizamento da presente ação rescisória (06/2019), mediante a adoção do índice de 1,5748 constante da tabela de correção monetária do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, resultando no montante de R\$ 47.244,00 (quarenta e sete mil, duzentos e quarenta e quatro reais).

Diante do exposto, acolho a impugnação ao valor da causa suscitada pela autarquia previdenciária, fixando o valor da causa em R\$ 47.244,00 (quarenta e sete mil, duzentos e quarenta e quatro reais).

Por derradeiro, intimem-se as partes para que apresentem as provas que pretendem produzir, justificando-as...”

Não havendo dúvida quanto à tempestividade do ajuizamento da presente ação rescisória, passo ao juízo *rescindens*.

I - DO JUÍZO RESCINDENS.

Dispõe o art. 966, V, do CPC:

Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

(...)

V - violar manifestamente norma jurídica;

Verifica-se, pois, que para que ocorra a rescisão respaldada no inciso destacado deve ser demonstrada a violação à lei perpetrada pela r. decisão de mérito, consistente na inadequação dos fatos deduzidos na inicial à figura jurídica construída pela decisão rescindenda, decorrente de interpretação absolutamente errônea da norma regente.

De outra parte, a possibilidade de se eleger mais de uma interpretação à norma regente, em que uma das vias eleitas viabiliza o devido enquadramento dos fatos à hipótese legal descrita, desautoriza a propositura da ação rescisória. Tal situação se configura quando há interpretação controvertida nos tribunais acerca da norma tida como violada. Nesse diapasão, o E. STF editou a Súmula n. 343, *in verbis*:

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.

No caso vertente, a parte autora, na ação subjacente, alegou que preencheu os requisitos legais necessários para obtenção do benefício por incapacidade, pois fora acometida de mal incapacitante desde 03-2008, tendo cumprido igualmente a carência exigida, mediante contribuição ao RGPS, na condição de empregada, desde 09-2007 até 10-2008.

Por sua vez, a sentença proferida nos autos subjacente julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que “...o mal incapacitante, conforme relato da própria autora, teve início em abril de 2008, sendo que a autora iniciou o recolhimento ao RGPS em novembro de 2007..”.

Interposta apelação pela ora autora, foi proferida decisão monocrática na forma prevista no art. 557 do CPC-1973, com a negativa de seguimento ao aludido recurso, ao argumento de que é “..de rigor a manutenção da r. sentença, seja em função do não preenchimento da carência, seja porque da fragilidade extrema o vínculo em CTPS, instaurado em 2007, quando a própria demandante afirmou perante o Cartório que sua profissão era de corretora de imóveis, igualmente duvidosa a existência da moléstia diante do apurado..”.

Na sequência, manejado o agravo regimental, a 9ª Turma Julgadora negou-lhe provimento, repisando os fundamentos explicitados na r. decisão monocrática.

A r. decisão rescindenda, consubstanciada no acórdão prolatado pela 9ª Turma, que substituiu a decisão monocrática embasada no art. 557 do CPC-1973, sopesando as provas constantes dos autos, concluiu pelo não preenchimento dos requisitos legais necessários para a concessão do benefício por incapacidade, não só pelo não cumprimento da carência, bem como pela não autenticidade do vínculo empregatício anotado em CTPS e pela própria inoccorrência de acometimento de enfermidade incapacitante.

A rigor, não se vislumbra qualquer desvio da causa de pedir, a ensejar a realização de julgamento *extra petita*, posto que a Turma Julgadora apreciou exatamente a questão levada

pela parte autora para demonstrar o seu direito (cumprimento de carência, qualidade de segurado, existência de enfermidade incapacitante), apoiando-se nas provas que passaram pelo crivo do contraditório.

Cabe destacar que no âmbito da matéria impugnada no recurso de agravo legal, que no caso versou sobre o preenchimento dos requisitos legais necessários para a concessão do benefício por incapacidade, o conhecimento da matéria pelo tribunal é pleno, tendo a possibilidade de adotar fundamento diverso àquele lançado pelas partes processuais, seja para acolher ou rejeitar a pretensão, sem que isto implique violação ao princípio da adstrição, a configurar julgamento *extra petita*.

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TOMBAMENTO. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO E IMPEDIMENTO. ALEGAÇÃO GENÉRICA DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284 DO STF. UTILIZAÇÃO DE FUNDAMENTO JURÍDICO DIVERSO DO APONTADO PELAS PARTES. JULGAMENTO *EXTRA-PETITA* E *REFORMATIO IN PEJUS*. INOCORRÊNCIA. NO MÉRITO DA EXCEÇÃO, IMPOSSIBILIDADE DE ANALISAR A LEGISLAÇÃO MUNICIPAL OU ESTADUAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA 280 DO STF. NÃO CABIMENTO DA EXCEÇÃO CONTRA QUEM É PARTE NO PROCESSO, E NÃO AUXILIAR DO JUÍZO. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA INTEMPESTIVIDADE. INVIABILIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. INEXISTÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL, ANTE O JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO, JÁ TRANSITADO EM JULGADO NESTE PONTO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. AGRAVO INTERNO DOS PARTICULARES A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Nos termos do que decidido pelo Plenário do STJ, aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Enunciado Administrativo

2. As partes agravantes não demonstraram especificamente, em seu Recurso Especial, em que consiste violação do art. 535 do CPC/1973, pois se limitaram a alegar de forma genérica a existência de supostas omissões no aresto recorrido, sem a indicação específica dos pontos sobre os quais o julgador deveria ter se manifestado, o que inviabiliza a compreensão da controvérsia. Incide, portanto, a aplicação do óbice previsto na Súmula 284/STF.

3. É firme o entendimento desta Corte Superior no sentido de que a utilização de fundamento diverso do invocado pelas partes não viola o princípio da adstrição. Julgados: AgInt no AREsp. 1.188.873/MS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 14.8.2018; AgRg no AREsp. 304.889/SP, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 7.5.2014.

(...)

(STJ; AIEDARESP 714153; 1ª Turma; Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho; j. 11.06.2019; DJE 17.06.2019)

Insta ressaltar que a r. decisão rescindenda abordou expressamente a questão concernente ao suposto enquadramento da doença constatada pelo perito oficial como “doença do trabalho”, que ensejaria a dispensa do período de carência, nos termos do art. 26, II, da Lei n. 8.213-91, tendo concluído pela não comprovação do nexo entre o trabalho desempenhado pela parte autora e a enfermidade que a acometeu, como se pode ver do seguinte trecho que abaixo reproduzo:

“... O expert não cravou que a doença foi causada em razão do trabalho, mas assentou que a patologia *pode* ter como causa a labuta, fls. 139, inexistindo qualificação da apelante como alienada mental, nenhum episódio do gênero tendo sido relatado-aos autos, o que se põe ratificado pelo casamento em maio de 2009, evidenciando total capacidade civil..”.

Cumpra ainda salientar que constou no relatório da sentença o pleito para que o INSS se abstivesse de exigir a devolução dos valores que a parte autora recebeu no período em que usufruiu do benefício de auxílio-doença, de modo que a decretação da improcedência do pedido abarcou tal pretensão. Cabe lembrar também que em seu recurso de apelação, a parte autora delimitou sua pretensão ao recebimento de valores a partir de outubro de 2010, logo após a cessação do benefício de auxílio-doença ocorrido em 09-2010.

De qualquer forma, importante consignar que a matéria em debate propicia a discussão de tema que se encontra afetado por recurso especial repetitivo, consistente na “*devolução ou não de valores recebidos de boa-fé, a título de benefício previdenciário, por força de interpretação errônea, má aplicação da lei ou erro da Administração da Previdência Social*” (ProAfR no REsp 1381734-RN; tema 979), evidenciando, pois, o caráter controverso da questão, a ensejar o óbice da Súmula n. 343 do e. STF.

Em síntese, não se afigura a ocorrência violação à norma jurídica aventada pela parte autora, notadamente em relação à alegação de julgamento extra petita, inviabilizando, pois, a abertura da via rescisória com fundamento no art. 966, V, do CPC.

De outra parte, verifica-se que a r. decisão rescindenda valorou todas as provas acostadas aos autos subjacentes, utilizando-se das “máximas de experiência” autorizadas pelo art. 335 do CPC-1973, para firmar convicção acerca da ocorrência dos fatos e do modo como aconteceram, não se cogitando na admissão de fato inexistente ou a consideração por inexistente de fato efetivamente ocorrido, restando descaracterizado, portanto, o erro de fato previsto no art. 966, VIII, do CPC.

II - DO DISPOSITIVO DA RESCISÓRIA.

Diante do exposto, *acolho a impugnação ao valor atribuído à causa, para que seja fixado o montante de R\$ 47.244,00 (quarenta e sete mil e duzentos e quarenta e quatro reais), e julgo improcedente o pedido formulado na presente ação rescisória.* Ante a sucumbência sofrida pela parte autora e em se tratando de beneficiária da Assistência Judiciária Gratuita, esta deve arcar com honorários advocatícios no importe de R\$ 1.000,00 (um mil reais), ficando sua exigibilidade suspensa, nos termos do art. 98, §§ 2º e 3º, do CPC.

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

6233410-50.2019.4.03.9999

Apelante: VERA LUCIA GALDINO
 Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/07/2020

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. RENDA SUPERIOR AO LIMITE LEGAL. BENEFÍCIO NÃO CONCEDIDO.

1. Pedido de auxílio-reclusão, formulado pela parte autora, que dependia economicamente do recluso.
2. O recluso possuía a qualidade de segurado por ocasião da prisão, vez que ostentava vínculo empregatício contemporâneo ao encarceramento.
3. Em relação ao limite dos rendimentos, o montante estabelecido pela EC n.º 20/98 e pelo artigo 116 do Decreto nº 3.048/99 (R\$ 360,00) vem sendo atualizado por meio de Portaria do Ministério da Previdência Social; alinhamento à orientação assente no E. Supremo Tribunal Federal, que decidiu, no julgamento dos Recursos Extraordinários 587365 e 486413, reconhecendo a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada que, para a concessão do auxílio-reclusão, deve ser considerada a renda do segurado recluso. Esse entendimento foi firmado em detrimento das decisões que consideravam a renda dos dependentes como base para a concessão do benefício.
4. O art. 116, *caput*, do Decreto nº 3.048/99 prevê como parâmetro de renda o “último salário-de-contribuição”, o que afasta a adoção de qualquer outro valor.
5. Não comprovado o preenchimento dos requisitos legais para concessão do auxílio-reclusão, o direito que persegue a autora não merece ser reconhecido.
6. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação da autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Trata-se de ação previdenciária ajuizada em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando a concessão do benefício de auxílio reclusão, previsto no artigo 80 da Lei nº 8.213/91.

A sentença julgou improcedente o pedido, condenando a parte autora ao pagamento das custas, despesas processuais e aos honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, ressaltando-se, contudo a concessão da justiça gratuita.

Inconformada parte autora interpôs apelação, sustentando, que preenche os requisitos necessários para a concessão do benefício.

Sem a apresentação de contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.

É o relatório.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Verifico, em juízo de admissibilidade, que o recurso ora analisado mostra-se formalmente regular, motivado (artigo 1.010 CPC) e com partes legítimas, preenchendo os requisitos de adequação (art. 1009 CPC) e tempestividade (art. 1.003 CPC). Assim, presente o interesse recursal e inexistindo fato impeditivo ou extintivo, recebo-o e passo a apreciá-lo nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

O benefício de auxílio-reclusão encontra-se disciplinado pelo art. 201, inciso IV, da Constituição Federal, com as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 20/98, art. 80 da Lei nº 8.213/91 e arts. 116 a 119 do Decreto nº 3.048/99.

O art. 201, inciso IV, da CF, prescreve: “A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (...) IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda”.

Por sua vez, dispõe o artigo 80, da Lei nº 8.213/91 que: “O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço”.

Acrescenta o seu parágrafo único: “O requerimento do auxílio-reclusão deverá ser instruído com certidão do efetivo recolhimento à prisão, sendo obrigatória, para a manutenção do benefício, a apresentação de declaração de permanência na condição de presidiário”.

A Emenda Constitucional nº 20/98, disciplinou, em seu artigo 13: “até que a lei discipline o acesso ao salário-família e auxílio-reclusão para os servidores, segurados e seus dependentes, esses benefícios serão concedidos apenas àqueles que tenham renda bruta mensal igual ou inferior a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais), que, até a publicação da lei, serão corrigidos pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social”.

Os dispositivos mencionados foram regulamentados pelo Decreto nº 3.048/99, nos artigos 116 a 119. Frisa a necessidade de manutenção da qualidade de segurado e a presença da dependência econômica (§ 1º do art. 116). Estabelece que “serão aplicados ao auxílio-reclusão as normas referentes à pensão por morte, sendo necessária, no caso de qualificação de dependentes após a reclusão ou detenção do segurado, a preexistência da dependência econômica” (§ 3º do art. 116) e que “a data de início do benefício será fixada na data do efetivo recolhimento do segurado à prisão, se requerido até trinta dias depois desta, ou na data do requerimento, se posterior” (§ 4º do art. 116).

É hoje prestação que independe de carência - de um número mínimo de contribuições por parte do segurado -, segundo o disposto no art. 26 da Lei nº 8.213/91.

Destaque-se, por oportuno, que é vedada a concessão do auxílio-reclusão aos dependentes do segurado que perder essa qualidade, nos termos do art. 15 da Lei nº 8.213/91.

Para comprovar o alegado, foram acostados aos autos certidão de nascimento do recluso com registro em 30/04/1991, comprovando que a autora é sua genitora, certidão de recolhimento prisional em nome do filho da autora, indicando início da última prisão em 07/12/2017, permanecendo recluso por ocasião da emissão do documento (21/12/2017) e requerimento administrativo protocolado em 16/02/2018.

Em relação à qualidade de segurado a autora acostou aos autos cópia da CTPS com ultimo registro com admissão 18/09/2017, corroborado pelo extrato do sistema CNIS/DATAPREV, com remuneração em 12/2017 de R\$ 183,32, valor referente a 06 (seis) dias de trabalho, consta salário em 11/2017 no valor de R\$ 1.542,83.

Assim, o recluso possuía a qualidade de segurado por ocasião da prisão (07/12/2017).

Em relação ao limite dos rendimentos, o montante estabelecido pela EC nº 20/98 e pelo artigo 116 do Decreto nº 3.048/99 (R\$ 360,00) vem sendo atualizado por meio de Portaria do Ministério da Previdência Social.

Nesse ponto, alinho-me à orientação assente no E. Supremo Tribunal Federal, que decidiu, no julgamento dos Recursos Extraordinários 587365 e 486413, reconhecendo a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada que, para a concessão do auxílio-reclusão, deve ser considerada a renda do segurado recluso.

Nesse sentido, confira-se:

PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. ART. 201, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. LIMITAÇÃO DO UNIVERSO DOS CONTEMPLADOS PELO AUXÍLIO-RECLUSÃO. BENEFÍCIO RESTRITO AOS SEGURADOS PRESOS DE BAIXA RENDA. RESTRIÇÃO INTRODUZIDA PELA EC 20/1998. SELETIVIDADE FUNDADA NA RENDA DO SEGURADO PRESO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. I - Segundo decorre do art. 201, IV, da Constituição, a renda do segurado preso é que a deve ser utilizada como parâmetro para a concessão do benefício e não a de seus dependentes. II - Tal compreensão se extrai da redação dada ao referido dispositivo pela EC 20/1998, que restringiu o universo daqueles alcançados pelo auxílio-reclusão, a qual adotou o critério da seletividade para apurar a efetiva necessidade dos beneficiários. III - Diante disso, o art. 116 do Decreto 3.048/1999 não padece do vício da inconstitucionalidade. IV - Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF - RE 587365 RG/SC - Santa Catarina - data de publicação DJE 08/05/2009 - ATA Nº 13/2009. DJE nº 84, divulgado em 07/05/2009 Rel min. Ricardo Lewandowski)

CONSTITUCIONAL. AUXÍLIO-RECLUSÃO. ART. 201, IV E ART. 13 DA EC 20/98. SABER SE A RENDA A SER CONSIDERADA PARA EFEITOS DE CONCESSÃO DO AUXÍLIO-RECLUSÃO DEVE SER A DO SEGURADO RECLUSO OU A DE SEUS DEPENDENTES INTERPRETAÇÃO DOS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencidos os Ministros Celso de Mello, Cármen Lúcia, Eros Grau, Joaquim Barbosa e Menezes Direito. Não se manifestaram os Ministros Cezar Peluso e Gilmar Mendes. (STF RE 587365 RG/SC - Santa Catarina - Repercussão Geral no Recurso DJE 117 - Julgamento: 12/06/2008 pulic 24/06/2008 Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski)

PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. ART. 201, IV, DA CF. DESTINATÁRIO. DEPENDENTE DO SEGURADO. ART. 13 DA EC 20/98. LIMITAÇÃO DE ACESSO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO IMPROVIDO.

I - Nos termos do art. 201, IV, da CF, o destinatário do auxílio-reclusão é o dependente do segurado recluso.

II - Dessa forma, até que sobrevenha lei, somente será concedido o benefício ao dependente que possua renda bruta mensal inferior ao estipulado pelo Constituinte Derivado, nos termos do art. 13 da EC 20/98.

III - Recurso extraordinário conhecido e provido.

(STF - RE 486413 / SP - SÃO PAULO Julgamento: 25/03/2009 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno DJE 07/05/2008 public 08/05/2009 Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski)

Esse entendimento foi firmado em detrimento das decisões que consideravam a renda dos dependentes como base para a concessão do benefício.

No caso dos autos, ao tempo do recolhimento à prisão, a renda mensal do segurado consistia em R\$ 1.542,83, superior, portanto ao teto fixado, que na época correspondia a R\$ 1.292,43, conforme Portaria nº 8, de 13/01/2017.

Esclareça-se que o art. 116, *caput*, do Decreto nº 3.048/99 prevê como parâmetro de renda o “último salário-de-contribuição”, o que afasta a adoção de qualquer outro valor.

Em suma, não comprovado o preenchimento dos requisitos legais para concessão do auxílio-reclusão, o direito que persegue a autora não merece ser reconhecido.

Impõe-se, por isso, a improcedência da pretensão.

Condeno a parte autora ao pagamento de honorários fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais), cuja exigibilidade observará o disposto no artigo 12 da Lei nº 1.060/1950 (artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil/2015), por ser beneficiária da justiça gratuita.

Ante o exposto, *nego provimento à apelação da autora*, mantendo a r. sentença proferida.

É o voto.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA**5003748-08.2020.4.03.9999**

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelada: NEIDI ALMEIDA

Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA VANESSA MELLO

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/07/2020

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO NÃO CONHECIDO. SALÁRIO-MATERNIDADE. TRABALHADORA RURAL. INDÍGENA. CERTIDÃO. FUNAL. PROVA TESTEMUNHAL. ATIVIDADE RURAL NÃO COMPROVADA PELO PERÍODO EXIGIDO EM LEI. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- Remessa oficial não conhecida, por ter sido proferida a sentença na vigência do atual CPC, cujo artigo 496, § 3º, I, afasta a exigência do duplo grau de jurisdição quando a condenação ou o proveito econômico for inferior a 1.000 (mil) salários mínimos. No caso, a toda evidência não se excede esse montante.

- Em relação à segurada especial, definida no artigo 11, inciso VII, da Lei n. 8.213/1991, esta faz jus ao benefício de salário-maternidade, desde que comprove o exercício de atividade rural nos últimos dez meses imediatamente anteriores ao parto.

- A questão relativa à comprovação de atividade rural se encontra pacificada no Superior Tribunal de Justiça, que exige início de prova material e afasta por completo a prova exclusivamente testemunhal (Súmula n. 149 do STJ).

- Admite-se, contudo, a extensão da qualificação de lavrador de um cônjuge ao outro e, ainda, que os documentos não se refiram precisamente ao período a ser comprovado. Nesse sentido, o REsp n. 501.281, 5ª Turma, j. em 28/10/2003, v.u., DJ de 24/11/2003, p. 354, Rel. Ministra Laurita Vaz.

- Conjunto probatório insuficiente à comprovação do período de atividade rural debatido, sendo indevida a concessão do benefício de salário-maternidade.

- Invertida a sucumbência. Condenação da parte autora ao pagamento de 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, 2º, 3º, I, e 4º, III, do CPC, suspensa, porém, sua exigibilidade, na forma do artigo 98, § 3º, do referido código, por ser beneficiária da justiça gratuita.

- Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu não conhecer do reexame necessário e dar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Juíza Federal Convocada VANESSA MELLO - Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta em face de sentença, submetida ao reexame necessário, que julgou procedente pedido de salário-maternidade.

Irresignado, o réu sustenta a ausência dos requisitos necessários para a concessão do benefício de salário-maternidade. Ao final, prequestiona a matéria.

Com contrarrazões, os autos subiram a esta Corte.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada VANESSA MELLO - Relatora

VOTO

Inicialmente, não conheço da remessa oficial, por ter sido proferida a sentença na vigência do Novo CPC, cujo artigo 496, § 3º, I, afasta a exigência do duplo grau de jurisdição quando a condenação ou o proveito econômico for inferior a 1.000 (mil) salários-mínimos.

No presente caso, considerando a duração do benefício (120 dias), nos termos do art. 71 da Lei de Benefícios da Previdência Social, e seu respectivo valor, a toda evidência não se excede esse montante.

Inadmissível, assim, o reexame necessário.

No mais, o recurso atende aos pressupostos de admissibilidade e merecer ser conhecido.

Discute-se o preenchimento dos requisitos necessários à concessão de salário-maternidade ao rurícola.

O salário-maternidade é direito fundamental garantido pela Constituição Federal, que, em seu artigo 7º, XVIII, dispõe:

“São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XVIII- licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias.”

Por sua vez, a Lei n. 8.213/1991, ao regulamentar a matéria, assim estabelece, no artigo 71, *caput*:

“Art. 71. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade.”

Em relação à segurada especial, tratada no artigo 11, VII, da Lei n. 8.213/1991, esta faz jus ao benefício de salário-maternidade, desde que atendidas as condições fixadas no artigo 25, III, c/c o artigo 39, parágrafo único, do mesmo diploma legal.

Quanto ao tempo de exercício de atividade rural antes do início do benefício, o § 2º do artigo 93 do Decreto n. 3.048/1999, com a redação dada pelo Decreto n. 5.545/2005, fixou o prazo de 10 (dez) meses:

“§ 2º Será devido o salário-maternidade à segurada especial, desde que comprove o exercício de atividade rural nos últimos dez meses imediatamente anteriores à data do parto ou do requerimento do benefício, quando requerido antes do parto, mesmo que de forma descontínua, aplicando-se, quando for o caso, o disposto no parágrafo único do art. 29.”

Assim, conforme a redação do artigo supracitado, a agricultora, ao requerer o salário-maternidade, deverá comprovar o exercício da atividade rural nos últimos dez meses imediatamente anteriores à data do parto ou do requerimento administrativo.

Nesse sentido, registra-se o seguinte precedente:

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO. ART. 255 DO RISTJ. TRABALHADORA RURAL. SALÁRIO-MATERNIDADE. REQUISITOS. ART. 93, § 2º, DO DECRETO Nº 3.048/99. INÍCIO DE PROVA MATERIAL.

I - Em casos nos quais só a comparação das situações fáticas evidencia o dissídio pretoriano, indispensável que se faça o cotejo analítico entre a decisão recorrida e os paradigmas invocados. A simples transcrição de trechos de julgado, sem que se evidencie a similitude das situações, não se presta como demonstração da divergência jurisprudencial.

II - Nos termos do Decreto nº 3.048/99, art. 93, § 2º, o salário-maternidade será devido à segurada especial desde que comprovado o exercício da atividade rural nos últimos dez meses imediatamente anteriores à data do parto ou do requerimento do benefício, quando requerido antes do parto, mesmo que de forma descontínua.

III - *In casu*, a segurada demonstrou início de prova material apta à comprovação de sua condição de rurícola para efeitos previdenciários. Recurso Especial provido.”

(REsp 884.568/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/03/2007, DJ 02/04/2007, p. 305)

Segundo o entendimento desta Corte, a trabalhadora rural é considerada segurada, na condição de empregada, nos termos do inciso I do artigo 11 da Lei n. 8.213/1991, qualquer que seja a denominação da atividade exercida - “volante”, “boia-fria” ou outra -, independentemente do cumprimento de carência, a teor do disposto no artigo 26, VI, da Lei n. 8.213/1991 (TRF - 3ª Região, AC n. 862.013, 8ª Turma, j. em 14/8/2006, v. u., DJ de 13/9/2006, p. 253, Rel. Des. Fed. THEREZINHA CAZERTA; AC 1.178.440, 7ª Turma, j. em 25/6/2007, v. u., DJ de 12/7/2007, p. 417, Rel. Des. Fed. WALTER DO AMARAL; AC n. 1.176.033, 10ª Turma, j. em 19/6/2007, v.u., DJ de 4/7/2007, p. 340, Rel. Des. Fed. SERGIO NASCIMENTO).

Ressalta-se não ser o empregado o responsável pelo recolhimento de contribuições previdenciárias - dever do empregador -, cabendo ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) a fiscalização do cumprimento dessa obrigação.

Assim, a autora, em tese, teria direito ao salário-maternidade.

Cumprido, porém, analisar o alegado exercício de atividade rural.

A questão relativa à comprovação de atividade rural encontra-se pacificada no Superior Tribunal de Justiça, que exige início de prova material e afasta por completo a prova exclusivamente testemunhal (Súmula n. 149 do STJ).

Admite-se, ainda, a extensão da qualificação de lavrador de um cônjuge ao outro.

Além disso, segundo a Súmula n. 73 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região: “Admite-se como início de prova material do efetivo exercício de trabalho rural, em regime de economia familiar, documentos de terceiros, membros do grupo parental”.

No caso em discussão, o parto ocorreu em 30/10/2017.

A autora da etnia Caiuá alega que desde tenra idade trabalha como lavradora e, para tanto, junta aos autos apenas cópia certidão de exercício de atividade rural da autora, expedida pela Fundação Nacional do Índio, em 24/10/2018, no sentido de que ela exerceu atividades rurais, na Aldeia Limão Verde, entre 23/9/2017 e 29/10/2017.

Contudo, esta certidão atesta que o labor rural da requerente teve início em 23/9/2017, enquanto que o nascimento de sua filha se deu em 30/10/2017, pouco mais de um mês após a autora ter iniciado seu labor rural em regime de economia familiar.

É digno de nota que a certidão de exercício de atividade rural não foi homologada pelo INSS, bem como foi emitida quase um ano após o parto e após a entrada do requerimento administrativo, apresentado em 13/8/2018.

Não obstante a prova testemunhal tenha sido no sentido de que desde criança a autora tenha trabalhado nas lides rurais junto da tia, é impossível ignorar que a autora, em seu depoimento pessoal, afirmou que não trabalhou quando estava grávida.

Ou seja, não restou comprovado o preenchimento do período de carência de dez meses antes do parto, conforme previsto pela legislação.

Em decorrência, concluo pelo não preenchimento dos requisitos exigidos à concessão do salário maternidade pleiteado, já que a prova testemunhal não foi capaz de ampliar a eficácia probatória dos documentos apresentados.

Invertida a sucumbência, condeno a 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, 2º, 3º, I, e 4º, III, do CPC, suspensão, porém, sua exigibilidade, na forma do artigo 98, § 3º, do referido código, por ser beneficiária da justiça gratuita.

Diante do exposto, *não conheço* do reexame necessário e *dou provimento* à apelação, para julgar improcedente o pedido.

É o voto.

Juíza Federal Convocada VANESSA MELLO - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL

5158097-66.2020.4.03.9999

Apelante: SILVIO MATEUS DE OLIVEIRA SAVAZI
 Apelada: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/07/2020

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE ATÉ CONCLUSÃO DE CURSO UNIVERSITÁRIO. FILHO MAIOR. IMPOSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DO BENEFÍCIO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NÃO CARACTERIZADA. REVOGAÇÃO DA CONDENAÇÃO EM MULTA IMPOSTA À PARTE AUTORA.

- Os filhos menores de 21 anos ou a eles equiparados, não emancipados, de qualquer condição, fazem jus, pois, à pensão por morte; todavia, cessa-lhes o direito ao completarem a idade limite, salvo casos de invalidez ou deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave.
- Impossibilidade de conceder o benefício para filho maior de 21 anos até a conclusão de ensino superior.
- O dolo não se presume, pelo contrário, deve ser comprovado de maneira substancial, bem como deve ser demonstrado o efetivo prejuízo causado à parte contrária, em decorrência do ato doloso.
- À vista da ausência de prova satisfatória da existência do dano à parte contrária e da configuração de conduta dolosa, não restou caracterizada a litigância de má-fé.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de demanda proposta objetivando o restabelecimento do benefício de pensão por morte de seu genitor, cessada por ter completado 21 anos, para cursar a universidade.

O juízo *a quo* indeferiu a petição inicial e extinguiu o feito, sem exame do mérito, nos termos do art. 485, I e VI do CPC, diante da inexistência de previsão legal de continuidade do benefício enquanto cursar a faculdade. Condenou o autor ao pagamento da multa por litigância de má-fé no valor correspondente a 9% sobre o valor atribuído à causa (CPC, art. 81).

Deferida a justiça gratuita ao autor.

A parte autora apela, pleiteando a anulação da sentença, bem como a exclusão da con-

denação em litigância de má-fé, sustentando a comprovação da dependência econômica em relação ao *de cujus*. Prequestiona a matéria.

Regularmente citado, o INSS deixou de se manifestar, juntando petição posterior (Id 123909684 – do processo originário).

Subiram os autos.

É o relatório.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

VOTO

Tempestivo o recurso e presentes os demais requisitos de admissibilidade, passa-se ao exame da insurgência propriamente dita, considerando-se a matéria objeto de devolução.

A pensão por morte, conforme o disposto no *caput* do art. 74 da Lei n.º 8.213/91, “*será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não*”.

Para fazer jus à concessão do referido benefício é necessário ostentar a condição de dependente econômico do falecido, cujo rol encontra-se discriminado no art. 16 da Lei n.º 8.213/91:

“Art.16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave;

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave;

(...)

§ 2º .O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento”.

Outrossim, o art. 77, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.213/91, preceitua que:

“Art. 77 - A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em parte iguais.

(...)

§ 2º O direito à percepção da cota individual cessará:

(...)

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”; (grifos nossos)

Pela análise do acima exposto, verifica-se que os filhos menores de 21 anos ou a eles equiparados, não emancipados, de qualquer condição, fazem jus, pois, à pensão por morte; todavia, cessa-lhes o direito ao completarem a referida idade limite, como ocorre no feito em julgamento, salvo casos de invalidez ou deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave.

O rol de dependentes no âmbito previdenciário é taxativo, exaurindo-se no texto legal, não se confundindo os critérios de dependência para fins de previdência social com aqueles

traçados pela legislação tributária, em que se pode enquadrar como dependente o filho ou equiparado, quando maior, até 24 anos de idade, se ainda estiver cursando escola superior ou técnica de 2.º grau (art. 35, incisos III e V, e § 1.º, da Lei n.º 9.250/95), nem sequer com o entendimento jurisprudencial de que os alimentos (Código Civil, arts. 1.694 e seguintes) são devidos aos filhos até a conclusão do ensino universitário ou técnico-profissionalizante.

O E. Superior Tribunal de Justiça sempre decidiu nesse sentido, consoante os julgados abaixo transcritos:

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. LEI Nº 8.213/91. IDADE LIMITE. 21 ANOS. ESTUDANTE. CURSO UNIVERSITÁRIO.

A pensão pela morte do pai será devida até o limite de vinte e um anos de idade, salvo se inválido, não se podendo estender até os 24 anos para os estudantes universitários, pois não há amparo legal para tanto.

Recurso provido.

(REsp 639.487/RS, 5.ª Turma, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, julgado em 11.10.2005, DJ 01.02.2006, p. 591)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. DEPENDENTE. FILHO. ESTUDANTE DE CURSO UNIVERSITÁRIO. PRORROGAÇÃO DO BENEFÍCIO ATÉ OS 24 ANOS DE IDADE. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE.

I - O pagamento de pensão por morte a filho de segurado deve restringir-se até os 21 (vinte e um) anos de idade, salvo se inválido, nos termos dos arts. 16, I, e 77, § 2º, II, ambos da Lei nº 8.213/91.

II - Não há amparo legal para se prorrogar a manutenção do benefício a filho estudante de curso universitário até os 24 (vinte e quatro) anos de idade. Precedente.

Recurso provido.

(REsp 638.589/SC, 5.ª Turma, Rel. Ministro Felix Fischer, julgado em 03.11.2005, DJ 12.12.2005, p. 412)

O entendimento em questão restou assentado por ocasião do julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.369.832 - SP, verbis:

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.

(REsp 1.369.832/SP, 1.^a Seção, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em 12.06.2013)

Logo, inexistente previsão legal para se prorrogar a manutenção da pensão por morte até o término de curso universitário, não havendo que se falar em nulidade da sentença, mas sim em improcedência do pedido inicial.

Considerando-se, entretanto, a vedação à *reformatio in pejus* e a circunstância de que a extinção sem resolução de mérito é mais benéfica ao autor do que a improcedência, é o caso de se manter o entendimento do juízo *a quo* a respeito.

De outro lado, a respeito da litigância de má-fé, dispõe o art. 80 do Código de Processo Civil:

Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidente manifestamente infundado;

VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

Para caracterizar a ocorrência de litigância de má-fé, necessário o preenchimento de dois requisitos: que a conduta do agente esteja prevista em uma das hipóteses elencadas no dispositivo acima transcrito, as quais configuram condutas dolosas em todas as suas formas, assim como resulte em prejuízo à parte adversa.

Por oportuno, cabe transcrever a posição, uma vez mais, da Colenda Corte Superior, *in verbis*:

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LOCAÇÃO. IMPUGNAÇÃO QUE NÃO ATACA, FUNDAMENTADAMENTE E ESPECIFICAMENTE, OS ARGUMENTOS UTILIZADOS PELA CORTE ESTADUAL. NÃO CONHECIMENTO.

(*omissis*)

3. ‘O artigo 17, do Código de Processo Civil, ao definir os contornos da litigância de má-fé que justificam a aplicação da multa, pressupõe a comprovação do dolo da parte no entravamento do trâmite processual, manifestado por conduta intencionalmente maliciosa e temerária, sendo insuficientes meras presunções quanto à inobservância do dever de proceder com lealdade.’ (RMS 10.090/MG, Relator Ministro Vicente Leal, in DJ 20/11/2000).

4. Recurso não conhecido.”

(ROMS nº 8459/RJ; Rel. Min. Hamilton Carvalhido; 6^a Turma; DJ 04.02.2002, p. 0540).

“PROCESSUAL CIVIL. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. RECONHECIMENTO. PRESSUPOSTOS.

I – Entende o Superior Tribunal de Justiça que o artigo 17 do Código de Processo Civil, ao definir os contornos dos atos que justificam a aplicação de pena pecuniária por litigância de má-fé, pressupõe o dolo da parte no entravamento do trâmite processual, manifestado por conduta intencionalmente maliciosa e temerária, inobservado o dever de proceder com lealdade.

II – Na interposição de recurso previsto em lei não se presume a má-fé, para cujo reconhecimento seria necessária a comprovação da intenção do recorrente em obstar o trâmite do processo, bem como do prejuízo da parte contrária, em decorrência do ato doloso. Recurso especial provido.”

(RESP nº 334259; Rel. Min. Castro Filho; 3ª Turma; DJ 10.03.2003, p. 0185).

Isso tudo considerado, resta configurada a ausência, aqui, de quaisquer dos requisitos mencionados, eis que o dolo não se presume – pelo contrário, deve ser comprovado de maneira substancial; bem como deve ser demonstrado o efetivo prejuízo causado à parte contrária, em decorrência do ato doloso.

A esse respeito, a anotação de Theotônio Negrão, no anterior Código de Processo Civil (in Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 39ª edição. São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 143-144):

Art. 17: 23. “Sem a prova inconcussa e irrefragável do dolo, não há como impor-se ao litigante a condenação de que trata o disposto nos arts. 1531 e 1532 do CC, quando promove lide dita temerária.” (RSTJ 17/363). Os arts. 1.531 e 1.532 do CC rev. correspondem ao CC 940 e 941.

Art. 18:5. “A conduta temerária em incidente ou ato processual, a par do elemento subjetivo, verificado no dolo e na culpa grave, pressupõe elemento objetivo, consubstanciado no prejuízo causado à parte adversa” (STJ 1ª Turma, Resp 21.549-7 – SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 6.10.93, deram provimento parcial, v.u., DJU 8.11.93, p. 23.520).

Assim, à vista da ausência de prova satisfatória da existência do dano à parte contrária e da configuração de conduta dolosa, não restou caracterizada a litigância de má-fé.

Por fim, quanto ao prequestionamento suscitado, saliente-se inexistir contrariedade alguma a legislação federal ou a dispositivos constitucionais.

Posto isso, dou parcial provimento à apelação, apenas para revogar a condenação, imposta à parte autora, em multa por litigância de má-fé.

É o voto.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

Direito Processual Civil



AGRAVO DE INSTRUMENTO

5007372-60.2018.4.03.0000

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: SONIA APARECIDA JULIANI FRANCO

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/07/2020

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PRINCÍPIO DA FIDELIDADE AO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. PROPOSTA DE ACORDO. HOMOLOGAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.960/09. PREVISÃO EXPRESSA. RECURSO DO INSS PROVIDO.

1 – Remetidos os autos a esta Corte por força da interposição de recurso autárquico, onde se discutia justamente os critérios de correção monetária, foram os mesmos remetidos ao Gabinete da Conciliação, oportunidade em que o INSS formulou proposta de acordo, nos seguintes termos: “1 – *Pagamento de 100% dos valores atrasados e honorários de sucumbência, conforme condenação, compensando-se eventuais parcelas pagas administrativamente ou a título de tutela antecipada.* 2 – *Sobre a quantia totalizada incidirá correção monetária, bem como juros moratórios, observando-se o art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960, de 29/06/2009*”.

2 - Em petição de fl. 139, a autora aquiesceu, expressamente, com a proposta de acordo, sobrevivendo decisão de homologação da transação, com fundamento no art. 487, III, “b” do Código de Processo Civil, declarada a prejudicialidade do recurso de apelação.

3 – Na origem, o magistrado determinou o prosseguimento da execução pelo montante apurado pelo Perito Judicial, com a utilização do INPC como critério de correção monetária, em inequívoca violação aos efeitos preclusivos da coisa julgada formada no acordo celebrado nos autos.

4 - O art. 509, §4º, do Código de Processo Civil, consagrou o princípio da fidelidade ao título executivo judicial, pelo qual se veda, em sede de liquidação, rediscutir a lide ou alterar os elementos da condenação. Assim, a execução deve limitar-se aos exatos termos do título que a suporta, não se admitindo modificá-los ou mesmo neles inovar, em respeito à coisa julgada.

5 – De rigor a remessa dos autos à Contadoria Judicial de origem, para que elabore memória de cálculo com a estrita observância dos termos em que homologada a proposta de acordo ofertada na demanda subjacente.

6 - Agravo de instrumento do INSS provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu dar provimento ao agravo de instrumento interposto pelo INSS, nos

termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO (RELATOR):

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS contra decisão proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Adamantina/SP que, em ação ajuizada por SONIA APARECIDA JULIANI FRANCO, objetivando a concessão do benefício de auxílio-doença, determinou o prosseguimento da execução de acordo com a memória de cálculo ofertada pelo Perito Judicial.

Em suas razões, sustenta o agravante o desacerto da decisão impugnada, tendo em vista que viola o princípio da coisa julgada. Alega que o acordo homologado pelo Tribunal contempla a incidência, nas prestações em atraso, da TR como índice de correção monetária, na forma prevista pela Lei nº 11.960/09.

Devidamente processado o recurso, não houve apresentação de resposta (ID 125597893).

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

VOTO

O EXMO. SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO (RELATOR):

Na fase de conhecimento, o julgado exarado por esta Corte assegurou a concessão, à autora, do benefício de auxílio-doença, com o pagamento das parcelas em atraso devidamente corrigidas pela legislação de regência e, a partir de 11/08/2006, de acordo com o INPC (fls. 65/70).

Deflagrada a fase de execução, ambas as partes apresentaram memória de cálculo e, instalada a controvérsia, designou-se prova pericial, sobrevivendo o laudo contábil de fls. 86/93 e posterior prolação de sentença de parcial procedência dos embargos (fls. 112/113).

Remetidos os autos a esta Corte por força da interposição de recurso autárquico, onde se discutia justamente os critérios de correção monetária, foram os mesmos remetidos ao Gabinete da Conciliação, oportunidade em que o INSS formulou proposta de acordo, nos seguintes termos (fl. 137):

“1 – Pagamento de 100% dos valores atrasados e honorários de sucumbência, conforme condenação, compensando-se eventuais parcelas pagas administrativamente ou a título de tutela antecipada.

2 – Sobre a quantia totalizada incidirá correção monetária, bem como juros moratórios, observando-se o art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960, de 29/06/2009”.

Em petição de fl. 139, a autora aquiesceu, expressamente, com a proposta de acordo, sobrevivendo decisão de homologação da transação, com fundamento no art. 487, III, “b” do Código de Processo Civil, declarada a prejudicialidade do recurso de apelação (fl. 140).

Certificado o trânsito em julgado da decisão, tornaram os autos à origem e, ato contínuo, houve a prolação da decisão ora impugnada.

Pois bem.

Como se vê, o magistrado de origem determinou o prosseguimento da execução pelo montante apurado pelo Perito Contábil às fls. 86/92, o qual fora, justamente, motivo de irresignação por parte do INSS, na medida em que se utilizou, para o cálculo da correção monetária sobre as parcelas em atraso, do INPC.

Dessa forma, o acolhimento de tais cálculos de liquidação vulnera, a mais não poder, os efeitos preclusivos da coisa julgada.

Isso porque o art. 509, §4º, do Código de Processo Civil, consagrou o princípio da fidelidade ao título executivo judicial, pelo qual se veda, em sede de liquidação, rediscutir a lide ou alterar os elementos da condenação.

Assim, a execução deve limitar-se aos exatos termos do título que a suporta, não se admitindo modificá-los ou mesmo neles inovar, em respeito à coisa julgada.

Outra não é a orientação desta Turma:

“PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. APELAÇÃO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. INCORPORAÇÃO. RENDAS MENSAS. COISA JULGADA. RELATIVIZAÇÃO. MEDIDA PROVISÓRIA N. 2.180-35, DE 24 DE AGOSTO DE 2001. RESP Nº 1.189.619/PE. INAPLICABILIDADE. CONTA DA SEÇÃO DE CÁLCULOS DESTA TRF ACOLHIDA.

(...)

III. A orientação pretoriana é firme no sentido de não admitir processos de execução que se divorciem dos mandamentos fixados no processo de conhecimento, que tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas em respeito ao princípio da fidelidade ao título judicial.

IV. A Seção de Cálculos deste E. Tribunal elaborou o cálculo de liquidação, valendo-se de uma interpretação sistemática do título executivo, aplicando coerentemente os critérios nele determinado.

V. A Contadoria Judicial é um órgão auxiliar do Juízo, que goza de fé pública, e está equidistante das partes.

(...)

VII. Apelação parcialmente provida.”

(AC nº 2005.03.99.021624-6/SP, Rel. Des. Federal Paulo Domingues, 7ª Turma, DJe 21/02/2017).

Dito isso, entendo de rigor a remessa dos autos à Contadoria Judicial de origem, para que elabore memória de cálculo com a estrita observância dos termos em que homologada a proposta de acordo ofertada na demanda subjacente.

Ante o exposto, *dou provimento ao agravo de instrumento* interposto pelo INSS.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5031267-50.2018.4.03.0000

Agravante: ALEXANDRE DE CARVALHO PACHECO

Agravada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Relator Originário: DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY

Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/07/2020

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. LEI Nº 9.514/97. SISTEMA FINANCEIRO IMOBILIÁRIO. LEI Nº 13.465/2017. LEILÃO. INTIMAÇÃO. DIREITO DE PREFERÊNCIA. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. A partir da Lei nº 13.465/2017, publicada em 12/07/2017, restou inserida, na Lei nº 9.514/97, disposição quanto à necessidade de comunicação prévia dos leilões ao devedor, nos termos do art. 27, §2º-A.

II. A intimação ao devedor não mais se destina à purgação da mora, conforme entendimento firmado sob a égide legal anterior, mas tão somente para exercer seu “direito de preferência para adquirir o imóvel por preço correspondente ao valor da dívida, somado aos encargos e despesas de que trata o § 2º deste artigo, aos valores correspondentes ao imposto sobre transmissão *inter vivos* e ao laudêmio, se for o caso, pagos para efeito de consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário, e às despesas inerentes ao procedimento de cobrança e leilão, incumbindo, também, ao devedor fiduciante o pagamento dos encargos tributários e despesas exigíveis para a nova aquisição do imóvel” (§2º-B)

III. Portanto, considerando que a prévia notificação do leilão é requisito legal que garante o regular procedimento extrajudicial, a comprovação de sua ausência inviabiliza o seu prosseguimento.

IV. Agravo de instrumento parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por maioria, deu parcial provimento ao agravo de instrumento para que sejam suspensos os atos do procedimento de execução extrajudicial para possibilitar o exercício do direito de preferência, com as renovações dos leilões, nos termos do voto do Des. Fed. Valdeci dos Santos, acompanhado pelo Des. Fed. Hélio Nogueira, vencido o relator Des. Fed. Wilson Zauhy que dava provimento ao agravo de instrumento interposto, nos termos da fundamentação, para reformar a decisão combatida e determinar que a agravada se abstenha de alienar o imóvel a terceiros bem como reconhecer ao agravante o direito à purgação da mora, esta compreendendo o pagamento das parcelas vencidas do contrato de mútuo, inclusive dos prêmios de seguro, multa contratual e todos os custos advindos da consolidação da propriedade, determinando à CEF que, no prazo de 10 (dez) dias, informe detalhadamente o valor da dívida na forma acima delineada, após o que os apelantes deverão ser instados a, no prazo de 30 (trinta) dias, comprovar nos autos o

adimplemento do referido montante; não havendo o pagamento integral da mora, como determinado, fica convalidada a consolidação da propriedade em favor da CEF, de modo definitivo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por ALEXANDRE DE CARVALHO PACHECO contra decisão que, nos autos da Tutela Cautelar Antecedente, indeferiu o pedido de tutela de urgência formulado com o objetivo de que fosse autorizado a depositar judicialmente as prestações vencidas e vincendas, bem como determinado à agravada que disponibilizasse o acesso aos boletos ou apresentasse os valores a serem depositados.

Alega o agravante que a agravada emitiu declaração de quitação dos valores devidos até 2017, de modo que em relação a este período nada é devido.

Afirma que não teve conhecimento ou acesso ao procedimento de retomada do imóvel e que recebeu notificação acerca da realização de leilão em 05.11.2018, quando o primeiro leilão já havia sido realizado em 31.10.2018, sendo, portanto, nulo.

Efeito suspensivo concedido aos 13/12/2018 (doc. 10866680).

Apresentada contraminuta (docs. 29488353, 29488366, 29488367 e 29488368).

É o relatório.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

VOTO

Verifico que agravante e agravada celebraram *Contrato de Compra e Venda de Imóvel, Mútuo e Alienação Fiduciária em Garantia no Sistema Financeiro de Habitação com Cancelamento de Ônus (se Interveniente Quitante) – Carta de Crédito Individual FGTS/Programa Minha Casa Minha Vida – CCFGTS/PMCMV – SFH* (Num. 12155610 – Pág. 1/11 do processo de origem).

Segundo consta da cláusula décima terceira (Num. 12155610 – Pág. 6 do processo de origem), o contrato foi celebrado segundo as regras do Sistema Financeiro Imobiliário, nos termos da Lei nº 9.514/97, que assim dispõe:

Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.

(...)

Art. 23. Constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título.

Parágrafo único. Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel.

(...)

Art. 26. Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.

No contrato de financiamento com garantia por alienação fiduciária, o devedor/fiduciante transfere a propriedade do imóvel à Caixa Econômica Federal (credora/fiduciária) até que se implemente a condição resolutiva que é o pagamento total da dívida.

Liquidado o financiamento, o devedor retoma a propriedade plena do imóvel, ao passo que, havendo inadimplemento dos termos contratuais, a Caixa Econômica Federal, obedecidos os procedimentos previstos na lei, tem o direito de requerer ao Cartório a consolidação da propriedade do imóvel em seu nome, passando a exercer a propriedade plena do bem.

Registro, por necessário, que o procedimento previsto pela Lei nº 9.514/97 não se reveste de qualquer nódoa de ilegalidade. Neste sentido, transcrevo recente julgado proferido por esta Corte Regional:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO – SFH. LEI 9.514/1997. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. LEGALIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1 – A alienação fiduciária representa espécie de propriedade resolúvel, de modo que, conforme disposto pela própria Lei n. 9.514/97, inadimplida a obrigação pelo fiduciante a propriedade se consolida em mãos do credor fiduciário.

2 – Por ocasião do leilão de que trata o art. 27 da Lei n. 9.514/97 o imóvel não pertence mais ao patrimônio do devedor fiduciante, razão pela qual desnecessária qualquer notificação ao fiduciante quanto a sua realização.

3 – Do que há nos autos, não é possível aferir o *fumus boni iuris* na conduta da agravada. *Afasta-se de plano a inconstitucionalidade da execução extrajudicial prevista pela Lei n. 9.514/97, a semelhança do que ocorre com a execução extrajudicial de que trata o Decreto-lei n. 70/66 de há muito declarada constitucional pelo STF.*

4 – Os contratos de financiamento foram firmados nos moldes do artigo 38 da Lei n. 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.

5 – *A impontualidade na obrigação do pagamento das prestações pelo mutuário acarreta o vencimento antecipado da dívida e a imediata consolidação da propriedade em nome da instituição financeira.*

6 – *Não consta, nos autos, evidências de que a instituição financeira não tenha tomado as devidas providências para tanto, nos termos do art. 26, da Lei 9.514/97. (...)*

9 – 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. (...) Outrossim, quanto a inscrição dos nomes dos devedores em cadastros de inadimplentes, a 2ª Seção do STJ dirimiu a divergência que pairava naquela Corte e firmou o entendimento de que a mera discussão da dívida não enseja a exclusão do nome do devedor dos cadastros de inadimplentes, cumprindo a ele demonstrar satisfatoriamente seu bom direito e a existência de jurisprudência consolidada do STJ ou do STF e, ainda, que a parte incontroversa seja depositada ou objeto de caução idônea:

13 – *Agravo legal improvido.” (negritei)*

(TRF 3ª Região, Primeira Turma, AI 00157552020154030000, e-DJF3 04/02/2016)

Para que a consolidação da propriedade em nome da instituição financeira ocorra de maneira válida é imperioso que se observe o procedimento cuidadosamente especificado pela normativa aplicável.

Com efeito, conforme se depreende do artigo 26, §§ 1º e 3º da Lei nº 9.514/97, os mutuários devem ser notificados pessoalmente para purgarem a mora no prazo de quinze dias.

Além disso, em relação ao leilão do imóvel promovido após a consolidação da propriedade, a Lei nº 9.514/97 do mesmo modo é clara ao dispor acerca da necessidade de comunicação ao devedor mediante correspondência dirigida aos endereços constantes do contrato, inclusive ao endereço eletrônico, *verbis*:

Art. 27. Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel.

§ 1º Se no primeiro leilão público o maior lance oferecido for inferior ao valor do imóvel, estipulado na forma do inciso VI e do parágrafo único do art. 24 desta Lei, será realizado o segundo leilão nos quinze dias seguintes.

§ 2º No segundo leilão, será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais.

§ 2º-A. Para os fins do disposto nos §§ 1º e 2º deste artigo, as datas, horários e locais dos leilões serão comunicados ao devedor mediante correspondência dirigida aos endereços constantes do contrato, inclusive ao endereço eletrônico.

§ 2º-B. Após a averbação da consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário e até a data da realização do segundo leilão, é assegurado ao devedor fiduciante o direito de preferência para adquirir o imóvel por preço correspondente ao valor da dívida, somado aos encargos e despesas de que trata o § 2º deste artigo, aos valores correspondentes ao imposto sobre transmissão *inter vivos* e ao laudêmio, se for o caso, pagos para efeito de consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário, e às despesas inerentes ao procedimento de cobrança e leilão, incumbindo, também, ao devedor fiduciante o pagamento dos encargos tributários e despesas exigíveis para a nova aquisição do imóvel, de que trata este parágrafo, inclusive custas e emolumentos.

(...)

Entretanto, no caso dos autos observo que a notificação da realização dos leilões foi entregue ao agravante em 05.11.2018 (Num. 13041438 – Pág. 1 do processo de origem), quando já havia sido realizado o primeiro leilão em 31.10.2018 (Num. 13041436 – Pág. 1 e Num. 13041437 – Pág. 1).

Sendo assim, muito embora tenha sido o agravante notificado da realização dos leilões, como determina o artigo 27, § 2º-A da Lei nº 9.514/97, tal notificação não atendeu ao objetivo de permitir ao agravante purgar a mora ou exercer o direito de preferência de adquirir o imóvel, conforme § 2º-B do mesmo dispositivo legal.

Evidenciada irregularidade no procedimento de execução extrajudicial, deve a agravada se abster de alienar o imóvel a terceiros.

Ante o exposto, voto por *dar provimento ao agravo de instrumento* interposto, nos termos da fundamentação supra, para reformar a decisão combatida e determinar que a agravada se abstenha de alienar o imóvel a terceiros bem como reconhecer ao agravante o direito à purgação da mora, esta compreendendo o pagamento das parcelas vencidas do contrato de mútuo, inclusive dos prêmios de seguro, multa contratual e todos os custos advindos da consolidação da propriedade, determinando à CEF que, no prazo de 10 (dez) dias, informe detalhadamente o valor da dívida na forma acima delineada, após o que os apelantes deverão ser instados a, no prazo de 30 (trinta) dias, comprovar nos autos o adimplemento do referido montante; não havendo o pagamento integral da mora, como determinado, fica convalidada a consolidação da propriedade em favor da CEF, de modo definitivo.

É como voto.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

VOTO

Peço vênia ao e. relator para divergir parcialmente do entendimento.

No que tange à purgação da mora, a prova de sua efetiva notificação é indispensável para a validade das execuções extrajudiciais. Inexistindo comprovação de que tal medida não foi realizada, considerando a averbação no registro de imóveis, falta pressuposto autorizador para a suspensão do procedimento executivo.

Quanto à alegação de ausência de notificação da data designada para a realização do leilão, a partir da Lei n.13.465/2017, publicada em 12/07/2017, restou inserida, na Lei nº 9.514/97, disposição quanto à necessidade de comunicação prévia dos leilões ao devedor, nos termos do art. 27, §2º-A, *in verbis*:

Art. 27. Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel.

~~§ 1º Se, no primeiro público leilão, o maior lance oferecido for inferior ao valor do imóvel, estipulado na forma do inciso VI do art. 24, será realizado o segundo leilão, nos quinze dias seguintes.~~

§ 1º Se no primeiro leilão público o maior lance oferecido for inferior ao valor do imóvel, estipulado na forma do inciso VI e do parágrafo único do art. 24 desta Lei, será realizado o segundo leilão nos quinze dias seguintes. (Redação dada pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 2º No segundo leilão, será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais.

§ 2ºA. Para os fins do disposto nos §§ 10 e 20 deste artigo, as datas, horários e locais dos leilões serão comunicados ao devedor mediante correspondência dirigida aos endereços constantes do contrato, inclusive ao endereço eletrônico. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 2ºB. Após a averbação da consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário e até a data da realização do segundo leilão, é assegurado ao devedor fiduciante o direito de preferência para adquirir o imóvel por preço correspondente ao valor da dívida, somado aos encargos e despesas de que trata o § 20 deste artigo, aos valores correspondentes ao imposto sobre transmissão *inter vivos* e ao laudêmio, se for o caso, pagos para efeito de consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário, e às despesas inerentes ao procedimento de cobrança e leilão, incumbindo, também, ao devedor fiduciante o pagamento dos encargos tributários e despesas exigíveis para a nova aquisição do imóvel, de que trata este parágrafo, inclusive custas e emolumentos. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 3º Para os fins do disposto neste artigo, entende-se por:

I - dívida: o saldo devedor da operação de alienação fiduciária, na data do leilão, nele incluídos os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais;

II - despesas: a soma das importâncias correspondentes aos encargos e custas de intimação e as necessárias à realização do público leilão, nestas compreendidas as relativas aos anúncios e à comissão do leiloeiro.

Todavia, de acordo com referidos dispositivos, depreende-se que a intimação ao devedor não mais se destina à purgação da mora, conforme entendimento firmado sob a égide legal

anterior, mas tão somente para exercer seu “direito de preferência para adquirir o imóvel por preço correspondente ao valor da dívida, somado aos encargos e despesas de que trata o § 2º deste artigo, aos valores correspondentes ao imposto sobre transmissão *inter vivos* e ao laudêmio, se for o caso, pagos para efeito de consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário, e às despesas inerentes ao procedimento de cobrança e leilão, incumbindo, também, ao devedor fiduciante o pagamento dos encargos tributários e despesas exigíveis para a nova aquisição do imóvel” (§2º-B).

Portanto, considerando que a prévia notificação do leilão é requisito legal que garante o regular procedimento extrajudicial, a comprovação de sua ausência inviabiliza o seu prosseguimento.

Desta forma, pedindo vênias ao Relator, dou parcial provimento ao agravo de instrumento para que sejam suspensos os atos do procedimento de execução extrajudicial para possibilitar o exercício do direito de preferência, com as renovações dos leilões.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator para o Acórdão

VOTO

O Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA: Peço vênias ao e. Relator para divergir e dar parcial provimento ao Agravo de Instrumento.

Sustenta a parte agravante não ter sido notificada para purgar a mora, tampouco das datas de realização de leilões, anteriormente à realização destes.

Depreende-se da resposta apresentada pela parte Agravada (id 29488366) a transcrição da certidão de decurso de prazo concedido à parte autora para a purga da mora.

Tal certidão, lavrada pelo oficial do cartório reveste-se de presunção de veracidade e legalidade, sendo que o recorrente não apresentou elementos que infirmem a presunção. Alegou apenas que não recebeu a intimação, mas tal argumento contrasta ao quanto contido na certidão, sendo incapaz de infirmá-la.

Quanto à notificação extemporânea acerca do leilão, assiste razão ao recorrente.

Restou comprovado (Id's 10522723 e 10522728) que a correspondência comunicando a data de leilão saiu para entrega pelos Correios somente aos 05.11.2018, sendo que nesta data o leilão já teria sido realizado, uma vez que apazado para 31.10.2018.

Assim, tem-se que a Consolidação, diante da ausência de provas que infirmem a presunção de legalidade e veracidade do qual se reveste a atividade cartorária, se deu de modo regular, não tendo o recorrente logrado êxito em demonstrar qualquer vício.

E uma vez consolidada a propriedade pelo credor fiduciário, resta ao devedor *adimplir o valor integral do contrato pendente de pagamento*, qual seja, as parcelas vencidas e as vincendas, sendo certo que com o inadimplemento das prestações dá-se o vencimento antecipado do contrato e, conseqüentemente, o pagamento deve englobar o valor total da dívida e não somente o montante até então não pago.

Conseqüentemente, restaria ao mutuário o exercício do direito de preferência, que no caso restou prejudicado ante o vício prévio comunicação quanto à data de leilão.

Nesse contexto, não há amparo legal à pretensão de purgação da mora neste momento, com o depósito das parcelas em atraso e continuidade do pagamento das parcelas vincendas, pois contrária ao disposto no art. 26-A e no § 2º-B do art. 27, ambos da Lei nº 9.514/1997.

O fato da notificação acerca das datas de leilão ter se dado de modo irregular não autoriza a retroação do procedimento, pois não é capaz de viciar a consolidação.

Deve, contudo, ser assegurado o direito à prévia notificação à realização dos leilões, possibilitando, dessa forma, o exercício do direito de preferência.

Diante do exposto, pedindo vênia ao Relator, *dou parcial provimento* ao Agravo de Instrumento para que sejam renovados os leilões, com a prévia notificação do Agravante acerca das datas designadas.

É como voto.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5021022-43.2019.4.03.0000

Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP

Agravado: ESPÓLIO DE LYNALDO CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE - CPF 091.592.154-53

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/07/2020

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO ADMINISTRATIVO. INDISPONIBILIDADE DECRETADA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESBLOQUEIO DE BEM. DIREITO DE TERCEIRO. NECESSIDADE DE BOA-FÉ. ANTERIORIDADE DO INSTRUMENTO CONTRATUAL E PAGAMENTO DO PREÇO. REQUISITOS PREENCHIDOS. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

I. Embora o MPF tenha interposto agravo contra decisão que liberou de indisponibilidade imóvel em favor de terceiro, em circunstâncias similares às de julgamento de embargos de terceiro por sentença, o recurso deve ser admitido no lugar de apelação por dois motivos.

II. Em primeiro lugar, a autuação do pedido de liberação como incidente decorreu apenas de preocupação procedimental, ligada à maior facilidade de manejo da ação civil pública n. 0012554-78.2000.4.03.6100, sem a necessidade de apensamento como embargos de terceiro. A essência da pretensão permanece intacta, envolvendo os interesses de terceiro que pretende o cancelamento de constrição judicial incidente sobre bem de sua propriedade ou posse (artigo 674 do CPC).

III. A natureza da causa não varia, com a formação de coisa julgada sobre a pretensão de terceiro e a admissão do agravo de instrumento apenas como facilidade procedimental.

IV. E, em segundo lugar, ainda que a admissibilidade do recurso deva ser feita segundo o artigo 1.015 do CPC, sem espaço para adaptação procedimental, pode-se argumentar que o desbloqueio do imóvel de matrícula n. 65.041 representou um ponto incidente na ação civil pública n. 0012554-78.2000.4.03.6100, que se encontra em fase de cumprimento provisório de sentença. O cabimento proviria do parágrafo único do artigo 1.015.

V. Relativamente ao mérito do agravo de instrumento, a pretensão do MPF não procede.

VI. O levantamento de indisponibilidade em ação civil pública somente pode ser deferido para a proteção de direito de terceiro, se ele for anterior ao bloqueio judicial e tiver completado todos os requisitos de aquisição. A satisfação das condições demonstra a boa-fé do adquirente, enquanto princípio geral de direito irradiado pela ordem jurídica.

VII. O Espólio de Lynaldo Cavalcanti de Albuquerque satisfaz o primeiro requisito. O compromisso de compra e venda do imóvel de matrícula n. 65.041, que marca o início do direito do promitente comprador, foi firmado com o Grupo OK em agosto de 1998, em data anterior à ordem judicial de indisponibilidade dos ativos da construtora (abril de 2000).

VIII. O pagamento do preço do apartamento também restou comprovado. Do total de R\$ 173.571,27, houve prova de liquidação de R\$ 140.000,00, através de cheques devidamente compensados e de planilhas de pagamento a que anuiu expressamente o MPF.

IX. Conquanto permaneça um saldo de R\$ 33.045,37, ele não impede a conclusão de liquidação por dois motivos: as prestações pagas equivalem a mais de 80% do preço, caracterizando adimplemento substancial da obrigação e ratificando a boa-fé do promitente comprador, sem espaço para fraude, plano de dissipação da garantia da ação civil pública.

X. Como, por ocasião da entrega das chaves (março de 1999), não havia ainda a averbação de indisponibilidade, o prejuízo decorrente de eventual pagamento parcial recairia apenas sobre a construtora, sem que se possa cogitar de um ato deliberado, planejado de dilapidação da garantia ação civil pública e de favorecimento indevido de um credor específico.

XI. Além disso, o promitente comprador chegou a ajuizar ação de adjudicação compulsória contra o Grupo OK, reclamando a outorga de escritura definitiva antes do bloqueio judicial. A Justiça Estadual julgou procedente o pedido, pressupondo naturalmente a comprovação do pagamento do preço, admitida, inclusive, pela construtora.

XII. A despeito de a sentença não vincular as partes da ação civil pública, retrata a execução efetiva da compra e venda do imóvel e a boa-fé do promitente comprador, que possui um direito anterior ao bloqueio judicial e não pode ser prejudicado pela atuação da construtora no mercado em geral.

XIII. O fato de o compromisso de compra e venda estar desprovido de registro não exerce influência.

XIV. A posse exercida mediante o pagamento de prestações ao proprietário com finalidade de aquisição futura confere direito real de promitente comprador ao possuidor, independentemente do registro do instrumento na matrícula do imóvel.

XV. O registro não pode ser condicionante do direito real, em atenção à boa-fé do compromitente comprador e aos costumes mercantis, forjados na base da confiança entre o promitente vendedor e o promitente comprador – princípios da eticidade, socialidade e operabilidade.

XVI. O Superior Tribunal de Justiça, há muito tempo, possui súmula sobre a matéria, dispensando o registro do instrumento para o exercício de direito real do compromitente comprador (Súmulas n. 84 e 239).

XVII. A delonga tanto no requerimento de liberação do bem quanto na impulsão do procedimento também não modifica a conclusão.

XVIII. A declaração do direito do promitente comprador, decorrente do pagamento das prestações convencionadas e da posse tendente à aquisição da propriedade, não está sujeita a prazo, revelando-se imprescritível, na ausência de conteúdo condenatório (artigo 189 do CC).

XIX. Ainda que a declaração produza efeito constitutivo, com a alteração subjetiva da titularidade do bem, incidiria prazo decadencial – o prescricional somente se aplica às pretensões condenatórias.

XX. Entretanto, a legislação não prevê um período específico ao direito potestativo do compromitente comprador, de modo que ele pode ser exercido a qualquer tempo, sem possibilidade de aplicação analógica da prescrição em decorrência da própria admissão legal da incompatibilidade dos regimes temporais (artigo 207 do CC).

XXI. A única restrição corresponde ao terceiro possuidor, que poderia, pelo decurso do tempo, usucapir o bem, com a cessação do direito real do promitente comprador, o que não ocorre no caso do imóvel de matrícula n. 65.041. O Espólio de Lynaldo Cavalcanti de Albuquerque permanece na posse do prédio desde a celebração do contrato preliminar, como demonstram o termo de entrega de chaves e a sentença de adjudicação compulsória.

XXII. Já o desarquivamento dos autos do incidente depois de cinco anos se deve ao falecimento de Lynaldo Cavalcanti de Albuquerque e às dificuldades na obtenção das microfilmagens de todos os cheques indicados pelo MPF.

XXIII. De qualquer forma, poderia ocorrer, no máximo, abandono de causa, cuja decretação depende de requerimento do réu, inexistente no caso. A negativa da liberação com base na intempestividade do direito demanda abandonos consecutivos (perempção), que não chegaram a se consumir (artigos 485, § 6º e 486, § 3º, do CPC e Súmula n. 240 do STJ).

XXIV. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público Federal em face de decisão que liberou da indisponibilidade decretada na ação civil pública n. 0012554-78.2000.4.03.6100 a unidade autônoma n. 104 do Condomínio “Place Vêndome”, matriculada sob o n. 65.041 no 2º CRI de Brasília – Distrito Federal.

Sustenta que, embora o Espólio de Lynaldo Cavalcanti de Albuquerque tenha apresentado promessa de compra e venda anterior ao decreto judicial de indisponibilidade (01.08.1998), ele não faz jus à aquisição da propriedade.

Explica que o promitente comprador não promoveu o registro do instrumento até a data da averbação da indisponibilidade (24.04.2000), demorou cinco anos para pedir a liberação do bem (2005) e deixou o processo arquivado por mais de dez anos antes de complementar a documentação exigível (2016).

Alega que, sem o registro imobiliário e a publicidade a ele correlata, o compromisso de compra e venda firmado com o Grupo OK não é oponível a terceiros, principalmente para efeito de liberação de imóvel destinado a garantir o ressarcimento de danos ao Erário.

Afirma também que não houve a comprovação do pagamento do valor de R\$ 173.571,27. Esclarece que restou liquidado apenas o montante de R\$ 140.000,00, com um saldo considerável de R\$ 33.045,37.

Argumenta que a liberação do apartamento, nessas condições, implicaria a dissipação injustificada da garantia de ação civil pública e a premiação de inadimplemento contratual.

Pondera que a única forma de conciliar os interesses em disputa – garantia de ação coletiva e direito real de compromissário comprador – seria o depósito da diferença em juízo, com correção monetária e juros.

O agravo tramitou sem antecipação de tutela recursal.

O Espólio de Lynaldo Cavalcanti de Albuquerque apresentou resposta ao recurso.

A Procuradoria Regional da República se manifestou pelo desprovimento do agravo.

É o relatório.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

VOTO

Inicialmente, embora o MPF tenha interposto agravo contra decisão que liberou de indisponibilidade imóvel em favor de terceiro, em circunstâncias similares às de julgamento de embargos de terceiro por sentença, o recurso deve ser admitido no lugar de apelação por dois motivos.

Em primeiro lugar, a autuação do pedido de liberação como incidente decorreu apenas de preocupação procedimental, ligada à maior facilidade de manejo da ação civil pública n. 0012554-78.2000.4.03.6100, sem a necessidade de apensamento como embargos de terceiro. A essência da pretensão permanece intacta, envolvendo os interesses de terceiro que pretende o cancelamento de constrição judicial incidente sobre bem de sua propriedade ou posse (artigo 674 do CPC).

A natureza da causa não varia, com a formação de coisa julgada sobre a pretensão de terceiro e a admissão do agravo de instrumento apenas como facilidade procedimental.

E, em segundo lugar, ainda que a admissibilidade do recurso deva ser feita segundo o artigo 1.015 do CPC, sem espaço para adaptação procedimental, pode-se argumentar que o desbloqueio do imóvel de matrícula n. 65.041 representou um ponto incidente na ação civil pública n. 0012554-78.2000.4.03.6100, que se encontra em fase de cumprimento provisório de sentença. O cabimento proviria do parágrafo único do artigo 1.015.

Relativamente ao mérito do agravo de instrumento, a pretensão do MPF não procede.

O levantamento de indisponibilidade em ação civil pública somente pode ser deferido para a proteção de direito de terceiro, se ele for anterior ao bloqueio judicial e tiver completado todos os requisitos de aquisição. A satisfação das condições demonstra a boa-fé do adquirente, enquanto princípio geral de direito irradiado pela ordem jurídica.

O Espólio de Lynaldo Cavalcanti de Albuquerque satisfaz o primeiro requisito. O compromisso de compra e venda do imóvel de matrícula n. 65.041, que marca o início do direito do promitente comprador, foi firmado com o Grupo OK em agosto de 1998, em data anterior à ordem judicial de indisponibilidade dos ativos da construtora (abril de 2000).

O pagamento do preço do apartamento também restou comprovado. Do total de R\$ 173.571,27, houve prova de liquidação de R\$ 140.000,00, através de cheques devidamente compensados e de planilhas de pagamento a que anuiu expressamente o MPF.

Conquanto permaneça um saldo de R\$ 33.045,37, ele não impede a conclusão de liquidação por dois motivos: as prestações pagas equivalem a mais de 80% do preço, caracterizando adimplemento substancial da obrigação e ratificando a boa-fé do promitente comprador, sem espaço para fraude, plano de dissipação da garantia da ação civil pública.

Como, por ocasião da entrega das chaves (março de 1999), não havia ainda a averbação de indisponibilidade, o prejuízo decorrente de eventual pagamento parcial recairia apenas sobre a construtora, sem que se possa cogitar de um ato deliberado, planejado de dilapidação da garantia ação civil pública e de favorecimento indevido de um credor específico.

Além disso, o promitente comprador chegou a ajuizar ação de adjudicação compulsória contra o Grupo OK, reclamando a outorga de escritura definitiva antes do bloqueio judicial. A Justiça Estadual julgou procedente o pedido, pressupondo naturalmente a comprovação do pagamento do preço, admitida, inclusive, pela construtora.

A despeito de a sentença não vincular as partes da ação civil pública, retrata a execução efetiva da compra e venda do imóvel e a boa-fé do promitente comprador, que possui um direito anterior ao bloqueio judicial e não pode ser prejudicado pela atuação da construtora no mercado em geral.

O fato de o compromisso de compra e venda estar desprovido de registro não exerce influência.

A posse exercida mediante o pagamento de prestações ao proprietário com finalidade de aquisição futura confere direito real de promitente comprador ao possuidor, independentemente do registro do instrumento na matrícula do imóvel.

O registro não pode ser condicionante do direito real, em atenção à boa-fé do compromitente comprador e aos costumes mercantis, forjados na base da confiança entre o promitente vendedor e o promitente comprador – princípios da eticidade, socialidade e operabilidade.

O Superior Tribunal de Justiça, há muito tempo, possui súmula sobre a matéria, dispensando o registro do instrumento para o exercício de direito real do compromitente comprador:

Súmula n. 239. O direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis.

Súmula n. 84. É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro.

A delonga tanto no requerimento de liberação do bem quanto na impulsão do procedimento também não modifica a conclusão.

A declaração do direito do promitente comprador, decorrente do pagamento das prestações convencionadas e da posse tendente à aquisição da propriedade, não está sujeita a prazo, revelando-se imprescritível, na ausência de conteúdo condenatório (artigo 189 do CC).

Ainda que a declaração produza efeito constitutivo, com a alteração subjetiva da titularidade do bem, incidiria prazo decadencial – o prescricional somente se aplica às pretensões condenatórias.

Entretanto, a legislação não prevê um período específico ao direito potestativo do promitente comprador, de modo que ele pode ser exercido a qualquer tempo, sem possibilidade de aplicação analógica da prescrição em decorrência da própria admissão legal da incompatibilidade dos regimes temporais (artigo 207 do CC).

A única restrição corresponde ao terceiro possuidor, que poderia, pelo decurso do tempo, usucapir o bem, com a cessação do direito real do promitente comprador, o que não ocorre no caso do imóvel de matrícula n. 65.041. O Espólio de Lynaldo Cavalcanti de Albuquerque permanece na posse do prédio desde a celebração do contrato preliminar, como demonstram o termo de entrega de chaves e a sentença de adjudicação compulsória.

O Superior Tribunal de Justiça possui precedente nesse sentido:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA. ATO NULO QUE NÃO SOFRE COM OS EFEITOS DA PRESCRIÇÃO. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. Segunda a jurisprudência desta Corte, “tratando-se de direito potestativo, sujeito a prazo decadencial, para cujo exercício a lei não previu prazo especial, prevalece a regra geral da inesgotabilidade ou da perpetuidade, segundo a qual os direitos não se extinguem pelo não uso. Assim, à minguia de previsão legal, o pedido de adjudicação compulsória, quando preenchidos os requisitos da medida, poderá ser realizado a qualquer tempo” (REsp n. 1.216.568/MG, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 29/9/2015). Incidência da Súmula n. 83/STJ.

2. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AResp 1181960, Relator Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJ 24.04.2018).

Já o desarquivamento dos autos do incidente depois de cinco anos se deve ao falecimento de Lynaldo Cavalcanti de Albuquerque e às dificuldades na obtenção das microfilmagens de todos os cheques indicados pelo MPF.

De qualquer forma, poderia ocorrer, no máximo, abandono de causa, cuja decretação depende de requerimento do réu, inexistente no caso. A negativa da liberação com base na intempestividade do direito demanda abandonos consecutivos (perempção), que não chegaram a se consumir (artigos 485, § 6º e 486, § 3º, do CPC e Súmula n. 240 do STJ).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5026168-65.2019.4.03.0000

Agravante: DOMINGOS BENTO DA SILVA

Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON PORFÍRIO

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/07/2020

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AFETAÇÃO DO TEMA 810 NO E. STF NÃO ENSEJA A SUSPENSÃO DO FEITO. TUTELA DE URGÊNCIA MANTIDA ATÉ NOVA PERÍCIA OU PROLAÇÃO DE SENTENÇA.

1. Em 2015, o Supremo Tribunal Federal, no RE nº 870.947-SE, decidiu que: “*Reveste-se de repercussão geral o debate quanto à validade da correção monetária e dos juros moratórios incidente sobre condenações impostas à Fazenda Pública segundo os índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança (Taxa Referencial - TR), conforme determina o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com redação dada pela Lei nº 11.960/09*”.

2. Porém, em 03/10/2019 foram rejeitados todos os embargos de declaração interpostos até aquela oportunidade. Ademais, em nenhum momento foi determinado pelo C. STF o sobrestamento das demandas que, versando a respeito do tema debatido, ainda estivessem pendentes de julgamento, razão pela qual afasto a suspensão do feito.

3. Muito embora a conclusão do perito tenha sido pela existência de incapacidade total e temporária, com prazo médio de 180 dias para reavaliação, restou comprovado que o autor possui sequelas de AVC há mais de 4 (quatro) anos, com quadro sugestivo de demência, não parecendo razoável determinar-se a cessação do benefício sem a constatação de efetiva recuperação.

4. Agravo de instrumento parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Decima Turma, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Nelson Porfírio (Relator): Trata-se de agravo de instrumento interposto por Domingos Bento da Silva em face de decisão que, nos autos de ação previdenciária objetivando a concessão de auxílio-doença, deferiu a tutela de urgência pelo prazo de 6 (seis) meses e determinou a suspensão do feito até decisão final do c. STF sobre o tema de repercussão geral nº 810, no RE nº 870.947-SE.

Em suas razões, a parte agravante alega, em síntese, ter sido demonstrado o estado crônico de seus problemas de saúde, devendo ser-lhe concedido o benefício até o julgamento final da lide.

Sustenta, ainda, que com o julgamento dos embargos de declaração opostos no RE 870.947, não há justificativa para o sobrestamento do feito.

Requer a antecipação dos efeitos da tutela recursal e, ao final, o provimento do recurso. Intimada, a parte agravada deixou de apresentar contraminuta.

Em ID 120133806 foi parcialmente antecipada a tutela.

É o relatório.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Nelson Porfírio (Relator): A decisão agravada ponderou que, como a sentença a ser proferida definirá consectários legais, entendeu presente causa externa de prejudicialidade em razão da matéria objeto do Tema 810 no e. Supremo Tribunal Federal.

Em 2015, o Supremo Tribunal Federal, no RE nº 870.947-SE, decidiu que: “*Reveste-se de repercussão geral o debate quanto à validade da correção monetária e dos juros moratórios incidente sobre condenações impostas à Fazenda Pública segundo os índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança (Taxa Referencial - TR), conforme determina o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com redação dada pela Lei nº 11.960/09*”.

Porém, em 03/10/2019 foram rejeitados todos os embargos de declaração interpostos até aquela oportunidade.

Ademais, em nenhum momento foi determinado pelo C. STF o sobrestamento das demandas que, versando a respeito do tema debatido, ainda estivessem pendentes de julgamento, razão pela qual afasto a suspensão do feito.

A outra controvérsia em debate refere-se à duração do benefício por incapacidade no caso concreto.

Observo que no laudo médico judicial (ID 95090080- págs. 81/89) concluiu-se que o autor, de 57 anos, pintor em área portuária, com ensino até a 4ª série, padece das seguintes doenças:

- Sequela de acidente vascular cerebral isquêmico (ocorrido em 2015)
- Déficit Cognitivo Sugestivo de Síndrome Demencial
- Cardiopatia Hipertensiva
- Diabetes Mellitus

Outrossim, foi relatado pelo perito judicial que o autor não consegue se expressar sozinho, necessitando da filha para relatar seu histórico, tendo ritmo cardíaco irregular e constando, ainda, a informação da filha de que o segurado não consegue sair de casa sozinho sem se perder.

O Juízo de origem após manifestação da parte autora, deferiu a antecipação da tutela para concessão do *auxílio-doença* por 6 (seis) meses contados da própria decisão ou até o fim do procedimento de reabilitação, o que acontecer primeiro.

Não tendo sido determinada a realização de reabilitação profissional, é certo que o prazo de duração do benefício debatido acabará em março/2020.

Nesse contexto, vale ressaltar que, muito embora a conclusão do perito tenha sido pela existência de incapacidade total e temporária, com prazo médio de 180 dias para reavaliação, restou comprovado que *o autor possui sequelas de AVC há mais de 4 (quatro) anos (ID 95090080 - pág. 20), com quadro sugestivo de demência*, não parecendo razoável determinar-se a cessação do benefício sem a constatação de efetiva recuperação.

Dessa forma, *DOU PARCIAL PROVIMENTO ao agravo de instrumento* para determinar o prosseguimento do feito, e para estabelecer que a tutela concedida perdure ao menos até que uma nova avaliação médica seja realizada, mesmo que administrativamente, ou ainda, até a prolação de sentença nos autos de origem, o que ocorrer primeiro.

É como voto.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5028004-73.2019.4.03.0000

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravado: JOÃO JOSÉ DA SILVA

Relator Originário: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO

Relatora para o Acórdão: DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/07/2020

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. MULTA PELO ATRASO NO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. VALOR REDUZIDO.

- As ações previdenciárias nas quais o INSS é vencido acarretam duas obrigações distintas. A obrigação de implantar o benefício (Obrigação de Fazer) e a obrigação de pagar os valores atrasados (Obrigação de Pagar Quantia Certa).

- Nesse passo, é possível a fixação de multa diária por atraso na implantação de benefício previdenciário, em razão de tratar-se de obrigação de fazer, não existindo qualquer ilegalidade quanto à sua aplicação, já que se trata de meio coercitivo autorizado por lei, que visa assegurar a efetividade no cumprimento da ordem expedida (art. 536, §1º, do CPC), desde que respeitado o princípio da proporcionalidade, nos termos do art. 461, § 6º do CPC/73 e art. 537, § 1º do atual CPC.

- Da legislação de regência extrai-se que a *astreinte* dever ser compatível e proporcional à obrigação que visa assegurar. Ademais, ela não pode ser irrisória – de modo que seja mais vantajoso para obrigado descumprir a respectiva obrigação -, tampouco excessiva, já que seu objetivo não é enriquecer o seu beneficiário, nem causar óbices intransponíveis ao obrigado.

- Com esse panorama, considerando que o INSS foi intimado para implantar o benefício, nos dias 08/02/2019 e 16/05/2019, somente vindo a fazê-lo, no dia 23/10/2019, quando fixada multa diária pelo seu descumprimento, conclui-se que a função intimatória da multa cumpriu seu papel, e excluí-la, após o adimplemento da obrigação, a destempo, esvaziaria seu objetivo.

- Por esse motivo, considera-se que o prazo exíguo de 48 horas, nesse específico caso, não se mostrou desarrazoado, já que, na verdade, o cumprimento da obrigação se deu após a terceira determinação judicial, não tendo o agravante apresentado motivos concretos que o impossibilitasse de cumprir a decisão judicial no prazo devido.

- Por outro lado, entende-se que o valor de R\$ 250,00 por dia de atraso deve ser reduzido para R\$ 100,00, representando tal valor mais adequado aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade.

- Agravo de instrumento parcialmente provido, a fim de reduzir a multa diária para R\$ 100,00 (cem reais).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a sétima turma, POR MAIORIA, DECIDIU DAR PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO,

NOS TERMOS DO VOTO DA DES. FEDERAL INÊS VIRGÍNIA, COM QUEM VOTOU O DES. FEDERAL TORU YAMAMOTO, VENCIDO O RELATOR QUE LHE DAVA PROVIMENTO. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO E LAVRARÁ O ACÓRDÃO A DES. FEDERAL INÊS VIRGÍNIA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora para o Acórdão

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO (RELATOR):

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, contra decisão proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Bebedouro/SP que, em ação ajuizada por JOÃO JOSÉ DA SILVA, objetivando a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, determinou a implantação do benefício, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de multa diária no valor de R\$250,00 (duzentos e cinquenta reais).

Alega o recorrente, em síntese, ser indevida a multa cominatória, seja em razão de o segurado estar recebendo outro benefício (aposentadoria por idade), seja em decorrência da exiguidade do prazo concedido (48 horas), o qual, segundo alega, seria “impraticável”, tendo em vista o conhecido “excesso de serviço e carência de funcionários”.

O pedido de concessão de efeito suspensivo foi deferido (ID 103982758).

Não houve apresentação de resposta (ID 129980265).

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

VOTO

O EXMO. SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO (RELATOR):

O título executivo judicial formado na ação de conhecimento assegurou ao autor a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, a partir da citação (22/03/2005).

Com o retorno dos autos à origem, fora determinada a expedição de ofício à APSDJ, para implantação do benefício (fl. 198). Certificado o decurso de prazo, sobreveio a reiteração da ordem, por meio de comunicação eletrônica enviada em 16 de maio de 2019 (fl. 203), sem cumprimento, uma vez mais.

Daí a prolação da decisão impugnada, sendo que o respectivo e-mail fora enviado em 07 de outubro de 2019, e a implantação do benefício sido ultimada em 23 de outubro do ano em curso (fls. 214/215).

Pois bem.

A multa diária, prevista no artigo 461, §4º, do Código de Processo Civil (atuais artigos 536 e 537 do CPC/2015), é um instrumento processual, de natureza coercitiva, que visa assegurar a observância das ordens judiciais, bem como garantir a efetividade do direito reconhecido em prazo razoável.

Essa medida inibe o devedor de descumprir a obrigação de fazer, ou de não fazer, bem como o desestimula de adimpli-la tardiamente, mediante a destinação da multa ao credor da obrigação inadimplida.

Todavia, o arbitramento do valor das *astreintes* deve se pautar pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo que a quantia fixada não resulte em um enriquecimento indevido do credor, superando o benefício econômico que este porventura obteria caso a obrigação fosse adimplida voluntariamente pelo devedor.

Por essa razão, o artigo 461, §6º, do Código de Processo Civil de 1973 (atual artigo 537, §1º, do CPC/2015) confere ao magistrado a possibilidade de modificar, a qualquer tempo, de ofício ou a requerimento das partes, o valor e a periodicidade da multa, caso ela se mostre insuficiente ou excessiva.

No caso concreto, o INSS foi intimado para colocar em manutenção a aposentadoria por tempo de contribuição, no prazo de 48 horas.

Em que pese o retardo constatado, deve-se considerar que o prazo fixado para o cumprimento da ordem não atendeu ao princípio da razoabilidade, uma vez que 48 horas não se mostram suficientes para o processamento administrativo dos pedidos efetuados diretamente pelos segurados, conforme se infere do disposto no artigo 174 do Decreto n. 3.048/99, quiçá ao atendimento de ordem judicial, a qual demanda a elaboração de parecer prévio ou assessoria jurídica da Procuradoria do INSS, a fim de interpretar o alcance e o sentido do comando judicial, bem como orientar o setor administrativo sobre qual procedimento deve ser adotado.

Por fim, verifica-se que o autor não ficou, em momento algum, desprovido de renda para manutenção de sua subsistência, na medida em que recebeu os proventos relativos à aposentadoria por idade, até a véspera da implantação da benesse por tempo de contribuição, consoante informações extraídas do Sistema Plenus/Dataprev, disponível para acesso a este Gabinete.

Ora, não se deve perder de vista que a multa é imposta como meio coercitivo ao cumprimento da obrigação, e esta foi cumprida, ainda que com pequeno atraso. Bem por isso, não se justifica a oneração de toda a sociedade no seu pagamento.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento interposto pelo INSS, para reformar a decisão impugnada e declarar indevido o pagamento a título de multa diária.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

VOTO

EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA: Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, em face da r.decisão proferida no bojo de ação previdenciária movida por JOÃO JOSÉ DA SILVA, que determinou a implantação do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição à parte autora, no prazo de 48 horas, sob pena de multa diária no valor de R\$ 250,00.

O agravante sustenta que o prazo estipulado é exíguo e inviabiliza o cumprimento da decisão, estando o segurado em gozo de benefício de aposentadoria por idade.

O e. Relator, Desembargador Federal CARLOS DELGADO, em seu judicioso voto, deu provimento ao recurso, declarando ser indevido o pagamento a título de multa diária, pois, além do prazo ser exíguo, o autor não teria ficado, em momento algum, desprovido de renda para manutenção de sua subsistência, na medida em que recebeu os proventos relativos à aposentadoria por idade, até a véspera da implantação da benesse por tempo de contribuição. Ressaltou, também, que não se deve perder de vista que a multa é imposta como meio coerci-

tivo ao cumprimento da obrigação, que no caso foi cumprida, ainda que com pequeno atraso, não justificando a oneração de toda a sociedade no seu pagamento.

Com a devida venia ao e.Desembargador, passo a proferir voto divergente, consoante os seguintes fundamentos.

Segundo consta, pactuado e homologado acordo entre as partes, os autos baixaram à origem, sendo determinada a expedição de ofício à APSDJ/Araraquara – responsável pelo atendimento de demandas judiciais do INSS, para que fosse dado imediato cumprimento ao acordo com a implantação do benefício. A intimação foi feita por meio eletrônico, no dia 28/02/2019 (Num. 101863938 - Pág. 91), e reiterada, pela mesma via, no dia 16/05/2019 (Num. 101863938 - Pág. 95).

Certificado nos autos que, até 26/08/2019, não havia comprovação sobre o integral cumprimento da obrigação (Num. 101863938 - Pág. 96), situação ratificada pela parte autora, em 13/09/2019 (Num. 101863938 - Pág. 101), o Juízo “a quo” determinou o cumprimento da decisão judicial e implementação do benefício, no prazo de 48 horas, sob pena de incidência de multa diária de R\$ 250,00 (Num. 101863938 - Pág. 103).

A APSDJ/Araraquara foi intimada desta decisão, por meio eletrônico, no dia 07/10/2019 (Num. 101863938 - Pág. 104), e o benefício finalmente foi implantado no dia 23/10/2019.

Pois bem.

Com efeito, as ações previdenciárias nas quais o INSS é vencido acarretam duas obrigações distintas. A obrigação de implantar o benefício (Obrigação de Fazer) e a obrigação de pagar os valores atrasados (Obrigação de Pagar Quantia Certa).

Nesse passo, é possível a fixação de multa diária por atraso na implantação de benefício previdenciário, em razão de tratar-se de obrigação de fazer, não existindo qualquer ilegalidade quanto à sua aplicação, já que se trata de meio coercitivo autorizado por lei, que visa assegurar a efetividade no cumprimento da ordem expedida (art. 536, §1º, do CPC), desde que respeitado o princípio da proporcionalidade, nos termos do art. 461, § 6º do CPC/73 e art. 537, § 1º do atual CPC, *in verbis*:

“Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

§ 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:

I - se tornou insuficiente ou excessiva;

II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.”

Da legislação de regência extrai-se que a *astreinte* dever ser compatível e proporcional à obrigação que visa assegurar. Ademais, ela não pode ser irrisória – de modo que seja mais vantajoso para obrigado descumprir a respectiva obrigação –, tampouco excessiva, já que seu objetivo não é enriquecer o seu beneficiário, nem causar óbices intransponíveis ao obrigado.

Em outras palavras, a multa por descumprimento da obrigação possui função meramente intimidatória, não podendo ser aplicada como reparadora de danos, devendo guardar proporcionalidade e razoabilidade com o bem jurídico tutelado, de modo que a quantia fixada

não pode resultar em benefício econômico que supere a própria obrigação, sob pena de locupletamento indevido do credor.

Com esse panorama, considerando que o INSS foi intimado para implantar o benefício, nos dias 08/02/2019 e 16/05/2019, somente vindo a fazê-lo, no dia 23/10/2019, quando fixada multa diária pelo seu descumprimento, penso que a função intimidatória da multa cumpriu seu papel, e excluí-la, após o adimplemento da obrigação, a destempo, esvaziaria seu objetivo.

Por esse motivo, considero que o prazo exíguo de 48 horas, nesse específico caso, não se mostrou desarrazoado, já que, na verdade, o cumprimento da obrigação se deu após a terceira determinação judicial, não tendo o agravante apresentado motivos concretos que o impossibilitasse de cumprir a decisão judicial no prazo devido.

Por outro lado, entendo que o valor de R\$ 250,00 por dia de atraso deve ser reduzido para R\$ 100,00, representando tal valor, a meu ver, mais adequado aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade.

Com essas considerações, dou parcial provimento ao agravo de instrumento interposto pelo INSS, a fim de reduzir a multa diária para R\$ 100,00 (cem reais).

É como voto.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora para o Acórdão

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5003412-28.2020.4.03.0000

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE LAJES ORIENTE LTDA - EPP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS FRANCISCO
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/07/2020

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PENHORA. CRÉDITO JUNTO ÀS OPERADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO. PRESENÇA DOS REQUISITOS.

- Antes amparada pelo art. 655, VII, e pelo art. 655-A da lei processual civil de 1973 (na redação dada pela Lei nº 11.382/2006) e agora prevista no art. 866 do Código de Processo Civil vigente, a penhora sobre o faturamento é conciliável com a compreensão jurídica da menor onerosidade, situando-se na área de convergência entre os interesses legítimos do credor e a excessiva privação do patrimônio e das atividades do devedor.
- Por ser medida extrema e excepcional, a penhora sobre o faturamento exige os seguintes requisitos cumulativos, a serem apreciados pelo juízo competente em face do caso concreto: (i) demonstração de que o executado não tem outros bens penhoráveis ou, tendo-os, que esses são de difícil alienação ou insuficientes para saldar o crédito executado; (ii) não comprometimento da atividade empresarial, de modo que os percentuais da penhora devem ser compatíveis com o empreendimento, ponderando também o tempo adequado para a satisfação do crédito executado; (iii) a nomeação de administrador-depositário para acompanhamento e relato da satisfação do crédito. Precedentes do E.STJ.
- O termo “faturamento” deve ser contextualizado com o significado dado por legislações federais que cuidam de temas correlatos, em face do que emergem as disposições utilizadas para fins de Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), notadamente a Lei nº 4.506/1964 e o DL nº 1.598/1977. Assim, a penhora deve recair sobre faturamento, assim entendido o somatório de receitas brutas nos moldes da legislação do IRPJ e da CSLL, e não sobre receitas líquidas, lucro operacional ou lucro líquido.
- Quanto aos percentuais juridicamente apropriados para a penhora, a apreciação judicial também deve se pautar pelo direito positivo, sobre o que emergem as presunções sobre lucro presumido e também para cálculos de IRPJ e de CSLL por estimativa (dentre eles o art. 15 da Lei nº 9.249/1995, consolidadas no art. 592 e seguintes do RIR/2018). Esses percentuais não são arbitrários pois estão escorados em margens de lucros graduadas em face da diversidade de atividades econômicas desenvolvidas pelos contribuintes (embora pautados por padrões esperados ou regulares de empreendimentos sustentáveis), atendendo aos primados da igualdade e da liberdade (notadamente refletidos na competitividade).
- A jurisprudência vem admitindo a penhora sobre os créditos que as empresas possuem junto às operadoras de cartão de crédito, desde que satisfeitos os mesmos requisitos exigidos à penhora sobre o faturamento, por se tratar de medida excepcional.

- No caso em análise, os requisitos para a penhora sobre o faturamento (e, consequentemente, sobre os créditos junto às administradoras de cartão de crédito) estão presentes, uma vez que não foram localizados bens passíveis de penhora, restando infrutíferas as pesquisas realizadas, bem como o mandado de livre penhora.
- O percentual da penhora deve ser de 5% sobre os mencionados créditos, a fim de se evitar o comprometimento da atividade empresarial, devendo ser informado e comprovado pela empresa executada.
- Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento, para autorizar a penhora, limitada ao percentual de 5%, sobre os créditos que a empresa agravada possua junto às operadoras de cartão de crédito, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal CARLOS FRANCISCO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Carlos Francisco (Relator): Cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS em face de decisão que, em sede de cumprimento de sentença promovido em face da empresa ora agravada, indeferiu o pedido de penhora dos haveres que a executada recebe mensalmente em razão de operações por cartão de crédito.

A decisão agravada foi proferida nos seguintes termos:

“Trata-se de Cumprimento de Sentença promovido pelo Instituto Nacional do Seguro Social em face de INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE LAJES ORIENTE LTDA - EPP.

Pela petição ID 26112577, a exequente requereu a constrição de valores que a parte executada possui junto às administradoras de cartão de crédito.

Pois bem, atentando-se para o princípio da menor onerosidade da demanda (art. 805 ‘caput’ do CPC), a penhora de créditos da parte executada, junto às administradoras de cartões de crédito, é hipótese excepcionalíssima e só pode ser deferida em situações especiais, que não a dos autos.

Isso porque, a constrição sobre tais valores tem potencial repercussão na vida da empresa, podendo resultar na possibilidade de grave lesão ao regular desempenho de suas atividades. Vejamos entendimento a respeito:

(...)

Ante o exposto, indefiro o pedido da parte exequente.

No mais, suspendo o andamento desta execução, conforme anteriormente determinado.

Intime-se”.

Aduz, em apertada síntese, que: não cabe ao magistrado supor que um ato expropriatório será ineficaz antes mesmo de tentar praticá-lo; inexistem bens passíveis de constrição em nome da empresa executada, porém esta continua exercendo suas atividades de fabricação e

comércio de lajes; em razão da atividade desenvolvida, é muito provável que a empresa realize vendas por meio de cartão de crédito; deve ser operacionalizada a penhora dos valores que as administradoras de cartão de crédito irão pagar à executada.

Deferido o pedido de efeito suspensivo.

Não foi apresentada contraminuta.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS FRANCISCO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Carlos Francisco (Relator): Trata-se de cumprimento de sentença promovido pelo INSS em face da empresa executada.

A penhora sobre o faturamento da empresa tem amparo normativo e é via legítima para a satisfação de direitos do credor (incluindo o ente estatal que se serve de ação de execução fiscal). Antes amparada pelo art. 655, VII, e pelo art. 655-A da lei processual civil de 1973 (na redação dada pela Lei nº 11.382/2006), agora essa medida constritiva consta no art. 866 do Código de Processo Civil vigente:

Art. 866. Se o executado não tiver outros bens penhoráveis ou se, tendo-os, esses forem de difícil alienação ou insuficientes para saldar o crédito executado, o juiz poderá ordenar a penhora de percentual de faturamento de empresa.

§ 1º O juiz fixará percentual que propicie a satisfação do crédito exequendo em tempo razoável, mas que não torne inviável o exercício da atividade empresarial.

§ 2º O juiz nomeará administrador-depositário, o qual submeterá à aprovação judicial a forma de sua atuação e prestará contas mensalmente, entregando em juízo as quantias recebidas, com os respectivos balancetes mensais, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida.

§ 3º Na penhora de percentual de faturamento de empresa, observar-se-á, no que couber, o disposto quanto ao regime de penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel e imóvel.

Definida pela legislação como medida extrema, a penhora sobre o faturamento é conciliável com a compreensão jurídica da menor onerosidade, situando-se na área de convergência entre os interesses legítimos do credor e a excessiva privação do patrimônio e das atividades do devedor.

Por isso, por ser medida extrema e excepcional, a penhora sobre o faturamento exige os seguintes requisitos cumulativos, a serem apreciados pelo juízo competente em face do caso concreto: (i) demonstração de que o executado não tem outros bens penhoráveis ou, tendo-os, que esses são de difícil alienação ou insuficientes para saldar o crédito executado; (ii) não comprometimento da atividade empresarial, de modo que os percentuais da penhora devem ser compatíveis com o empreendimento, ponderando também o tempo adequado para a satisfação do crédito executado; (iii) a nomeação de administrador-depositário para acompanhamento e relato da satisfação do crédito.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes julgados do E. STJ:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC. INEXISTÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE FATURAMENTO. MEDIDA DE CARÁTER EXCEPCIONAL. AUSÊNCIA DE REQUISITOS PARA A DECRE-

TAÇÃO DA MEDIDA. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa aos arts. 489 e 1.022 do CPC.
2. Consoante a jurisprudência do STJ, “a penhora de faturamento da empresa só pode ocorrer em casos excepcionais, que devem ser avaliados pelo magistrado à luz das circunstâncias fáticas apresentadas no curso da Execução, obedecendo o que preceitua o art. 866 do CPC e desde que não existam outros bens penhoráveis e a constrição não afete o funcionamento da empresa” (REsp 1.696.970/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19.12.2017).
3. Hipótese em que a Corte *a quo*, com base nos elementos de convicção, concluiu que não foram preenchidos os requisitos para a decretação da medida. Asseverou: “(...) Não há elementos concretos que demonstrem a tentativa de localização de bens da empresa em seu próprio endereço nem tampouco que foi diligenciado junto aos cartórios de registros de imóveis na investida de localizar eventuais bens registrados em nome da devedora. Além do mais, ao que se verifica dos autos, a própria recorrente oferta diversos bens de sua titularidade como garantia à execução fiscal ajuizada em seu desfavor” (fl. 365, e-STJ).
4. Rever o entendimento consignado pelo acórdão recorrido requer revolvimento do conjunto fático-probatório, inadmissível ante o óbice da Súmula 7/STJ.
5. Recurso Especial conhecido somente com relação à preliminar de ofensa aos arts. 489 e 1.022 do CPC e, nessa extensão, não provido.
(REsp 1827222/AL, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/09/2019, DJe 11/10/2019)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA. AUSÊNCIA DE NOMEAÇÃO DE ADMINISTRADOR. ARTIGOS 677 E 678 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. QUESTÃO DECIDIDA EM MEDIDA CAUTELAR. AUSÊNCIA DE COISA JULGADA MATERIAL. REEXAME DE PROVA. INOCORRÊNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INOCORRÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A Primeira Seção deste Tribunal Superior firmou entendimento no sentido de que a penhora sobre o faturamento da empresa só é admitida em circunstâncias excepcionais, “quando presentes os seguintes requisitos: (a) não-localização de bens passíveis de penhora e suficientes à garantia da execução ou, se localizados, de difícil alienação; (b) nomeação de administrador (arts. 677 e seguintes do cpc); (c) não-comprometimento da atividade empresarial” (resp nº 903.658/sp, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, *in* DJe 13/10/2008).
2. Julgados os fatos tal como postos nos autos, não há falar em reexame dos elementos probatórios dos autos, restando afastada, na espécie, a incidência do enunciado nº 7 da súmula desta Corte Federal Superior.
3. A decisão proferida em medida cautelar não faz coisa julgada material, apenas formal (artigo 810 do Código de Processo Civil).
4. “O juízo firmado em sede de medidas de natureza cautelar é naturalmente precário, porquanto lastreado na plausibilidade do direito argüido pela parte, estando essas decisões sujeitas a posterior confirmação ou revogação. Não se pode, por isso mesmo, confundir esse exame, realizado com base em juízo de delibação essencialmente provisório e sumário, com aquele mais profundo e detalhado, próprio da fase de cognição plena e exauriente.” (Pet na Rcl nº 4.048/TO, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, *in* DJe 23/8/2010).
5. Decidida a questão relacionada ao cabimento da penhora sobre o faturamento da empresa, tanto no primeiro quanto no segundo grau da jurisdição, não há falar em supressão de instância.
6. Agravo regimental improvido.
(AGA 201001639016, HAMILTON CARVALHIDO, STJ - PRIMEIRA TURMA, 02/02/2011).

O conteúdo do termo “faturamento” deve ser contextualizado com o significado dado por legislações federais que cuidam de temas correlatos, em face do que emergem as disposições utilizadas para fins de Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), notadamente a Lei nº 4.506/1964 e o DL nº 1.598/1977. Assim, a penhora deve recair sobre faturamento, assim entendido o somatório de receitas brutas nos moldes da legislação do IRPJ e da CSLL, e não sobre receitas líquidas, lucro operacional ou lucro líquido.

Quanto aos percentuais juridicamente apropriados para essa penhora, a apreciação judicial também deve se pautar pelo direito positivo, sobre o que emergem as presunções sobre lucro presumido e também para cálculos de IRPJ e de CSLL por estimativa (nesse último caso, sujeitas a ajustes em declarações correspondentes).

De fato, padrões matemáticos e estatísticos, e até mesmo máximas de experiência, induzem à conclusão de que, em regra, há diferentes margens de lucro em razão da diversidade de segmentos econômicos nos quais os contribuintes realizam suas atividades empresariais (p. ex., prestações de serviços têm custos diretos menores e margens de lucros maiores quando se comparadas com que atividades industriais). Por isso, simplificando critérios de cálculo para apuração de lucro a partir de presunções normativas, há décadas a legislação federal estabelece percentuais aplicáveis sobre o faturamento (ou receita bruta) para apuração de renda ou lucratividade, para então se dar a imposição tributária pelas alíquotas cabíveis.

Esses percentuais, utilizados para apuração de lucro ou renda, não são arbitrários pois estão escorados em margens de lucros graduadas em face da diversidade de atividades econômicas desenvolvidas pelos contribuintes, embora sejam pautados por padrões esperados ou regulares de empreendimentos sustentáveis.

Quando o percentual para a penhora sobre o faturamento tem como parâmetro a estimativa ou presunção de lucro, os devedores terão ônus compatíveis com as margens operacionais de suas atividades (não havendo que se falar em impeditivos para seus empreendimentos causados exclusivamente pelo dever de pagar tributos), ao mesmo tempo em que o poder público verá o cumprimento das finalidades fiscais e extrafiscais da tributação. A fixação de parâmetros estimados ou presumidos, segundo o lucro, para a penhora sobre o faturamento também vai ao encontro dos primados da igualdade e da liberdade (notadamente refletidos na competitividade), porque o sistema tributário terá equilibrada distribuição entre os contribuintes, na medida em que ao menos a rentabilidade de seus empreendimentos estará exposta a deveres tributários exigidos de todos os demais agentes econômicos do mercado brasileiro.

Por isso, creio que a ponderada delimitação entre os interesses legítimos do credor e a excessiva onerosidade deve levar em consideração os percentuais estabelecidos em diversos dispositivos legais, dentre eles o art. 15 da Lei nº 9.249/1995, consolidadas no art. 592 e seguintes do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 9.580/2018 (RIR/2018). Essas referências legais devem pautar a penhora sobre o faturamento, de tal modo que os percentuais devem gravitar em paralelos aos percentuais estabelecidos pela legislação de regência para apuração do lucro presumido ou estimado, podendo variar em proporções adequadas em face do caso concreto.

Iniciado o cumprimento de sentença, o INSS apresentou cálculos no valor de R\$ 874.050,17, a título de principal, além de R\$ 87.405,17, a título de honorários advocatícios.

Foram efetuadas pesquisas RENAJUD, INFOJUD e BACENJUD, as quais retornaram com resultados negativos.

Expedido mandado de livre penhora, sobreveio certidão do Oficial de Justiça, informando que deixou de proceder à penhora, em virtude de não haver localizado bens livres e desembaraçados em nome da executada. Esclareceu, ainda, que se trata de uma indústria que fabrica artefatos de cimento, como lajes para casa, tubos e bebedouros.

O INSS, então, requereu a penhora dos haveres que a empresa possui junto a administradoras de cartão de crédito. A jurisprudência vem admitindo a penhora sobre os créditos que as empresas possuam junto às operadoras de cartão de crédito, desde que satisfeitos os mesmos requisitos exigidos à penhora sobre o faturamento, por se tratar de medida excepcional.

Nesse sentido, o seguinte julgado do C. STJ e deste E.TRF:

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENHORA DE VALORES DE CRÉDITOS FUTUROS RESULTANTES DE VENDAS EFETUADAS POR CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO. FATURAMENTO DA EMPRESA. MEDIDA EXCEPCIONAL. AGRAVO INTERNO DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Esta Corte possui o entendimento de que a penhora de créditos da parte executada, junto às administradoras de cartões de crédito, reclama a demonstração efetiva de que foram esgotados todos os meios disponíveis para a localização de outros bens penhoráveis. Precedentes: AgInt no REsp. 1.348.462/RS, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 4.3.2016; AgRg no AREsp. 450.575/MG, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 18.6.2014.

2. Em casos similares, esta Corte tem entendido que os recebíveis de operadoras de cartão de crédito equiparam-se ao faturamento da empresa e, por isso, devem ser restringidos, de forma a viabilizar o regular desempenho da atividade empresarial (REsp. 1.408.367/SC, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 16.12.2014).

3. Agravo Interno da FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO a que se nega provimento”. (AINTARESP - AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 886894 2016.00.72060-1, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA: 30/05/2019).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA SOBRE CRÉDITOS JUNTO A OPERADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO - POSSIBILIDADE.

1. A penhora consiste em ato serial do processo executivo objetivando a expropriação de bens do executado, a fim de satisfazer o direito do credor já reconhecido e representado por título executivo. Necessariamente, deve incidir sobre o patrimônio do devedor, constringendo ‘tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, juros, custas e honorários advocatícios’, nos precisos termos do art. 831 do Código de Processo Civil.

2. Do compulsar dos autos, denota-se não terem sido localizados bens passíveis de penhora (sistemas RENAJUD e BACENJUD). Posteriormente, a exequente requereu a penhora sobre os créditos da executada em face das empresas administradoras de cartão de crédito mencionadas, indeferido pelo Juízo.

3. Malgrado essa providência não conste do rol do artigo 11 da Lei n.º 6.830/80, na prática, tem sido aceita pela doutrina e pela jurisprudência. No entanto, exige-se cautela no que tange ao percentual objeto dessa constrição, para não tornar inviável o funcionamento da empresa. Precedentes”.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5019746-11.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal MAIRAN GONCALVES MAIA JUNIOR, julgado em 23/01/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/01/2020).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE O REPASSE DAS OPERADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO. EQUIVALÊNCIA À PENHORA DE FATURAMENTO.

1. Penhora sobre o repasse das operadoras de cartão de crédito que se equipara à penhora sobre faturamento da empresa. Precedente desta E. Corte.

2. Agravo de instrumento provido”.

(TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 541319 - 0024263-86.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR, julgado em 20/08/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 27/08/2015).

O percentual da penhora deve ser de 5% sobre os mencionados créditos, a fim de se evitar o comprometimento da atividade empresarial, devendo ser informado e comprovado pela empresa executada.

Como administrador da penhora, nomeio o representante legal da empresa executada.

Pelas razões expostas, DOU PROVIMENTO ao agravo de instrumento, para autorizar a penhora, limitada ao percentual de 5%, sobre os créditos que a empresa agravada possua junto às operadoras de cartão de crédito.

É o voto.

Desembargador Federal CARLOS FRANCISCO - Relator

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL

5003790-81.2020.4.03.0000

Suscitante: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO/SP - 1ª VARA FEDERAL

Suscitada: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO/SP - JEF

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BATISTA GONÇALVES

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/07/2020

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO FEDERAL E JEF. VALOR DA CAUSA INFERIOR A 60 SALÁRIOS MÍNIMOS. NECESSIDADE DE PERÍCIA CONSIDERADA COMPLEXA. IRRELEVÂNCIA PARA FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA. PROCEDÊNCIA DO INCIDENTE.

I - A parte autora objetiva a conversão de benefício de aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria especial. Atribuiu à causa o valor de R\$ 18.878,88 (dezoito mil oitocentos e setenta e oito reais e oitenta e oito centavos) e incorreu debate a tal propósito. Considerando que o ajuizamento operou-se em 06/2019, faz-se nítida a competência do JEF.

II - A aduzida complexidade de exame pericial não frustra a competência do JEF, sob pena de instituição de possibilidade de burla competencial. Precedentes.

III - Conflito negativo de competência que se julga procedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Seção, por unanimidade, decidiu julgar procedente o conflito de competência, para declarar competente para processamento e julgamento do feito subjacente o Juizado Especial Federal de São José do Rio Preto/SP, nos termos do voto do Desembargador Federal BATISTA GONÇALVES (Relator), no que foi acompanhado pelas Juízas Federais Convocadas LEILA PAIVA e VANESSA MELLO e pelos Desembargadores Federais BAPTISTA PEREIRA, NEWTON DE LUCCA, THEREZINHA CAZERTA, SÉRGIO NASCIMENTO, LUIZ STEFANINI, LUCIA URSAIA, TORU YAMAMOTO, DAVID DANTAS, GILBERTO JORDAN, PAULO DOMINGUES, NELSON PORFIRIO, CARLOS DELGADO e INÊS VIRGÍNIA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal BATISTA GONÇALVES - Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo Federal da 1ª Vara de São José do Rio Preto/SP em face do Juizado Especial Federal de São José do Rio Preto/SP, visando à definição do juízo competente para julgamento de ação de conversão de benefício de aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria especial.

A demanda foi, originalmente, ajuizada perante o JEF, sobrevivendo declinação de competência, ao entendimento de que o pedido de perícia técnico-ambiental deduzido pelo autor não se compatibiliza com o rito sumaríssimo, o qual autorizaria, apenas, perícias informais, nos termos do artigo 35 da Lei nº 9.099/95 e Enunciado 91 do FONAJEF (ID 124720717 - pp. 1 e ss.).

Redistribuídos os autos à Vara Federal, foi suscitado o presente incidente, argumentando-se que o valor da causa é inferior ao importe de alçada do Juizado e que a complexidade da prova não é de molde a lhe suprimir a competência (ID 124720717 - pp. 7 e ss.).

Neste Tribunal, foi designado o E. Juízo suscitante para resolver, provisoriamente, as possíveis medidas urgentes no feito subjacente (ID nº 125611995).

O Ministério Público Federal, por sua vez, entendeu pela ausência de fundamentos à sua intervenção nos autos, requerendo o prosseguimento do feito (ID nº 126070149 - pp. 1 e ss.).

É o relatório.

Desembargador Federal BATISTA GONÇALVES - Relator

VOTO

Cumprе observar, de início, que o valor da causa deve corresponder, tanto quanto possível, ao proveito econômico vindicado pelo demandante, sendo-lhe defeso atribuir importe aleatório, visto trazer reflexos na relação processual, inclusive na definição da competência para processamento e julgamento da ação.

Nesse sentido, a fim de evitar eventual burla às normas de competência, admite-se que o magistrado determine a adequação ou mesmo, *motu proprio*, proceda ao ajustamento do valor da causa, com fundamento nos elementos do caso concreto.

A propósito, necessário recordar que o estabelecimento do valor da causa ganhou maior relevância com o advento da Lei nº 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e estatuiu sua competência absoluta para o processamento, conciliação e julgamento das causas na Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos (artigo 3º, *caput*).

Disciplinando as demandas que versem sobre prestação de trato sucessivo, o referido diploma legal estabelece, em seu artigo 3º, § 2º, que “para fins de competência do Juizado Especial, a soma de doze parcelas não poderá exceder o valor referido no art. 3º, *caput*”.

Nada obstante, compreende-se que, quando a demanda versar a respeito de importâncias vencidas e a vencer, imperioso atentar-se à disciplina estatuída no artigo 260 do CPC/1973, correspondente ao artigo 292, §§ 1º e 2º, do NCPC, com a contabilização das prestações já vencidas, bem como daquelas por vencer.

Merecem transcrição os seguintes precedentes jurisprudenciais:

“PROCESSO CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO FEDERAL COMUM E JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. PEDIDO DE CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE PRESTAÇÕES VENCIDAS E VINCENDAS . APLICAÇÃO DO ART. 260 DO CPC C/C O ART. 3º, § 2º, DA LEI 10.259/2001 PARA A FIXAÇÃO DO VALOR DA CAUSA E, CONSEQUENTEMENTE, DA COMPETÊNCIA. PRECEDENTES. COMPETÊNCIA DO JUÍZO COMUM FEDERAL. ANULAÇÃO DE SENTENÇA DE MÉRITO PROFERIDA PELO JUÍZO TIDO POR INCOMPETENTE.

ART. 122, *CAPUT*, E PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC.

1. O art. 3º, *caput*, da Lei nº 10.259/2001 define a competência dos juizados especiais federais para toda demanda cujo valor da ação não ultrapasse 60 (sessenta) salários-mínimos. De acordo com § 2º do dispositivo mencionado, quando a demanda tratar de prestações vincendas, o valor de doze prestações não poderá ser superior ao limite fixado no *caput*.

2. Todavia, na hipótese do pedido englobar prestações vencidas e vincendas, há neste Superior Tribunal entendimento segundo o qual incide a regra do art. 260 do Código de Processo Civil, que interpretado conjuntamente com o mencionado art. 3º, § 2º, da Lei 10.259/2001, estabelece a soma das prestações vencidas mais doze parcelas vincendas, para a fixação do conteúdo econômico da demanda e, consequentemente, a determinação da competência do juizado especial federal.

3. De se ressaltar que a 2ª Turma Recursal do Juizado Especial Federal Cível da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, no julgamento da apelação, suscitou o presente conflito de competência, sem antes anular a sentença de mérito proferida pelo juízo de primeira instância, o que, nos termos da jurisprudência desta Corte, impede o seu conhecimento.

4. Todavia, a questão posta em debate no presente conflito de competência encontra-se pacificada no âmbito Superior Tribunal de Justiça. Dessa forma, esta Casa, em respeito ao princípio da celeridade da prestação jurisdicional, tem admitido a anulação, desde logo, dos atos decisórios proferidos pelo juízo considerado incompetente, remetendo-se os autos ao juízo declarado competente, nos termos do art. 122, *caput*, e parágrafo único, do Código de Processo Civil.

5. conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 2ª Vara Previdenciária da Seção Judiciária de São Paulo, ora suscitado, anulando-se a sentença de mérito proferida pelo juízo especial federal de primeira instância”.

(CC 200702617328, MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, STJ - TERCEIRA SEÇÃO, DJE DATA:26/08/2008 RT VOL.:00878 PG:00146.)

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. TURMA RECURSAL DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL E JUÍZO FEDERAL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DE REVISÃO DE BENEFÍCIO. LEI 10259/01. PRESTAÇÕES VENCIDAS E VINCENDAS - SOMATÓRIO. VALOR DE ALÇADA.

Do exame conjugado da Lei 10259/01 com o art. 260 do CPC, havendo parcelas vincendas, tal valor deve ser somado às vencidas para os fins da respectiva alçada. conflito conhecido declarando-se a competência da Justiça Federal.”

(CC 46732/MS, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/02/2005, DJ 14/03/2005, p. 191)

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUIZADO ESPECIAL FEDERAL E JUÍZO FEDERAL DA MESMA SEÇÃO JUDICIÁRIA. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SFH. REVISÃO DAS PARCELAS VENCIDAS E VINCENDAS. VALOR DA CAUSA. RELAÇÃO. CONTEÚDO ECONÔMICO DA LIDE.

1. Compete ao Superior Tribunal de Justiça o julgamento de conflito de competência instaurado entre Juízo Federal e Juizado Especial Federal da mesma Seção Judiciária.

2. Consoante entendimento pacificado desta Corte, o valor da causa deve corresponder ao proveito econômico que o autor pretende obter com o provimento jurisdicional.

3. No caso em tela, a revisão abrange tanto as parcelas vencidas quanto as vincendas, razão pela qual o proveito econômico almejado pelos autores muito provavelmente ultrapassa o limite de 60 (sessenta) salários mínimos estabelecidos na Lei nº 10.259/2001. 4. conflito de competência conhecido para declarar a competência do JUÍZO FEDERAL DA 12ª VARA CÍVEL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO, o suscitado.”

(CC 200702482159, FERNANDO GONÇALVES, STJ - SEGUNDA SEÇÃO, DJE DATA:01/04/2008)

Em recente pronunciamento, assim decidiu este egrégio Colegiado:

“PREVIDENCIÁRIO. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. VALOR DA CAUSA EXCEDE A SESENTA SALÁRIOS MÍNIMOS. COMPETÊNCIA DA 4ª VARA FEDERAL DE CAMPINAS/SP.

I - A Lei nº 10.259/01, que instituiu o Juizado Especial Federal, tem por escopo ampliar a garantia de acesso à justiça, imprimindo maior celeridade na prestação jurisdicional, atribuindo competência absoluta onde houver sido instalada a Vara respectiva, para apreciar e julgar causas até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos.

II - Nos termos do §3º do art. 3º da Lei nº 10.259/01, a competência do Juizado Especial Federal somente é absoluta no foro onde houver sido instalada a respectiva Vara, para causas cujo valor não exceda o limite estabelecido.

III - Em ação previdenciária que envolva parcelas vencidas e vincendas, os valores devem ser somados para apuração do valor da causa, de acordo com o que preceituava o artigo 260 do anterior CPC/1973, hoje previsto no artigo 292, §§ 1º e 2º do Novo CPC/2015, bem como para a fixação da competência, na forma do artigo 3º, *caput*, da Lei nº 10.259/2001.

IV - O valor atribuído à causa deve ser certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediato, devendo corresponder ao benefício patrimonial almejado pela parte autora da demanda originária.

V - Presentes os elementos concretos que auxiliem na formação de sua convicção, o Juiz da causa pode, de ofício, corrigir o valor consignado na petição inicial, quando esse for taxativamente previsto em lei.

VI - O autor da ação originária, ajuizada em 2015, pleiteia a revisão de seu benefício previdenciário (DIB em 15/03/91) com a aplicação do coeficiente teto após o primeiro reajuste (art. 26 da Lei 8.870/94 ou art. 21, § 3º, da Lei 8.880/94) e a aplicação dos novos valores dos tetos previdenciários definidos pelas Emendas Constitucionais nºs 20/1998 e 41/2003.

VII - Conforme cálculo elaborado pela Contadoria Judicial do Juizado Especial Federal, a soma da diferença entre o valor devido e o valor recebido das prestações vencidas, observada a prescrição quinquenal, mais as doze parcelas vincendas, acrescidas dos consectários legais, resulta em valor superior a 60 (sessenta) salários mínimos.

VIII - conflito negativo de competência julgado procedente. Competência do Juízo Federal da 4ª Vara Federal de Campinas/SP.”

(CC 00109672620164030000, Relatora DESEMBARGADORA FEDERAL TANIA MARANGONI, TERCEIRA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 19/09/2016).

No mesmo diapasão, confira-se ainda: CC 00647131820074030000, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3, e-DJF3 Judicial 1 DATA:29/06/2010 PÁGINA: 50.

No que toca, especificamente, às parcelas vencidas, a melhor exegese caminha no sentido de se considerar o montante do débito corrigido monetariamente até o ajuizamento da ação, máxime porque, por força do art. 293 do CPC/1973 - repisado no § 1º do artigo 322 do NCPC, os acréscimos legais se compreendem no pedido principal, ainda quando o autor não tenha, expressamente, requerido sua incidência.

No caso vertente, a parte autora objetiva a conversão de benefício de aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria especial. Atribuiu à causa o valor de R\$ 18.878,88 (dezoito mil oitocentos e setenta e oito reais e oitenta e oito centavos) e inexistiu debate a tal propósito. Considerando que o ajuizamento operou-se em 06/2019, época em que o salário mínimo encontrava-se fixado em R\$ 880,00, faz-se nítida a competência do JEF.

Observe-se, por outro lado, que a aduzida complexidade de exame pericial não é de sorte a afastar a competência do JEF. Se assim fosse, o demandante disporia de mecanismo hábil a

ladear a competência do JEF, violando o princípio do juiz natural – bastaria a postulação de perícia notoriamente dificultosa.

Consulte-se a jurisprudência nesse particular:

“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUIZADO ESPECIAL FEDERAL E JUÍZO FEDERA DA MESMA SUBSEÇÃO. COMPLEXIDADE DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESPECIALIZADA DEFINIDA PELO VALOR DA CAUSA. CONFLITO IMPROCEDENTE.

- Aos Juízos Especiais Federais compete examinar causas de menor complexidade, conceito que se afere, no campo cível, pelo valor da causa, que, no caso, é inferior ao teto que viabiliza sua atuação.

- Eventual necessidade de perícia não afasta a competência do Juizado, uma vez que tal limitação não consta das exceções previstas na Lei nº 10.259-2001.

- Precedentes do C. STJ.

- Conflito que se julga improcedente, para fixar a competência da JEF na hipótese”.

(TRF-3ª; CC 11773-SP; 3ª Seção; Rel. Juiz Federal Convocado Roberto Lemos; j. 22.10.2010; e-DJF3 05.05.2010)

Agregue-se que essa específica temática tornou à discussão no Colegiado quando da sessão realizada em 14/05 p.p., quando, uma vez mais, prestigiou-se a exegese de que a complexidade da perícia não subtrai o atuar do Juizado. Reporto-me ao Conflito de Competência proc. reg. n. 5003825-41.2020.4.03.0000, de relatoria do E. Des. Federal Sérgio Nascimento.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE O CONFLITO DE COMPETÊNCIA, para declarar competente para processamento e julgamento do feito subjacente o Juizado Especial Federal de São José do Rio Preto/SP.

É como voto.

Desembargador Federal BATISTA GONÇALVES - Relator

AVOCATÓRIA

5010620-63.2020.4.03.0000

Suscitante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Suscitadas: MARIA HELENA COELHO MARTINS PRATT, COMARCA DE CONCHAS/SP - 2ª VARA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA - PRESIDENTE

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/07/2020

DECISÃO

Cuida-se de pedido de avocação de autos formulado pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS referente ao feito nº 1000238-62.2017.8.26.0145, em tramitação perante a 2ª Vara da Comarca de Conchas-SP, tendo em vista a não submissão de sentença concessiva de aposentadoria por tempo de serviço ao duplo grau obrigatório.

O pedido, na ação originária, foi julgado procedente, nos seguintes termos (ID 131471005 – fls. 100/103):

“Ante o exposto, e face à fundamentação expendida, JULGO PROCEDENTE o pedido deduzido na inicial para o fim de CONDENAR a AUTARQUIA-RÉ a implantar o benefício de aposentadoria por idade, desde a data do requerimento administrativo, calculando-se R.M.I. As prestações vencidas deverão ser apuradas e corrigidas monetariamente, a partir de cada vencimento, pelo IPCA-E, e acrescidas de juros de mora, na forma do art.1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09 - vigente desde 30.06.2009, nos termos do acórdão proferido no Rext nº 870/947/SE (Tema 810) e já publicado, Rel. Min. Luiz Fux. Por fim, em razão da sucumbência, condeno o INSS ao pagamento de honorários advocatícios, fixados, consoante apreciação equitativa, em R\$1.000,00, sem condenação nas custas processuais, em razão da isenção instituída pelo artigo 8º, § 1º, da Lei nº 8.620, de 5 de janeiro de 1993. Assim, encerro a fase de conhecimento com fundamento no art. 487, inc. I, do Código de Processo Civil/2015. Por se tratar de sentença ilíquida, impõe-se o reexame necessário (Súmula nº 490 do Superior Tribunal de Justiça). Decorrido o prazo de recurso voluntário (e seu processamento), remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal Regional Federal 3ª Região para apreciação da fase recursal.”.

Sustenta o INSS não poder a sentença “fixar a necessidade de reexame e, depois, tal mandamento ser ignorado para se promover verdadeira ‘execução provisória de execução de pagar contra a Fazenda Pública’, à míngua da remessa necessária”.

Aduz, outrossim, que “a sentença contrária à Fazenda Pública não transita em julgado antes de ser julgada pelo tribunal, não é possível sua execução, mormente em se considerando que a dispensa do reexame pelo valor pressupõe sentença líquida, o que não é o caso dos autos”.

Requer, portanto, a declaração de nulidade da certidão de trânsito em julgado, com a consequente avocação dos autos da ação ordinária em trâmite na 2ª Vara Cível da Comarca de Conchas/SP, para reexame necessário, fato determinante para o trânsito em julgado da sentença.

Por meio do despacho ID 13148257, foi determinada a ciência do polo ativo do feito nº 1000238-62.2017.8.26.0145 quanto à distribuição da presente avocatória, bem como foram solicitadas informações à 2ª Vara da Comarca de Conchas-SP e remetidos os autos ao Ministério Público Federal, para manifestação.

O juízo *a quo* prestou informações no sentido de ter sido prolatada decisão, em 20 de abril de 2020, indeferindo o pedido do INSS de remessa dos autos à Superior Instância, pelo fato de a soma das parcelas vencidas não atingir o valor de 1.000 salários mínimos, nos termos do artigo 496, §3º, I, do Código de Processo Civil (ID 132078690).

Contestação apresentada (ID 132622303), por meio da qual a Sra. Maria Helena Coelho Martins Pratt requereu seja a presente advocatória julgada improcedente, uma vez que a condenação não ultrapassa o valor de 1.000 salários mínimos.

O Ministério Público Federal opinou pelo indeferimento da advocatória (ID 136422314), tendo em vista que o C. STJ possui entendimento no sentido de que “a sentença que defere benefício previdenciário é espécie de condenação absolutamente mensurável, visto que pode ser aferível por simples cálculos aritméticos. Isso porque a lei de regência prevê os critérios e a forma de cálculo, o qual é realizado pelo próprio INSS”, sendo aplicável, portanto, a disciplina estabelecida no artigo 496, §3º, I, do Código de Processo Civil de 2015.

É o relatório.

DECIDO.

A advocatória constitui instrumento destinado a trazer ao Tribunal os autos de processo judicial incorretamente retidos no juízo de origem, viabilizando à Presidência do Tribunal – garantidora da competência de seus respectivos órgãos colegiados – detectar e, eventualmente, sanar irregularidade na atuação de unidade judiciária de primeiro grau.

Como se pode verificar, o âmbito de cognição da advocatória é restrito, circunscrevendo-se verificar, no caso concreto, se há ou não usurpação da competência da instância superior.

Na presente hipótese, o pedido de avocação encontra arrimo no art. 496 do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á.

§ 2º Em qualquer dos casos referidos no § 1º, o tribunal julgará a remessa necessária.

§ 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:

I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - 500 (quinhentos) salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados;

III - 100 (cem) salários-mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

Não se desconhece que, ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, o C. Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 490, estabelecendo que “a dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a 60 salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas”.

Ocorre que referida Corte Superior, a partir dos novos parâmetros definidos no art. 496, § 3º, I, do CPC/2015, a dispensar do duplo grau obrigatório as sentenças contra a União e suas autarquias cujo valor da condenação ou do proveito econômico seja inferior a mil salários mínimos, firmou entendimento no sentido de não se aplicar a orientação da Súmula 490 do STJ às sentenças ilíquidas nos feitos de natureza previdenciária. Confira-se:

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. SENTENÇA ILÍQUIDA. CPC/2015. NOVOS PARÂMETROS. CONDENAÇÃO OU PROVEITO ECONÔMICO INFERIOR A MIL SALÁRIOS MÍNIMOS. REMESSA NECESSÁRIA. DISPENSA.

1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, ‘os recursos interpostos com fundamento no CPC de 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’ (Enunciado Administrativo n. 3).
2. Não merece acolhimento a pretensão de reforma do julgado por negativa de prestação jurisdicional, porquanto, no acórdão impugnado, o Tribunal *a quo* apreciou fundamentadamente a controvérsia, apontando as razões de seu convencimento, em sentido contrário à postulação recursal, o que não se confunde com o vício apontado.
3. A controvérsia cinge-se ao cabimento da remessa necessária nas sentenças ilíquidas proferidas em desfavor da Autarquia Previdenciária após a entrada em vigor do Código de Processo Civil/2015.
4. A orientação da Súmula 490 do STJ não se aplica às sentenças ilíquidas nos feitos de natureza previdenciária a partir dos novos parâmetros definidos no art. 496, § 3º, I, do CPC/2015, que dispensa do duplo grau obrigatório as sentenças contra a União e suas autarquias cujo valor da condenação ou do proveito econômico seja inferior a mil salários mínimos.
5. A elevação do limite para conhecimento da remessa necessária significa uma opção pela preponderância dos princípios da eficiência e da celeridade na busca pela duração razoável do processo, pois, além dos critérios previstos no § 4º do art. 496 do CPC/15, o legislador elegeu também o do impacto econômico para impor a referida condição de eficácia de sentença proferida em desfavor da Fazenda Pública (§ 3º).
6. A novel orientação legal atua positivamente tanto como meio de otimização da prestação jurisdicional – ao tempo em que desafoga as pautas dos Tribunais – quanto como de transferência aos entes públicos e suas respectivas autarquias e fundações da prerrogativa exclusiva sobre a rediscussão da causa, que se dará por meio da interposição de recurso voluntário.
7. Não obstante a aparente iliquidez das condenações em causas de natureza previdenciária, a sentença que defere benefício previdenciário é espécie absolutamente mensurável, visto que pode ser aferível por simples cálculos aritméticos, os quais são expressamente previstos na lei de regência, e são realizados pelo próprio INSS.
8. Na vigência do Código Processual anterior, a possibilidade de as causas de natureza previdenciária ultrapassarem o teto de sessenta salários mínimos era bem mais factível, considerado o valor da condenação atumonetariamente.
9. Após o Código de Processo Civil/2015, ainda que o benefício previdenciário seja concedido com base no teto máximo, observada a prescrição quinquenal, com os acréscimos de juros, correção monetária e demais despesas de sucumbência, não se vislumbra, em regra, como uma condenação na esfera previdenciária venha a alcançar os mil salários mínimos, cifra que no ano de 2016, época da propositura da presente ação, superava R\$ 880.000,00 (oitocentos e oitenta mil reais).

9. Recurso especial a que se nega provimento.”

(REsp 1.735.097 – RS, Rel. MINISTRO GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, j. 08.10.2019, DJE 11.10.2019)

Nesse mesmo sentido caminhou a Jurisprudência das Turmas integrantes da 3ª Seção desta E. Corte Regional, consoante se colhe dos seguintes arestos, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. REMESSA OFICIAL. SENTENÇA ILÍQUIDA. NÃO OCORRÊNCIA. PREVIDENCIÁRIO. ATIVIDADE ESPECIAL. RUÍDO. AGENTES QUÍMICOS. APOSENTADORIA ESPECIAL. AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO EM LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ.

I- Quanto à sujeição da sentença ao duplo grau de jurisdição por ser ilíquida, observo que líquida é a sentença cujo quantum debeat ser obtido por meros cálculos aritméticos, sem a necessidade de nova fase de produção de provas ou de atividade cognitiva futura que venha a complementar o título judicial. Inviável, portanto, acolher a interpretação conferida pela autarquia ao conceito de sentença ilíquida.

(...)

VIII- Matéria preliminar rejeitada. No mérito, apelação do INSS parcialmente provida.

(TRF 3ª Região, 8ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5019850-78.2018.4.03.6183, Rel. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA, julgado em 24/06/2020, Intimação via sistema DATA: 26/06/2020)

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REEXAME NECESSÁRIO NÃO CONHECIDO. TERMO INICIAL. CONSECTÁRIOS.

- De acordo com o artigo 496, § 3º, inciso I, do Código de Processo Civil/2015, não será aplicável o duplo grau de jurisdição quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a 1.000 (mil) salários mínimos.

- Embora a sentença seja ilíquida, resta evidente que a condenação ou o proveito econômico obtido na causa não ultrapassa o limite legal previsto, enquadrando-se perfeitamente à norma insculpida no parágrafo 3º, I, artigo 496 do NCPC, razão pela qual se impõe o afastamento do reexame necessário.

(...)

- Apelação do INSS provida em parte.

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 0346642-11.2020.4.03.9999, Rel. Desembargador Federal GILBERTO RODRIGUES JORDAN, julgado em 01/07/2020, Intimação via sistema DATA: 03/07/2020) - grifei.

PROCESSO CIVIL. REMESSA OFICIAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. ART. 48, §1º, DA LEI 8.213/91. ATIVIDADE RURAL COMPROVADA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADA POR PROVA TESTEMUNHAL. REQUISITOS PREENCHIDOS. BENEFÍCIO DEVIDO. CUSTAS.

1. Sentença proferida já na vigência do Código de Processo Civil de 2015, razão pela qual se deve observar o disposto no art. 496, §3º, I. Não obstante a sentença ser ilíquida, é certo que o proveito econômico obtido pela parte autora não superará o valor de 1.000 salários mínimos. (...)

5. Remessa oficial não conhecida. Apelação do INSS desprovida. Fixados, de ofício, os consectários legais.

(TRF 3ª Região, 10ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5001188-93.2020.4.03.9999, Rel. Desembargador Federal NELSON DE FREITAS PORFIRIO JUNIOR, julgado em 01/07/2020, Intimação via sistema DATA: 03/07/2020) - grifei.

E essa é a hipótese dos autos.

Com efeito, da planilha de cálculos apresentada na ação subjacente para fins de cumprimento de sentença (cópia dos autos sob ID nº 131471005), verifica-se, de plano e mediante simples cálculos aritméticos, que o valor da condenação (R\$ 160.299,18, atualizado até outubro de 2019) está muito aquém daquele estampado no art. 496, § 3º, I, do CPC.

Por conseguinte, não verificada hipótese de remessa oficial, de rigor o indeferimento do pedido, não se afigurando suficiente para atrair a competência desta Corte o erro material constante da sentença, o qual foi posteriormente esclarecido e retificado pelo juízo de primeiro grau, vale sublinhar.

Ante o exposto, indefiro o pedido de avocação de autos.

Intimem-se.

Comunique-se ao juízo 2ª Vara da Comarca de Conchas-SP.

Publique-se.

Após, ao Ministério Público Federal.

Decorrido o prazo legal sem a interposição de recursos, archive-se.

São Paulo, 8 de julho de 2020.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Presidente

Direito Processual Penal



REVISÃO CRIMINAL

5028174-79.2018.4.03.0000

Requerente: TIAGO MAIA SILVA
Requerido: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/07/2020

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. REVISÃO CRIMINAL. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. ROUBO QUALIFICADO. IMPOSSIBILIDADE DE ABSORÇÃO OU CONCURSO FORMAL. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. CORRUPÇÃO DE MENORES. DOSIMETRIA DA PENA MANTIDA. CONFORMIDADE COM A PROVA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO REVISIONAL.

1. Consoante reiteradas decisões deste Tribunal, a efetiva ocorrência de cada uma das hipóteses de cabimento do pedido revisional, taxativamente elencadas no art. 621, incisos I, II, e III, do Código de Processo Penal, implica, necessariamente, o exame do mérito da ação.
2. Em sede revisional, a defesa requereu a exclusão da exasperação da pena-base no crime de extorsão mediante sequestro, a absorção do crime de roubo pela conduta do crime de extorsão ou, subsidiariamente, a aplicação da regra do concurso formal em sua fração mínima, a exclusão da exasperação da pena-base aplicada no crime de corrupção de menores e o redimensionamento da pena de multa.
3. Cumpre ponderar que, em sede de revisão criminal, é inadmissível alterar a pena imposta de acordo com os parâmetros legais. Somente em casos excepcionais, em que manifesta a injustiça ou a violação às normas de regência, poderá ser atendido o pedido revisional, não se mostrando a revisão criminal a via adequada à simples reapreciação dos critérios da individualização da pena.
4. Verifica-se que não há qualquer ilegalidade a ser reconhecida, haja vista que o aumento empreendido à pena-base está devidamente fundamentado nas consequências nefastas trazidas pela conduta delitiva.
5. O aumento empreendido à pena-base do crime de extorsão mediante sequestro está devidamente fundamentado nas consequências nefastas do crime apuradas no conjunto probatório, não se tratando de temor inerente ao crime, mas de danos materiais e psicológicos que caminharam para além do que se espera em delitos desse jaez.
6. A consequência desabonadora válida a recrudescer a pena-base do crime de corrupção de menores está alicerçada nas escutas telefônicas de onde se depreendeu a ativa participação do menor na quadrilha, até influenciando os demais, o que ressalta a progressiva influência negativa que a prática reiterada de crimes, na companhia dos demais corréus corruptores, operou sobre a formação do menor, tornando-o ousado criminoso.
7. Não há absorção do crime de roubo ou aplicação da regra do concurso formal, na forma do artigo 70 do Código Penal se a independência do crime de roubo resulta do conjunto probatório, sendo que a consumação do roubo ocorreu antes mesmo da prática do primeiro ato de consumação do crime de extorsão mediante sequestro. A

extorsão não é meio necessário para a prática do crime de roubo, tampouco o inverso, razão pela qual não se mostra possível a aplicação do princípio da consunção entre os referidos delitos. Temos crimes praticados mediante mais de uma ação, com desígnios autônomos.

8. Resta claro que a reprimenda imposta ao revisionando resultou da razoável interpretação das provas e da legislação vigente, não sendo possível sua reforma por meio da presente revisão criminal.

9. Revisão criminal improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Seção, por unanimidade, decidiu julgar improcedente a revisão criminal, mantendo o acórdão impugnado em sua integralidade, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de REVISÃO CRIMINAL ajuizada por TIAGO MAIA SILVA, com fundamento no artigo 621, I, do Código de Processo Penal, em face do v. acórdão proferido pela Décima Primeira Turma, que, nos autos da Apelação Criminal nº 0000607-67.2009.4.03.6114 (ID 9885526 e 9885525).

A presente ação foi ajuizada pelo próprio requerente TIAGO MAIA SILVA.

Após a juntada das principais peças da ação penal, a Defensoria Pública da União assumiu a defesa do réu e apresentou razões técnicas (ID 89886292) e pretende:

1) a redução da pena-base aplicada ao crime de extorsão, pois a alteração do modo de vida familiar em razão do medo e a mudança de endereço pelas vítimas não configura consequência negativa, sendo que não houve nenhum extrapolamento do que é normal ao tipo, quanto à violência aplicada por Tiago.

2) que o crime de roubo seja absorvido, porquanto *toda a ação integra-se na ação da extorsão mediante sequestro, conglobando o inicial de roubo, tratando-se assim, toda a imputação de verdadeiro bis in idem, não sendo apenas a restrição de liberdade que se confunde entre os dois tipos, mas também, a ameaça, uso de arma e a própria finalidade de uso dos bens para o crime fim*. Subsidiariamente, pede a aplicação da regra do concurso formal, na forma do artigo 70 do Código Penal, em sua fração mínima.

3) Seja excluída a exasperação da pena-base aplicada no crime de corrupção de menores, pois fundamentada em argumentos contrários a prova dos autos.

4) Seja a pena de dias-multa redimensionada proporcionalmente as reduções acima pleiteadas.

A Procuradoria Regional da República manifestou-se pela extinção sem julgamento do mérito da revisão criminal e, subsidiariamente, no mérito, pela sua improcedência (ID 91646300).

O requerente, de próprio punho, renovou o pedido revisional (ID 120116153).

É o relatório.

À Revisão, na forma regimental.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

VOTO

Do Cabimento da Revisão Criminal.

Consoante reiteradas decisões deste Tribunal (v.g. RVC 00272252420104030000, Márcio Mesquita, E-DJF3 Judicial 1 Data:16.07.2013; RVC 00122644420114030000, Cotrim Guimarães, E-DJF3 Judicial 1 Data:20.12.2012; RVC 00063749020124030000, Cecília Mello, E-DJF3 Judicial 1 Data: 29.04.2013), a efetiva ocorrência de cada uma das hipóteses de cabimento do pedido revisional, taxativamente elencadas no art. 621, incisos I, II, e III, do Código de Processo Penal, implica, necessariamente, o exame do mérito da ação.

Nessa ordem de ideias, considerando que para o conhecimento da revisão criminal basta a mera afirmação de que está ou estão presentes uma ou mais hipóteses de cabimento previstas em cada um dos incisos do artigo 621 do Código de Processo Penal, conheço do presente pedido revisional, eis que a efetiva ocorrência das referidas hipóteses é matéria reservada ao mérito da ação.

Do Mérito da Revisão Criminal.

Inicialmente, insta consignar que na ação penal originária nº 0000607-67.2009.4.03.6114 o requerente foi condenado pelas condutas previstas nos artigos 159, § 1º, e 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, e no artigo 244-B da Lei nº 8.069/1990, todas em concurso material.

Segundo a denúncia, no dia 27 de janeiro de 2009, TIAGO MAIA SILVA, Thiago Rodrigues Costa, Jonathan Carlos de Oliveira, o menor Carlos Alberto Martins Júnior, vulgo Betinho, e outros 11 (onze) indivíduos não identificados, agindo com unidade de desígnios e vínculo associativo em quadrilha, mediante violência e grave ameaça exercida com arma de fogo, seqüestraram Cristiano Gonçalves Aragão, gerente da agência Serraria da Caixa Econômica Federal, sua esposa, Sandra Oliveira Aragão e seu filho Rafael Aragão, com o fim de obter vantagem econômica de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais) como condição do resgate.

Consta também que, na mesma data, os denunciados subtraíram, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, o veículo Fiat Palio, placas HZZ 1869, uma carteira, um telefone celular, um *notebook* e uma jaqueta de couro, pertencentes a Cristiano Gonçalves Aragão.

Conforme narra a denúncia, ao chegar em casa, a vítima Cristiano foi abordada por TIAGO MAIA SILVA, que portavam arma de fogo, e outro indivíduo não identificado. TIAGO MAIA SILVA invadiu a residência da vítima, subjugando sua esposa e filho, subtraindo ainda um *notebook*, a carteira, o telefone celular e uma jaqueta de couro de Cristiano.

As vítimas foram levadas no veículo Pálio de Cristiano até as proximidades da Avenida do Estado, onde foram transferidas para um veículo Astra verde, de propriedade de menor Carlos Alberto Martins Júnior, vulgo Betinho, sendo então conduzidas até o cativeiro, onde se encontravam outros membros não identificados da quadrilha.

Na manhã seguinte Cristiano foi liberado, sendo-lhe devolvidos o veículo, a carteira e o celular, a fim de que fosse à agência providenciar o dinheiro, enquanto sua família permanecia em cativeiro.

Seguindo as instruções, a vítima jogou o malote da passarela, contendo R\$60.000,00 (sessenta mil reais) pertencentes à Caixa Econômica Federal, a Jonathan, que conduzia uma moto amarela que estava parada à beira da rodovia.

Por volta das 16 horas do dia 28 de janeiro de 2009 a família de Cristiano foi liberada pelos sequestradores.

Por fim, todos os réus foram denunciados por corromperem o menor Carlos Alberto Martins Júnior, vulgo Betinho, com ele praticando infrações penais e/ou induzindo-o a praticá-las.

Após regular instrução processual, sobreveio sentença condenatória.

Houve a interposição de recurso de apelação pela acusação e pela defesa dos réus.

Inicialmente, a Primeira Turma deste E. Tribunal Regional Federal negou provimento à apelação da defesa e deu parcial provimento ao recurso da acusação para condenar Tiago Maia Silva à pena de 20 (vinte) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa, no valor unitário de 1/10 (um décimo) do salário-mínimo, pela prática dos crimes previstos no artigo 159, § 1º, e 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, absolvendo-o do crime previsto no artigo 244-B da Lei nº 8.069/1990.

Posteriormente, a Décima Primeira Turma desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em atenção à determinação do E. Superior Tribunal de Justiça que deu provimento ao Recurso Especial da acusação, realizou nova análise a respeito do crime de corrupção de menores, de modo que condenou TIAGO MAIA SILVA também pela prática do crime previsto no artigo 244-B da Lei nº 8.069/1990 (id. 9885525) à pena de 2 (dois) anos e 1 (um) mês de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, no piso legal.

A pena final totalizou 22 (vinte e dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 35 (trinta e cinco) dias-multa.

O trânsito em julgado do acórdão para a defesa se deu em 14/12/2015 (id. 9885527).

Cumprindo ponderar que, em sede de revisão criminal, é inadmissível alterar a pena imposta de acordo com os parâmetros legais. Somente em casos excepcionais, em que manifesta a injustiça ou a violação às normas de regência, poderá ser atendido o pedido revisional, não se mostrando a revisão criminal a via adequada à simples reapreciação dos critérios da individualização da pena.

Corroborando a conclusão supra, confirmam-se as seguintes ementas:

“PENAL - REVISÃO CRIMINAL - CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES - ART. 621 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - HIPÓTESES - INOCORRÊNCIA - PRETENSÃO REEXAME DA DOSIMETRIA DA PENA - CIRCUNSTÂNCIAS OBJETIVAS E SUBJETIVAS ANALISADAS EM PRIMEIRA E SEGUNDA INSTÂNCIAS - PENA FIXADA DE ACORDO COM OS PARÂMETROS LEGAIS - REVISÃO IMPROCEDENTE.

1. O pedido revisional intenta reapreciação de dosimetria da pena exaustivamente analisada e fundamentada na sentença e apelação e que não veio a ser refutada por provas novas, a teor dos pressupostos elencados no art. 621, do Código de Processo Penal.

2. A alteração da reprimenda em sede de revisão criminal só se justifica se foi praticada contra o ‘texto expresso da lei’. Não há espaço para uso de revisão criminal com o fito de obter dos membros do Tribunal um juízo de valor que seja diverso do juízo manifestado pelo Magistrado ‘a quo’ ou pelo Órgão Colegiado.

3. revisão improcedente.”

(RVC 00110464420124030000, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 - PRIMEIRA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01.03.2013 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

“REVISÃO CRIMINAL . ART. 168-A DO CP. PROVA NOVA. ABSOLVIÇÕES POSTERIORES. MESMOS CRIMES. PERÍODOS DISTINTOS. DIFICULDADES FINANCEIRAS. RECURSO IMPROVIDO.

- Dissídio jurisprudencial e decisões judiciais em sentidos opostos não constituem prova nova apta a fundamentar pedido de revisão criminal.

- Não há falar em teorias garantistas e prevalência das sentenças absolutórias sobre as condenatórias.

- As penas fixadas na sentença e confirmadas no Tribunal, baseiam-se nos parâmetros legais e foram dosadas conforme acurado exame do juízo, em obediência aos termos do artigo 68 e seguintes do Código Penal. Pretender que as mesmas já seriam suficientes, segundo análise subjetiva do requerente, não se revela um argumento técnico e, nem mesmo, jurídico. Pretender que novamente se analise as provas das dificuldades financeiras e a existência de documentos que comprovem a inexigibilidade de conduta diversa é matéria estranha à via da revisão criminal, conforme jurisprudência.”

(RVCR 200404010515725, MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE, TRF4 - SEGUNDA SEÇÃO, DJ 21/06/2006 PÁGINA: 236.)

No caso dos autos, o *quantum* da exasperação da pena-base referente ao crime de extorsão mediante sequestro foi reduzida, contudo mantida acima do mínimo legal, nos seguintes termos:

1.1 Dosimetria do crime previsto no artigo 159, §1º do CP.

Na dosimetria da pena a decisão de primeiro grau considerou os feitos criminais em curso como maus antecedentes para os réus THIAGO, THIAGO e JONATHAM, a fim de lhes majorar a pena-base, e também, para os dois últimos, os processos com trânsito em julgado como reincidência a repercutir como circunstância agravante, contra o que se insurge a defesa.

Com efeito, não é possível agravar a pena com alusão ao desajuste na personalidade e na conduta social dos acusados se tal avaliação se funda no registro de inquérito policial e ação penal em curso ou arquivados, como é o caso dos autos, visto que tal juízo choca-se com o princípio da presunção de inocência. Nessa linha, a Súmula 444 do STJ: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

A avaliação da personalidade dos acusados e também da sua conduta social deve estar assentada em elementos idôneos e devidamente demonstrados nos autos, não servindo para tal fim os registros supracitados. Essa é jurisprudência pacífica do STJ: “A existência de inquéritos e ações em andamento não pode constituir fundamento para a valoração negativa dos antecedentes, da conduta social ou da personalidade do agente, em respeito ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.” (HC 130.235/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 29/06/2009).

Portanto, afasto a majoração da pena-base dos apelantes respaldada unicamente na existência de maus antecedentes.

Há nos autos, todavia, prova de outras circunstâncias judiciais desfavoráveis, como as consequências do crime. Além dos abalos psicológicos causados às vítimas, verifica-se que o seqüestro acarretou alteração significativa no modo de vida da família, que inclusive mudou-se para o Nordeste, conforme carta precatória expedida para oitiva das vítimas. Mister o acréscimo da pena-base, nos moldes do artigo 59 do Código Penal, como pleiteia a acusação. Observo que para THIAGO e JONATHAM a condenação com trânsito em julgado será computada na qualidade de agravante.

Fixo-lhes a pena-base 1/6 (um sexto) acima do piso legal, em razão das consequências nefastas do crime, em 14 (quatorze) anos de reclusão, por incursão no artigo 159, §1º do Código Penal, já que um dos seqüestrados era menor de 18 anos.

Embora configurado, como exposto adiante, o crime de quadrilha ou bando, deixo de aumentar a pena-base do artigo em tela a fim de não se caracterizar o *bis in idem*.

In casu, verifica-se que não há qualquer ilegalidade a ser reconhecida, haja vista que o aumento empreendido à pena-base está devidamente fundamentado nas consequências desabonadoras do crime apuradas no conjunto probatório, não se tratando de temor inerente ao crime, mas de danos materiais e psicológicos que caminharam para além do que se espera em delitos desse jaez.

No tocante à extorsão, o Superior Tribunal de Justiça expressou entendimento nesse sentido:

.EMEN: PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO E EXTORSÃO. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE NA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA O INCREMENTO DAS PENAS-BASE. PATAMAR MÍNIMO DE AUMENTO PELA INCIDÊNCIA DAS DUAS MAJORAÇÕES DO CRIME DE ROUBO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO SUPERIOR. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INCIDÊNCIA DA FRAÇÃO MÍNIMA PELA CAUSA DE AUMENTO DO CRIME DE EXTORSÃO. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1.

(...)

6. No que tange ao delito de extorsão, a pena-base foi imposta acima do piso legal de forma motivada, considerando que as vítimas sofreram ameaças reiteradas por dias consecutivos antes da efetiva entrega do valor exigido, restando evidente a maior reprovabilidade da conduta do réu.

7. As consequências do crime consistem no resultado da ação do agente. Assim, se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal admite-se o incremento da pena pelo vetor “consequências do crime”. *In casu*, conquanto o prejuízo suportado pelas vítimas seja inerente aos crimes contra o patrimônio, o trauma a elas causado, que não pode ser confundido com abalo emocional momentâneo, constituiu motivação válida para o aumento da pena-base.

8.

(...)

11. Writ não conhecido. (HC - HABEAS CORPUS - 411765 2017.01.99244-6, RIBEIRO DANTAS, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:17/10/2017 ..DTPB:.)

Quanto ao crime de corrupção de menores, a exasperação da pena-base, foi fundamentada nos seguintes termos:

O crime de corrupção de menor é apenado com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa. Na primeira fase da dosimetria verifico a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a indicar a necessidade de fixação da pena-base acima do piso legal. Com efeito, os motivos que levaram os réus a corromper Betinho, com ele praticando crimes diversos, amparam-se na facilidade de persuadir o menor de idade, com o caráter em formação, no afã de seus ímpetos juvenis, a enveredar-se pela senda do crime. De igual sorte a pretensa facilidade em manter um integrante da quadrilha isento de pena, embora participante e conhecedor das artimanhas utilizadas na obtenção de seus objetivos escusos.

Como consequência nefasta da prática delitiva salta aos olhos a progressiva e cada vez mais

incisiva influência negativa que a prática reiterada de crimes operou sobre a formação do menor, tornando-o ousado criminoso.

Fixo a pena-base de cada corréu em 02 (dois) anos e 01 (um) mês de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, por incursão no artigo 244-B do ECA.

A consequência desabonadora válida a recrudescer a pena-base do crime de corrupção de menores está alicerçada nas escutas telefônicas de onde se depreendeu a ativa participação do menor na quadrilha, até influenciando os demais, o que ressalta a progressiva influência negativa que a prática reiterada de crimes, na companhia dos demais corréus corruptores, operou sobre a formação do menor, tornando-o ousado criminoso.

Com efeito, a análise realizada está de acordo com os elementos constantes dos autos originários, inexistindo qualquer reparo a ser realizado.

Nessa ordem de ideias, e considerando que, como cediço, “*o pedido de revisão criminal não admite ampla revisão da pena aplicada, que nesta sede processual só pode ser modificada em caso de erro técnico ou de injustiça manifesta*” (TRF3: RVC 00269908620124030000, Primeira Seção, Rel. José Lunardelli, j. 21.03.2013), não há como anuir com a pretensão do requerente.

Por fim, não há que se falar em absorção do crime de roubo ou na aplicação da regra do concurso formal, na forma do artigo 70 do Código Penal.

A independência do crime de roubo foi objeto de análise por este Tribunal quando do julgamento da apelação criminal interposta, inexistindo qualquer contrariedade à prova dos autos a ser reconhecida.

O conjunto probatório indica que o roubo foi efetuado por TIAGO e mais um indivíduo, menor de idade e não identificado, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, ao invadirem a residência da vítima, subjugando o gerente da Caixa Econômica Federal, juntamente com sua esposa e filho, subtraiu um *notebook*, a carteira, o telefone celular e uma jaqueta de couro, sendo que a consumação do roubo ocorreu antes mesmo da prática do primeiro ato de consumação do crime de extorsão mediante sequestro.

A extorsão não é meio necessário para a prática do crime de roubo, tampouco o inverso, razão pela qual não se mostra possível a aplicação do princípio da consunção entre os referidos delitos ou o reconhecimento do concurso formal. Temos crimes praticados mediante mais de uma ação, com desígnios autônomos.

Nesse sentido:

.EMEN: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS ESSENCIAIS. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. CRIMES DE ROUBO E DE EXTORSÃO. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. CONCURSO MATERIAL. NÃO RECONHECIDO NESTA INSTÂNCIA PARA EVITAR *REFORMATIO IN PEJUS*. REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. É entendimento desta Corte Superior que o recurso de embargos de declaração, quando oposto com o intuito de conferir efeitos infringentes à decisão embargada e quando inexistir obscuridade, contradição ou omissão, seja recebido como agravo regimental em nome da economia processual, da celeridade e do princípio da fungibilidade recursal.

2. Apesar de o roubo e a extorsão classificarem-se como crimes contra o patrimônio, os núcleos do tipo são distintos, sendo certo que a subtração dos bens não se encontra na linha de desdobramento da extorsão. Daí a clara pluralidade de condutas, praticadas com desígnios autônomos, a exigir o reconhecimento do concurso de delitos. Precedentes.

3. Embora o entendimento predominante desta Corte seja no sentido de reconhecer o concurso material entre os crimes de roubo e extorsão, a sentença condenatória reconheceu o concurso formal e não tendo o Ministério Público impugnado o presente ponto em recurso de apelação, é de se manter o concurso formal a fim de evitar *reformatio in pejus*.

4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental ao qual se nega provimento. (EDRESP - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL - 16090572016.01.67310-7, NEFI CORDEIRO, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:02/05/2018 ..DTPB:.)

Ante os fatos apontados, resta claro que a reprimenda imposta ao revisionando resultou da razoável interpretação das provas e da legislação vigente, não sendo possível sua reforma por meio da presente revisão criminal.

Ante o exposto, *julgo improcedente a revisão criminal*, mantendo o acórdão impugnado em sua integralidade.

É COMO VOTO.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

CONFLITO DE JURISDIÇÃO

5029754-13.2019.4.03.0000

Suscitante: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SANTOS/SP - 5ª VARA FEDERAL

Suscitada: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 8ª VARA FEDERAL CRIMINAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 20/07/2020

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA DE TERCEIROS EM PROCESSO DE IMPORTAÇÃO. DIVERGÊNCIA PENAL. PROCESSO PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. DESCAMINHO. INTERPOSTA PESSOA. INTRODUÇÃO CLANDESTINA. TIPIFICAÇÃO.

1. Segundo precedentes, o emprego de interposta pessoa para lograr a importação caracteriza introdução clandestina de mercadoria no País para o efeito de tipificar o delito de descaminho previsto na alínea c do § 1º do art. 334 do Código Penal ou do inciso III do § 1º desse dispositivo, na redação que lhe atribuiu a Lei n. 13.008, de 26.04.14 (TRF da 3ª Região, ACr n. 0014503-97.2014.4.03.6181, Rel. Des. Fed. José Lunardelli, j. 06.12.16; ACr n. 0005827-49.2003.4.03.6181, Rel. p/ acórdão Des. Fed. Hélio Nogueira, j. 14.04.15; ACr n. 0010577-11.2014.4.03.6181, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 19.03.18).

2. Apurou-se que a gestão da CV Áudio Joinville competia à CV Áudio São Paulo, sediada na cidade de São Paulo (SP), e que as importações lançadas em nome da CV Áudio Joinville teriam ocorrido por conta e ordem da CV Áudio São Paulo, no tocante às Declarações de Importação – DI n. 11/1328225-0, 11/1471561-3, 12/0049989-3, bem como por conta e ordem da Maxi Áudio, também sediada na cidade de São Paulo (SP), no tocante à Declaração de Importação – DI n. 11/2024503-8.

3. O registro das declarações de importação por conta própria da CV Áudio Joinville objetivava evitar que o sistema verificasse o Siscomex, vale dizer, o sistema impediria o registro das declarações de importação considerando que tais operações extrapolariam o limite de US\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil dólares norte-americanos) estabelecidos como limite para importação semestral, tanto para a CV Áudio Joinville, quanto para a CV Áudio São Paulo. Tal limitação foi determinante para que as mercadorias destinadas à CV Áudio São Paulo fossem nacionalizadas em nome da CV Áudio Joinville e, tão logo liberadas pela Receita Federal, fossem revendidas à CV Áudio São Paulo. Repetiu-se a fraude, com semelhante procedimento, com relação à Maxi Áudio, a qual não se encontrava habilitada no Siscomex para operar no comércio exterior.

4. Não se tem notícia da falsa declaração de conteúdo da unidade de carga e, tampouco, subfaturamento das mercadorias e/ou ingresso de mercadoria contrafeita ou proibida no território nacional, nada indica o objetivo de iludir o pagamento dos tributos devidos pela importação, verificando-se tão somente omissões do real adquirente das mercadorias.

5. Conforme entendimento acima exposto, o crime de descaminho não abrange somente a conduta de iludir o pagamento de imposto, mas também, na figura equiparada

do art. 334, § 1º, inciso III, a conduta de importar fraudulentamente no exercício de atividade comercial ou industrial e, nessa modalidade, prescinde da redução dos impostos aduaneiros para sua caracterização.

6. Considerando a tipificação dos fatos no delito de descaminho, o crime consuma-se com o ingresso da mercadoria em território nacional, quando a mercadoria deixa a zona alfandegária, sendo a competência determinada pelo local da apreensão dos bens, a teor da Súmula n. 151 do Superior Tribunal de Justiça.

7. Segundo consta, as mercadorias foram recebidas, em grande parte, no Porto de Santos (Id n. 107064791, pp. 95/151 e Id 107064792 n. 1/30), sendo as Declarações de Importação – DIs ns. 11/1471561-3 e n. 11/2024503-8, registradas na unidade da Receita Federal do Brasil em Santos (Id n. 107064790, pp. 23/31), o que atrai a competência da 5ª Vara Federal de Santos (SP).

8. Conflito negativo de jurisdição julgado improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Seção, por maioria, decidiu julgar improcedente o conflito negativo de jurisdição para declarar a competência do Juízo Federal da 5ª Vara Federal de Santos/SP para processar e julgar nos Autos do Inquérito Policial n. 5006976-70.2019.4.03.6104, nos termos do voto do Relator, no que foi acompanhado pelos Desembargadores Federais JOSÉ LUNARDELLI, FAUSTO DE SANCTIS, PAULO FONTES e NINO TOLDO, restando vencido o Desembargador Federal MAURÍCIO KATO que julgava procedente o conflito, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo Juízo da 5ª Vara Federal de Santos (SP) em face do Juízo da 8ª Vara Federal Criminal de São Paulo (SP) no Inquérito Policial n. 5006976-70.2019.4.03.6104 (nº de origem 0016314-87.2017.4.03.6181), instaurado a partir da Notícia de Fato n. 1.33.005.000293/2015-73, baseada, por sua vez, na Representação Fiscal para Fins Penais n. 10920.721009/2014-33, da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Joinville (SC), com o objetivo de serem apuradas, a princípio, as práticas dos crimes tipificados nos artigos 299, 304 e 334, todos do Código Penal, dentre as quais as relativa às declarações de importação DIs ns 11/1471561-3 e 11/2024503-8 registradas na unidade da Receita Federal do Brasil do Porto de Santos (SP).

Após o Ministério Público Federal em São Paulo (SP) propor no Inquérito Policial n. 0016314-87.2017.4.03.6181 denúncia em face de Mário Alves de Oliveira Filho, Christiane Maria Mees e José Augusto Martins, pela prática do delito previsto no art. 299 do Código Penal (Id n. 107064793, pp. 105/106), o Juízo suscitado declinou da competência, remetendo às Subseções da Justiça Federal em Guarulhos (SP) e em Santos (SP) as respectivas questões relativas às Declarações de Importação ns. 11/1328225-0 e 12/0049989-3, registradas na Alfândega do Aeroporto Internacional de Guarulhos (SP), e ns. 11/1471561-3 e 11/2024503-8, registradas na Alfândega do Porto de Santos (SP), por Mário Alves de Oliveira Filho e Christiane Maria Mees,

administradores das empresas CV Áudio Joinville e CV Áudio São Paulo, porquanto demonstrado que em referidas localidades ocorreu a consumação do delito de uso de documento público ideologicamente falso, previsto no art. 304 c. c. o art. 299, ambos do Código Penal, fixando-se dessa forma a competência jurisdicional (Id n. 107064793, pp. 105/106).

Distribuídos os autos do Inquérito Policial à 5ª Vara Federal de Santos, sob o n. 5006976-70.2019.4.03.6104, foi determinada a intimação do *Parquet* federal em Santos (Id n. 107064796), o qual se manifestou no sentido de ver reconhecida a incompetência do Juízo Federal da Subseção Judiciária de Santos para apreciar e julgar a ação penal, de modo a dever ser suscitado conflito negativo de competência em face do Juízo da 8ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de São Paulo, uma vez que “em regra, para os crimes de falsidade ideológica (art. 299 do CP), a consumação ocorre no momento da falsificação, tratando-se de crime formal”, e que os atos da empresa eram todos realizados em São Paulo, sede das empresas CV Áudio São Paulo e Maxi Áudio Locação e Equipamentos Ltda., as verdadeiras importadoras das mercadorias (Id n. 107064799).

A Ilustre Procuradora Regional da República, Dra. Elaine Cristina de Sá Proença, manifestou-se pelo provimento do conflito negativo de competência, reconhecendo-se a competência do Juízo da 8ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de São Paulo (SP), para o processamento e julgamento do Inquérito Policial n. 0016314-87.2017.4.03.6181 (Id n. 129062651).

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

Inicialmente, cabe esclarecer que o Juízo da 8ª Vara Federal Criminal de São Paulo declinou da competência, em 14.11.18, para as Subseções Judiciárias Federais de Guarulhos (SP) e de Santos (SP), de modo que determinou a remessa dos autos para Guarulhos, bem como de cópia dos autos para a Subseção Judiciária de Joinville (SC), quando, de fato, queria se referir à Subseção de Santos (SP) (Id n. 107064790, p. 255, e Id n. 107064793, pp. 370/371), sendo tal situação sanada pelo Juízo Federal de Joinville ao declinar da competência para a Justiça Federal de Santos (Id n. 107064794, p. 2).

Dessa forma o inquérito sob o n. 0016314-87.2017.4.03.6181 foi distribuído à 5ª Vara Federal de Guarulhos, recebendo a numeração o n. 0016314-87.2017.403.6119, que suscitou conflito negativo de competência em face da 8ª Vara Federal de São Paulo.

Nesta Corte foi distribuído à minha relatoria o Conflito de Jurisdição n. 5022562-29.2019.4.03.0000, que foi julgado improcedente pela 4ª Seção, por maioria, em 30.04.20, para declarar a competência do Juízo Federal da 5ª Vara Criminal de Guarulhos (SP) para processar e julgar nos Autos n. 0016314-87.2017.403.6119.

Por conseguinte, coube à 5ª Vara Federal de Santos, nos autos do Inquérito Policial n. 5006976-70.2019.4.03.6104, a apreciação da Notícia de Fato n. 1.33.005.000293/2015-73 (e sua cópia sob o n. 1.33.005.000295/2015-62) relativamente às DIs n. 11/1471561-3 e n. 11/2024503-8 (Id n. 107064790, pp. 23/31), e não, como constou do parecer da Procuradoria Regional da República, os Autos do Inquérito n. 0016314-87.2017.4.03.6181.

Passo à análise do conflito.

Descaminho. Interposição de pessoa. Introdução clandestina. Tipificação. Segundo precedentes, o emprego de interposta pessoa para lograr a importação caracteriza introdução

clandestina de mercadoria no País para o efeito de tipificar o delito de descaminho previsto na alínea c do § 1º do art. 334 do Código Penal ou do inciso III do § 1º desse dispositivo, na redação que lhe atribuiu a Lei n. 13.008, de 26.04.14:

PENAL. DESCAMINHO. FIGURA EQUIPARADA. ARTIGO 334, § 1º, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. IMPORTAÇÃO FRAUDULENTA. TIPICIDADE. IMPORTAÇÃO POR INTERPOSTA PESSOA. REGIME DE ADMISSÃO TEMPORÁRIA. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CONCURSO FORMAL PRÓPRIO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. VALOR MAJORADO. CONDIÇÃO ECONÔMICA DOS RÉUS. DESTINAÇÃO À UNIÃO. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DA PENA DE MULTA AFASTADA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. O crime de descaminho não abrange somente a conduta de iludir o pagamento de imposto, mas também, na figura equiparada do artigo 334, § 1º, inciso III, a conduta de importar fraudulentamente no exercício de atividade comercial ou industrial e, nessa modalidade, prescinde da redução dos impostos aduaneiros para sua caracterização. 2. As condutas descritas no inciso III do parágrafo 1º do artigo 334 são autônomas em relação ao seu *caput*. Não se pune apenas quem importa mercadoria sem o pagamento dos impostos devidos, como também, quem importa fraudulentamente no exercício de atividade comercial ou industrial.

3. Não sendo essa a interpretação, teríamos que admitir que a expressão “importar fraudulentamente” constante no inciso III é redundante e, portanto, dispensável, na medida em que o *caput* do artigo 334 já prevê a conduta de iludir o pagamento de imposto pela entrada de mercadoria. 4. O tipo penal do descaminho, além de resguardar a atividade arrecadatória do Estado, visa a preservar a função administrativa do comércio aduaneiro.

(...)

15. Apelações da defesa e do Ministério Público Federal parcialmente providas.

(TRF da 3ª Região, ACr n. 0014503-97.2014.4.03.6181, Rel. Des. Fed. José Lunardelli, j. 06.12.16)

PENAL. PROCESSO PENAL. OPERAÇÃO PERSONA. ART. 334, § 1º, ALÍNEA “C”, DO CÓDIGO PENAL. INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA. TIPO PENAL. CONHECIMENTO PELO AGENTE DA INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA DA MERCADORIA IMPORTADA (...)

7 - Tratando-se do crime de importação fraudulenta previsto na alínea “c”, do § 1º, do artigo 334, do CP, cujo bem jurídico tutelado é mais abrangente do que a mera arrecadação tributária do Estado, abarcando a regularidade da entrada de mercadorias no país, para fins de proteção da economia, do comércio, da indústria nacional e de regulação de consumo, o oferecimento da denúncia independe de cumprimento de qualquer condição de procedibilidade, como a necessidade de constituição definitiva do crédito tributário ou o término do processo fiscal ou da constituição do crédito tributário.

8 - Sendo a posição do colendo Supremo Tribunal Federal, assim como do egrégio Superior Tribunal de Justiça no que diz respeito à prescindibilidade do término do processo fiscal ou da constituição do crédito tributário como condição de procedibilidade para o oferecimento da denúncia pela prática de qualquer das modalidades dos crimes de descaminho, não há como se reconhecer a pretensão dos apelantes em ver afastada a materialidade delitiva no caso presente.

(...)

15 - Os réus não negaram que as importações se deram na forma descrita na denúncia, limitando-se a defender sua legalidade. Logo, inexiste controvérsia em relação à efetiva ocorrência das importações tratadas nestes autos - matéria de fato, devidamente comprovada nos autos - mas sobre questão jurídica, consistente na sua ilegalidade e consequente subsunção ao tipo penal do artigo 334, §1º, “c”, do CP.

(...)

28 - Preliminares rejeitadas. Apelos da acusação e defesas improvidos. Sentença mantida. (TRF da 3ª Região, ACr n. 0005827-49.2003.4.03.6181, Rel. p/ acórdão Des. Fed. Hélio Nogueira, j. 14.04.15)

PROCESSO PENAL. PENAL. DESCAMINHO. INTERPOSTA PESSOA. INTRODUÇÃO CLANDESTINA. TIPIFICAÇÃO. EMENDATIO LIBELLI. EXTINÇÃO PARCIAL DA PUNIBILIDADE PELO JUÍZO A QUO. FATOS REMANESCENTES. PRÁTICA DELITIVA. PROVAS INSUFICIENTES. ABSOLVIÇÃO MANTIDA.

1. Segundo precedentes, o emprego de interposta pessoa para lograr a importação caracteriza introdução clandestina de mercadoria no País para o efeito de tipificar o delito de descaminho previsto na alínea c do § 1º do art. 334 do Código Penal ou do inciso III do § 3º desse dispositivo, na redação que lhe atribuiu a Lei n. 13.008, de 26.04.14 (TRF da 3ª Região, ACr n. 00145039720144036181, Rel. Desembargador Federal José Lunardelli, j. 06.12.16; ACr n. 2003.61.81.005827-5, Relator para acórdão Des. Fed. Hélio Nogueira, j. 14.04.15).

2. Entende-se que a emendatio libelli pode ser aplicada em segundo grau, desde que respeitados os limites do art. 617 do Código de Processo Penal, que proíbe a *reformatio in pejus* (STJ, HC n. 294149, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 03.02.15; HC n. 247252, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 11.03.14). No mesmo sentido (TRF da 3ª Região, ACr n. 2013.61.06.001782-6, Rel. Des. Fed. Paulo Fontes, j. 23.11.15). Portanto, procedo à emendatio libelli para imputar ao réu, em tese, a prática do delito do art. 334, § 1º, c, do Código Penal, com a redação anterior à Lei n. 13.008/14.

3. O Juízo *a quo* julgou extinta a punibilidade do réu, em razão da prescrição, em relação aos fatos anteriores a 02.09.10. Portanto, cumpre analisar somente as importações no período de setembro a dezembro de 2010.

4. Não há elementos suficientes nos autos à prova de que as importações realizadas pela DBD no período de setembro a dezembro de 2010 tenham sido realizadas na condição de interposta pessoa, com a finalidade de ocultar a real adquirente das mercadorias.

5. A versão dos fatos apresentada pelo acusado está em consonância com os depoimentos das testemunhas, no sentido de que a DBD era a real importadora e atuava com empregados e diretoria próprios, ainda que no endereço da segunda empresa, e que os pagamentos eram feitos mediante a apresentação de nota fiscal, sem adiantamento de valores para a realização da importação, o que justifica a apuração de pagamentos entre as empresas.

6. Os depoimentos dos licenciados da marca também corroboram a alegação da defesa de que a DBD era a real importadora das mercadorias.

7. Apelação criminal da acusação desprovida.

(TRF da 3ª Região, ACr n. 0010577-11.2014.4.03.6181, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 19.03.18)

Do caso dos autos. Foi oferecida denúncia em face de Mário Alves de Oliveira Filho, Christiane Maria Mees e José Augusto Martins pela prática do delito do art. 299 do Código Penal.

A denúncia narra que, nos dias 19.07.11, 08.08.11 e 09.01.12, Mário Alves de Oliveira Filho e Christiane Maria Mees, enquanto sócios e administradores das empresas CV Áudio Joinville e CV Áudio São Paulo, em conluio e unidade de desígnios, de modo consciente e voluntário, inseriram e/ou fizeram inserir, em documentos públicos, declarações falsas e diversas das que deveriam ser escritas, com o fim de criar obrigações e alterar a verdade sobre fatos juridicamente relevantes.

Relata que, no dia 25.10.11, Mário Alves de Oliveira Filho e Christiane Maria Mees, enquanto sócios e administradores da empresa CV Áudio Joinville, e José Augusto Martins, enquanto sócio administrador da empresa Maxi Áudio, em conluio e unidade de desígnios,

de modo consciente e voluntário, inseriram e/ou fizeram inserir, em documentos públicos, declarações falsas e diversas das que deveriam ser escritas, com o fim de criar obrigações e alterar a verdade sobre fatos juridicamente relevantes.

Os fatos encontram-se descritos nas Representações Fiscais para Fins Penais n. 10920.721007/2014-44 (PAF n. 10920.720071/2013-27), com crédito no valor de R\$ 102.351,46 (fls. 5/28 do Apenso I), em face das empresas CV Áudio Joinville e CV Áudio São Paulo, e n. 10920.721009/2014-33 (PAF n. 10920.720899/2014-66), com crédito relativo à multa no valor de R\$ 181.202,13 (fls. 280/302 do Apenso I), em face das empresas CV Áudio Joinville e Maxi Áudio.

Nessas fiscalizações, apurou-se que a empresa CV Áudio Joinville agiu como interposta pessoa em operações de importação envolvendo as Declarações de Importação – DI n. 11/1328225-0, 11/1471561-3, 12/0049989-3 e DI 11/2024503-8, em face da constatação de que a CV Áudio São Paulo e, na última DI a sociedade empresária Maxi Áudio, foram as reais adquirentes das mercadorias, ambas com sede na cidade de São Paulo (SP).

Extrai-se do Relatório Fiscal alusivo ao PAF n. 10920.720071/2013-27:

Após a análise dos documentos apresentados pelo contribuinte, pesquisas efetuadas nos sistemas informatizados da RFB e a perfeita identificação das declarações de importação que ampararam a nacionalização das respectivas mercadorias, as suspeitas desta fiscalização da prática fraudulenta de ocultação do real sujeito passivo se concretizaram, tendo em vista que:

- As DIs 10/1125361-7, 11/1328225-0, 11/1471561-3 e 12/0049989-3, registradas como se fossem importações realizadas por conta própria ou por conta e ordem da empresa CV Áudio Joinville, tinham como destinatário final pré-determinado a empresa CV Áudio São Paulo;
- Da mesma forma, a DI 11/2024503-8 tinha como destinatário final pré-determinado a empresa MAXI AUDIO LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS LTDA. CNPJ: 02.513.238/0001-46, doravante denominada Maxi Áudio;
- *Tão logo se efetivou o desembaraço aduaneiro das DIs 10/1125361-7, 11/1328225-0, 11/1471561-3 e 12/0049989-3, a totalidade das mercadorias importadas foi imediatamente revendida para a empresa CV Áudio São Paulo, sendo que, em alguns casos, o preço de revenda constante das notas fiscais era menor do que o próprio custo da importação (soma dos preços declarados, dos custos de armazenagem (acima dos preços declarados, dos custos de armazenagem nos terminais e dos tributos incidentes na importação);*
- *Da mesma forma, tão logo se efetivou o desembaraço aduaneiro da DI 11/2024503-8, a totalidade das mercadorias foi revendida à empresa Maxi Áudio;*
- Especificamente no caso das mercadorias destinadas à MAXI ÁUDIO, o próprio representante da empresa declarou que elas foram adquiridas pela CV Áudio Joinville por encomenda, a fim de fechar a proposta comercial com o SESC;
- *A empresa CV Áudio Joinville não possui nenhum funcionário ou empregado registrado. Ademais, seus sócios, a saber, os Srs. são residentes na cidade de São Paulo/SP;*
- *O endereço da empresa CV Áudio Joinville trata-se de um escritório virtual, contendo uma mesa e uma pequena sala de reunião, conforme contrato apresentado pelo proprietário do local. Não há no local espaço para armazenamento de mercadorias;*
- *As mercadorias importadas pela empresa CV Áudio Joinville não passam fisicamente pela sua sede, sendo diretamente encaminhadas do local de desembaraço para a sede da empresa CV Áudio São Paulo ou, no caso da DI 11/2024503-8, entregues diretamente na sede da empresa Maxi Áudio, também em São Paulo;*
- *Embora a sede da empresa CV Áudio Joinville seja na cidade de Joinville, o telefone para contato é (11) 2206-0008, que corresponde ao mesmo número de telefone da empresa CV Áudio São Paulo, com código DDD 11 (que indica se tratar de um número da cidade de São Paulo/SP);*

- *Todas as negociações de compra de produtos, acompanhamento de embarques, cotação de preços de importações registradas pela CV Áudio Joinville é efetuada pela empresa CV Áudio São Paulo, principalmente pelo Sr. Mario Alves de Oliveira Filho, conhecido por “Marinho Alves”, CPF 119.111.948-36. Destaca-se que nas mensagens enviadas por ele (marinho@cvaudio.com.br) aos fornecedores no exterior ou aos seus despachantes aduaneiros, o telefone para contato bem como o endereço de e-mail são da empresa CV Áudio São Paulo;*
- *O sítio www.cvaudio.com.br, que efetua vendas e orçamentos dos produtos é de propriedade da empresa CV Áudio São Paulo. (destaques meus, ID n. 10764790, pp. 283/284)*

O presente conflito negativo de jurisdição há de ser julgado improcedente.

Apurou-se que a gestão da CV Áudio Joinville competia à CV Áudio São Paulo, sediada na cidade de São Paulo (SP), e que as importações lançadas em nome da CV Áudio Joinville teriam ocorrido por conta e ordem da CV Áudio São Paulo, no tocante às Declarações de Importação – DI n. 11/1328225-0, 11/1471561-3, 12/0049989-3, bem como por conta e ordem da Maxi Áudio, também sediada na cidade de São Paulo (SP), no tocante à Declaração de Importação – DI n. 11/2024503-8.

O registro das declarações de importação por conta própria da CV Áudio Joinville objetivava evitar que o sistema verificasse o Siscomex, vale dizer, o sistema impediria o registro das declarações de importação considerando que tais operações extrapolariam o limite de US\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil dólares norte-americanos) estabelecidos como limite para importação semestral, tanto para a CV Áudio Joinville, quanto para a CV Áudio São Paulo. Tal limitação foi determinante para que as mercadorias destinadas à CV Áudio São Paulo fossem nacionalizadas em nome da CV Áudio Joinville e, tão logo liberadas pela Receita Federal, fossem revendidas à CV Áudio São Paulo. Repetiu-se a fraude, com semelhante procedimento, com relação à Maxi Áudio, a qual não se encontrava habilitada no Siscomex para operar no comércio exterior.

Não se tem notícia da falsa declaração de conteúdo da unidade de carga e, tampouco, subfaturamento das mercadorias e/ou ingresso de mercadoria contrafeita ou proibida no território nacional, não sendo demonstrado o objetivo de iludir o pagamento dos tributos devidos pela importação, verificando-se tão somente omissão do real adquirente das mercadorias ou emprego de fraude para usufruir de benefícios fiscais (suspensão dos tributos).

Conforme entendimento acima exposto, o crime de descaminho não abrange somente a conduta de iludir o pagamento de imposto, mas também, na figura equiparada do art. 334, § 1º, III, a conduta de importar fraudulentamente no exercício de atividade comercial ou industrial e, nessa modalidade, prescinde da redução dos impostos aduaneiros para sua caracterização.

Considerando a tipificação dos fatos no delito de descaminho, o crime consuma-se com o ingresso da mercadoria em território nacional, quando a mercadoria deixa a zona alfandegária, sendo a competência determinada pelo local da apreensão dos bens, a teor da Súmula n. 151 do Superior Tribunal de Justiça.

Segundo consta, as mercadorias foram recebidas, em grande parte, no Porto de Santos (Id n. 107064791, pp. 95/151 e Id 107064792 n. 1/30), sendo as Declarações de Importação – DIs n. 11/1471561-3 e n. 11/2024503-8, registradas na unidade da Receita Federal do Brasil em Santos (ID n. 107064790, pp. 23/31), o que atrai a competência da 5ª Vara Federal de Santos (SP).

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE o conflito negativo de jurisdição para declarar a competência do Juízo Federal da 5ª Vara Federal de Santos (SP) para processar e julgar nos Autos do Inquérito Policial n. 5006976-70.2019.4.03.6104.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

Direito Tributário



APELAÇÃO CÍVEL

0001365-36.2006.4.03.6119

Apelante: LOURENCO ADVOGADOS ASSOCIADOS
Apelada: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/07/2020

EMENTA

TRIBUTÁRIO. VENDAS REALIZADAS À ZONA FRANCA DE MANAUS, AMAZONIA OCIDENTAL E ÁREAS DE LIVRE COMÉRCIO. LEI N 9.363/96. CRÉDITO PRESUMIDO DE IPI. DL N° 288/69. ARTIGO 40 DOS ADCT. PRESSUPOSTO LEGAL. EMPRESA PRODUTORA E EXPORTADORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. SELIC. LEI N° 9.069, ARTIGO 60. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. O artigo 40 dos ADCT preservou as características da Zona Franca de Manaus de área de livre comércio, de importação, exportação e de incentivos fiscais, mantendo a vigência do artigo 4º do Decreto nº 288/67, que a regulou.

Havendo um benefício fiscal instituído com o objetivo de incentivar as exportações de mercadorias nacionais, o mesmo deve ser estendido às vendas de mercadorias destinadas à Zona Franca de Manaus, isto é, as mesmas regras jurídicas determinadas aos tributos que atingem exportações de mercadorias foram estendidas às operações realizadas com a Zona Franca de Manaus. Inteligência do artigo 40 dos ADCT.

Portanto, as vendas de mercadorias enviadas à Zona Franca gozam dos mesmos benefícios fiscais emprestados às exportações de mercadorias nacionais para o estrangeiro. Assim, possível o creditamento do IPI previsto na Lei nº 9.363/96.

Não se que pode entender que DL 288/67, ao referir “*constantes da legislação em vigor*”, restringiu a equivalência das exportações aos benefícios que vigiam à época de sua edição. Na verdade, a referência à “legislação em vigor” alcança os enunciados normativos vigentes na publicação do decreto-lei e também aqueles vigentes no próprio período de vigência da indigitada norma.

Contudo, se quanto à Zona Franca da Manaus, preocupou-se o legislador constituinte em preservar a condição de área de livre comércio, assemelhando-a, quanto aos efeitos fiscais, à zona de exportação, não o fez quanto à Amazônia Ocidental e às Áreas de Livre Comércio (ALC), *ex vi* do artigo 111 do CTN.

A jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça admite a incidência de correção monetária ao creditamento do IPI nas situações em que o Fisco, mediante ato administrativo ou normativo, opõe resistência indevida ao creditamento (Súmula 411/STJ).

No caso dos autos, o aproveitamento dos créditos de IPI era obstado pela Fazenda Nacional, encontrando suporte apenas em sede judicial, razão pela qual se justifica a incidência de correção monetária, pela taxa SELIC, instituída pelo artigo 39, parágrafo 4º, da Lei 9.250/95, a qual já engloba juros e correção monetária.

No que concerne ao termo inicial da correção monetária, o e. Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento de recurso repetitivo, decidiu, em 12/02/2020, que o termo inicial da incidência da correção monetária no ressarcimento de créditos

escriturais deve ser o dia seguinte ao escoamento do prazo de 360 dias previsto no art. 24 da Lei n. 11.457/2007 (Tema n. 1003).

Em relação à aplicação do art. 170-A do CTN, introduzido pela LC n.º 104/2001, adota-se o entendimento dessa mesma Corte Superior, exarado à luz de precedentes sujeitos à sistemática dos recursos representativos da controvérsia, no sentido de sua não aplicação somente às ações ajuizadas anteriormente à vigência do referido dispositivo (REsp nº 1.167.039/DF, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJe de 02.09.10). No caso vertente, como a ação foi ajuizada posteriormente à vigência da LC n.º 104/01 (24/02/2006), aplicável, na espécie, a limitação imposta pelo art. 170-A do CTN.

Considerando que reconheceu-se a prescrição de parte do período postulado, bem como a procedência do pedido tão somente em relação à Zona Franca de Manaus, tenho que houve sucumbência recíproca e proporcional, compensando-se os honorários, nos termos do art. 21, *caput*, do CPC/73, aplicável à hipótese dos autos.

Quanto ao disposto no art. 60 da Lei n. 9.069/1995, tem-se que a comprovação da regularidade fiscal para fins de reconhecimento de incentivos ou benefícios fiscais deve ser feita em âmbito administrativo quando da fruição do benefício.

Apelações e remessa oficial parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar parcial provimento às apelações e à remessa oficial, nos termos do voto da Des. Fed. MARLI FERREIRA (Relatora), com quem votaram os Des. Fed. MÔNICA NOBRE e MARCELO SARAIVA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RELATÓRIO

A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Cuida-se de ação pelo rito ordinário ajuizada por INDUSTRIAL LEVORIN S/A postulando o reconhecimento do direito ao crédito presumido do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI a título de ressarcimento da COFINS e da contribuição para o PIS incidentes no custo de aquisição de insumos para fabricação de produtos destinados a empresas localizadas na Zona Franca de Manaus, na Amazônia Ocidental e na Área de Livre Comércio, no prazo decenal, com correção monetária e taxa SELIC, ou a compensação com débitos vincendos de quaisquer tributos e contribuições federais, administradas pela Secretaria da Receita Federal, nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96.

Alegou a autora em sua inicial que a remessa de mercadoria de origem nacional para consumo ou industrialização na Zona Franca de Manaus, na Amazônia Ocidental e na Área de Livre Comércio, nos termos do artigo 40 do Decreto-Lei nº 288/67, qualifica-se, para todos os efeitos fiscais, como exportação. Daí porque deve ser reconhecida a possibilidade de se utilizar crédito presumido de IPI em exportação para ressarcimento de PIS e COFINS, na forma prevista na Lei nº 9.363/96 e Lei nº 10.276/01, quando se tratar de insumo destinado a essas regiões.

A r. sentença monocrática julgou parcialmente procedente o pedido, autorizando a autora a utilizar o crédito presumido de IPI previsto na Lei nº 9.363/96 e originado de vendas para empresas estabelecidas na Zona Franca de Manaus até a vigência das Leis nº 10.637/02 e 10.833/03, e cuja comprovação esteja nos autos, excluindo as vendas efetuadas para empresas estabelecidas fora da Zona Franca de Manaus, na compensação de débitos do próprio IPI, corrigido monetariamente, após o trânsito em julgado. (id 88790820 – p. 60/67)

Dessa sentença ambas as partes apelaram.

Pugna a autora em seu apelo a extensão do benefício também às vendas efetuadas às empresas estabelecidas na Amazônia Ocidental (AO) e nas Áreas de Livre Comércio (ALC), bem como a correção monetária desde cada exportação efetuada.

Alega que, com a edição do Decreto-Lei nº 356 de 15 de agosto de 1968, estendeu-se os benefícios instituídos às empresas localizadas na Zona Franca de Manaus (ZFM), também para os Estados que compõem a Amazônia Ocidental (AO). Conclui, nesse contexto, que a manutenção de área de livre comércio estabelecida pela Constituição Federal no artigo 40 da ADCT até o ano de 2.013, vale também para as áreas abrangidas pela Amazônia Ocidental (AO).

Argumenta por outro lado que com a promulgação da EC nº 33, de 11 de dezembro de 2001, as receitas de exportação para o exterior, nelas abrangidas as destinadas à Zona Franca de Manaus e à Amazônia Ocidental ou em área de livre comércio, por força da equiparação dada pelos mencionados Decretos-Leis nº 288/67 e 358/88, foram imunizadas das contribuições sociais, e, no caso em específico da contribuição à COFINS.

Sustenta, sob esse enfoque que, se as receitas de exportação de mercadorias para o exterior foram isentas ou imunes das contribuições ao PIS e da COFINS, não poderiam ser excluindo de tal benefício as receitas provenientes de vendas efetuadas às empresas estabelecidas na Zona Franca de Manaus (ZFM) e Amazônia Ocidental (AO), incidindo em total inconstitucionalidade e ilegalidade as normas que contrariaram os Decretos -Leis 2.688/67 e 356/68 convalidados pelo artigo 40 ADCT da Constituição Federal de 1988, artigo 7º LC 70/91 e 1º LC 85/96.

Por fim requereu a reforma da r. sentença no que tange a incidência da correção monetária apenas após o trânsito, tendo em vista que a atualização do crédito deixou de se fazer a seu tempo por impedimento administrativo, já que a recorrente deixou de se creditar dos valores pagos do PIS e Cofins nas aquisições de insumos utilizados na fabricação de mercadorias vendidas para empresas estabelecidas na ZFM, Amazônia Ocidental (AO) e nas Áreas de Livre Comércio (ALC) em virtude da vedação imposta pelas Leis 9.363/96 e 10.276/01, com a aplicação da taxa SELIC.

Por seu turno, sustenta a União Federal (Fazenda Nacional) que não há na Lei nº 9.363/96, tampouco na Lei nº 10.276/2001, a possibilidade de utilização de crédito presumido do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, a título de ressarcimento da COFINS e da contribuição para o PIS, incidentes no custo de aquisição de insumos para fabricação de produtos destinados a empresas localizadas na Zona Franca de Manaus, na Amazônia Ocidental e nas Áreas de Livre Comércio, como pretende a autora.

Alega, outrossim, que o artigo 40 do ADCT o qual mantém a Zona Franca de Manaus-ZFM com características de livre comércio, de exportação e importação e de incentivos fiscais, até o ano de 2013, não pode ser interpretado isoladamente, sob pena de se criar um sistema tributário paralelo específico para a região, com todas as potenciais distorções econômicas daí decorrentes.

Assim, entende que o DL nº 288/67 somente autorizou a equiparação à exportação o envio de mercadorias à Zona Franca de Manaus, para efeitos fiscais, quanto as normas existentes à época, razão pela qual as contribuições ao PIS e à COFINS não podem ser albergadas pelo referido Decreto, posto instituídas posteriormente.

Lembra que, nos termos do artigo 150, §6º da CF, somente lei específica poderá conceder crédito presumido de tributos e contribuições e, no caso concreto, não há norma legal que autorize a utilização de crédito presumido de IPI nas operações realizadas com empresas situadas na Zona Franca de Manaus, Amazônia Ocidental e qualquer outra área de livre comércio.

Ainda que superados todas essas alegações, defende por outro lado, que a autora não demonstrou o preenchimento dos requisitos essenciais para usufruto do benefício fiscal em questão, ante a necessidade de prova da qualidade de produtora e exportadora de mercadorias destinadas à exportação, nos termos do artigo 1º da Lei nº 9.363/96.

Registra a União Federal (Fazenda Nacional) a inexistência de documento nos autos que comprove ter a autora operado, em relação à Zona Franca de Manaus, com produtos por ela exportados de sua própria fabricação.

Entende imprescindível que a autora comprove também, por meio de nota fiscal emitida pelo fornecedor ao produtor exportador, da aquisição, no mercado interno, de matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem com a incidência das contribuições para o PIS e a COFINS, durante todo o período mencionado na inicial, conforme determina o artigo 3º da Lei nº 9.363/96.

Alega, ainda, que conforme disposto no artigo 195, §3º da CF, o legislador constitucional condicionou o direito à percepção de qualquer benefício fiscal à regularidade do contribuinte com a seguridade social, sendo que à época das alegadas exportações para a Zona Franca de Manaus, a autora não provou estar em dia para com o Fisco Federal, situação que consubstancia óbice à fruição do aludido crédito presumido. A esse respeito é o que preceitua o artigo 60 da Lei nº 9.069/95.

No mais, ao contrário do que pretende a autora, uma vez reconhecido o direito ao crédito de IPI na forma pleiteada na inicial, aduz a União Federal (Fazenda Nacional) que não há direito à correção monetária dos valores apurados, vez que a atualização monetária de créditos escriturais do IPI não tem previsão legal.

No entanto, no caso de reconhecimento do direito à correção monetária, esta deve seguir os mesmos parâmetros de atualização utilizados pelo Fisco, a saber: Decreto-Lei nº 2.283/86 e 2.284/86, Leis nºs 7.730/89, 7.801/89, 8.177/91, e 8.383/91, observando-se, ainda, a Lei nº 8.697/93 e a Lei nº 9.069/95 e reedições posteriores. Ressalva, por sua vez, que a taxa SELIC, a que se refere o artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95, somente é devida em casos de repetição ou compensação, não se aplicando em casos como o do presente, em que se pleiteia a escrituração de crédito presumido do IPI.

Pleiteia, finalmente, no caso de manutenção da sentença, seja estabelecida a sucumbência recíproca, vez que a autora restou vencida em parte na demanda, notadamente quanto à prescrição de parte dos créditos discutidos na presente ação.

Com contrarrazões ofertadas por ambas as partes, subiram os autos a esta Corte para julgamento.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Desde logo, necessário consignar que os recursos interpostos atraem a incidência do Enunciado Administrativo nº 2 do STJ: *“Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça”*.

Por meio da presente ação pretende a parte autora o reconhecimento do seu direito ao aproveitamento do crédito-presumido do IPI, instituído pela Lei n.º 9.363/93, em relação às remessas para a Zona Franca de Manaus, Amazônia Ocidental e na Área de Livre Comércio.

O Decreto-Lei n.º 288/67, que regulou a Zona Franca de Manaus, prescreveu em seu art. 4º, *verbis*:

“A exportação de mercadorias de origem nacional para consumo ou industrialização na Zona Franca de Manaus, ou reexportação para o estrangeiro, será para todos os efeitos fiscais, constantes da legislação em vigor, equivalente a uma exportação brasileira para o estrangeiro.”

Depreende-se do dispositivo transcrito que, havendo um benefício fiscal instituído com o objetivo de incentivar as exportações de mercadorias nacionais, o mesmo deve ser estendido às vendas de mercadorias destinadas à Zona Franca de Manaus, isto é, as mesmas regras jurídicas determinadas aos tributos que atingem exportações de mercadorias foram estendidas às operações realizadas com a Zona Franca de Manaus.

Preservou-se, então, tratamento igual aos regimes jurídicos fiscais de exportação e de venda para a Zona Franca de Manaus, vale dizer, para fins fiscais a venda de mercadorias para a referida área de livre comércio equivaleria à operação de exportação para o exterior.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a Zona Franca de Manaus foi mantida com o objetivo de promover o desenvolvimento da região, nos termos do disposto no art. 40 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, *litteris*:

“É mantida a Zona Franca de Manaus, com suas características de área de livre comércio, de exportação e importação, e de incentivos fiscais, pelo prazo de vinte e cinco anos, a partir da promulgação da Constituição.”

Portanto, na dicção dos dispositivos mencionados, tem-se que o constituinte originário entendeu pela prorrogação da Zona Franca de Manaus como área beneficiária de benesses fiscais, destinados a dar cumprimento aos preceitos estabelecidos no artigos 3º, III, 151, I, *in fine*, e 170, VII, da CF, os quais prevêm:

“Art. 30. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

...

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

...

Art. 151. É vedado à União:

I - instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento

de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio sócio-econômico entre as diferentes regiões do País

...

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

...

VII - redução das desigualdades regionais e sociais.”

Assim, para efeitos fiscais, a exportação de mercadorias destinadas à Zona Franca de Manaus será equivalente a uma exportação de produto brasileiro para o estrangeiro. Restando mantida, por expressa previsão constitucional, o *status* de zona de livre comércio, consequentemente se mantiveram estendidos a ela os benefícios conferidos às exportações.

Verifica-se, pois, que o artigo 40 dos ADCT preservou as características da Zona Franca de Manaus de área de livre comércio, de importação, exportação e de incentivos fiscais, mantendo a vigência do artigo 4º do Decreto nº 288/67.

Vale ressaltar que, consoante o fenômeno da recepção, não só o referido art. 4º, como também toda a legislação destinada a regular a Zona Franca de Manaus foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988.

Nesse passo, por discricionariedade do legislador constituinte, erigiu-se um critério que deve ser obedecido por toda a lei superveniente que venha a cuidar da área em questão, qual seja, as suas características de zona de livre comércio, de incentivos fiscais, de importação e de exportação.

Com efeito, se, por disposição constitucional foi mantida a Zona Franca como área que goza de certos privilégios, mantém-se, outrossim, quanto aos efeitos fiscais, a equiparação das vendas efetuadas a estabelecimentos lá situados às operações destinadas ao exterior. Por conseguinte, dispondo o legislador ordinário que são passíveis de exclusão, da base de cálculo do PIS e da COFINS, os valores resultantes da venda de produtos ao estrangeiro, também deve fazê-lo quanto às mercadorias endereçadas à Zona Franca, eis que a equivalência, no caso, reveste-se de índole constitucional, o mesmo raciocínio aplicando-se à apropriação de créditos presumidos do IPI por força das exportações realizadas por empresas produtoras.

No plano jurisprudencial, é firme o posicionamento do E. Superior Tribunal de Justiça segundo o qual a venda de mercadorias para empresas situadas na Zona Franca de Manaus equivale à exportação de produto brasileiro para o estrangeiro, para efeitos fiscais, sendo, portanto, tal operação isenta da contribuição para o PIS e da COFINS, como demonstra o julgado assim ementado:

“TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. PIS E COFINS. CREDITAMENTO. BENS E SERVIÇOS PROVENIENTES DE EMPRESA LOCALIZADA FORA DA ZONA FRANCA DE MANAUS. POSSIBILIDADE.

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. Aplica-se, no caso, o Código de Processo Civil de 1973.

II - A venda de mercadorias a empresas situadas na Zona Franca de Manaus equivale à exportação de produto brasileiro para o estrangeiro, para efeitos fiscais, sendo, portanto, tal operação isenta da contribuição ao PIS e à COFINS. Precedentes.

III - A Lei n. 10.996/2004, ao estabelecer que a receita decorrente de venda de mercadorias/insumos para a Zona Franca de Manaus passaria a ser sujeita à 'alíquota zero', não tem o condão de elidir tal entendimento.

IV - A teor do disposto nos arts. 3º, § 2º, II, das Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003, a isenção da contribuição ao PIS e à COFINS sobre a receita decorrente da aquisição de bens e serviços não impede o aproveitamento dos créditos, salvo quando revendidos ou utilizados como insumo em produtos ou serviços sujeitos à alíquota o (zero), isentos ou não alcançados pela contribuição, o que não é o caso dos autos.

V - Recurso especial provido.”

(REsp 1259343/AM, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 24/04/2020)

Outrossim, ao contrário do que defende a União Federal (Fazenda Nacional), não se que pode entender que DL 288/67, ao referir “*constantes da legislação em vigor*”, restringiu a equivalência das exportações aos benefícios que vigiam à época de sua edição. Na verdade, a referência à “*legislação em vigor*” alcança os enunciados normativos vigentes na publicação do decreto-lei e também aqueles vigentes no próprio período de vigência da indigitada norma.

Esta, aliás, é a única interpretação razoável para que seja cumprido o desiderato do Decreto-lei, a saber: “*criar no interior da Amazônia um centro industrial, comercial e agropecuário dotado de condições econômicas que permitam seu desenvolvimento, em face dos fatores locais e da grande distância, a que se encontram, os centros consumidores de seus produtos.*” (art. 1º).

Contudo, se quanto à Zona Franca da Manaus, preocupou-se o legislador constituinte em preservar a condição de área de livre comércio, assemelhando-a, quanto aos efeitos fiscais, à zona de exportação, não o fez quanto à Amazônia Ocidental, outrora equiparada por força do Decreto-lei 356/68. Não há assim, falar-se em recepção do referido diploma pela nova ordem jurídica. Se fosse esse o intento do legislador constituinte, teria explicitado, o que inocorreu, *in casu*. Admitir-se o alargamento do espectro isencional na hipótese seria legislar positivamente, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Pelas razões mesmas, exclui-se as Áreas de Livre Comércio (ALC).

Como bem asseverou o d. Juízo *a quo* “*(...) a interpretação literal que se impõe em matéria de benefício fiscal não permite estender tal benesse à Amazônia Ocidental e Área de Livre Comércio, a teor do disposto no art. 111 do CTN*”.

Vê-se, portanto, que a intenção do legislador constitucional foi manter somente a Zona Franca de Manaus, com os benefícios a ela inerentes, incluindo-se, entre eles, a equiparação, para fins fiscais, da venda de mercadorias para a ZFM à exportação, sem importar em violação aos artigos 3º, III; 43, §2º, III; 151, 1 e 165, § 5º e 7º da Constituição Federal.

Isto porque, frise-se, a interpretação extensiva de benefício fiscal encontra óbice no art. 111 do CTN.

Assim, tem a autora direito de utilizar o crédito presumido de IPI previsto na Lei 9.363/96 e originado de vendas para empresas estabelecidas na Zona Franca de Manaus até a edição das Leis 10.637/02 e 10.833/03, excluindo as vendas efetuadas para empresas estabelecidas fora da Zona Franca de Manaus, na compensação de débitos do próprio IPI.

Correção monetária

A jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça admite a incidência de correção monetária ao creditamento do IPI nas situações em que o Fisco, mediante ato administrativo ou normativo, opõe resistência indevida ao creditamento (Súmula 411/STJ).

No caso dos autos, o aproveitamento dos créditos de IPI era obstado pela Fazenda Nacional, encontrando suporte apenas em sede judicial, razão pela qual se justifica a incidência de correção monetária, pela taxa SELIC, instituída pelo artigo 39, parágrafo 4º, da Lei 9.250/95, a qual já engloba juros e correção monetária.

No que concerne ao termo inicial da correção monetária, o e. Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento de recurso repetitivo, decidiu, em 12/02/2020, que o termo inicial da incidência da correção monetária no ressarcimento de créditos escriturais deve ser o dia seguinte ao escoamento do prazo de 360 dias previsto no art. 24 da Lei n. 11.457/2007 (Tema n. 1003).

Em relação à aplicação do art. 170-A do CTN, introduzido pela LC n.º 104/2001, adota-se o entendimento dessa mesma Corte Superior, exarado à luz de precedentes sujeitos à sistemática dos recursos representativos da controvérsia, no sentido de sua não aplicação somente às ações ajuizadas anteriormente à vigência do referido dispositivo (REsp nº 1.167.039/DF, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJe de 02.09.10).

No caso vertente, como a ação foi ajuizada posteriormente à vigência da LC n.º 104/01 (24/02/2006), aplicável, na espécie, a limitação imposta pelo art. 170-A do CTN.

De outra banda, não procede a alegação da União Federal (Fazenda Nacional) de que a autora não reúne condições para o usufruto do benefício fiscal.

A possibilidade de aproveitamento do crédito presumido de IPI está disciplinada na Lei nº 9.363/96:

“Art. 1º A empresa produtora e exportadora de mercadorias nacionais fará jus a crédito presumido do Imposto sobre Produtos Industrializados, como ressarcimento das contribuições de que tratam as Leis Complementares nºs 7, de 7 de setembro de 1970, 8, de 3 de dezembro de 1970, e 70, de 30 de dezembro de 1991, incidentes sobre as respectivas aquisições, no mercado interno, de matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, para utilização no processo produtivo.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, nos casos de venda a empresa comercial exportadora com o fim específico de exportação para o exterior.

Art. 4º Em caso de comprovada impossibilidade de utilização do crédito presumido em compensação do Imposto sobre Produtos Industrializados devido, pelo produtor exportador, nas operações de venda no mercado interno, far-se-á o ressarcimento em moeda corrente.

Parágrafo único. Na hipótese de crédito presumido apurado na forma do §2º do art. 2º, o ressarcimento em moeda corrente será efetuado ao estabelecimento matriz da pessoa jurídica.”

Pela simples leitura do artigo 1º, verifica-se que o referido benefício fiscal alcança somente as empresas exportadoras de produtos sujeitos à incidência do IPI e que se dedicam à industrialização, que consiste na operação química, física ou físico-química que modifica a natureza da coisa ou a sua finalidade, ou a aperfeiçoe para o consumo.

À vista do Estatuto Social da autora, prevê o artigo 3º (id 89112332 – p.60):

“Artigo 3º A Sociedade terá por objeto: a) - fabricação, comercialização, importação, exportação, representação e consignação de produtos de borracha, produtos automotivos, agrícolas e industriais; suas matérias-primas, bem como equipamentos, peças e componentes e insumos necessários à realização de tais atividades; b) prestação de serviços, assistência técnica e administrativa; c) participação em outros empreendimentos na qualidade de quotista ou acionista.”

Considerando que a obtenção do crédito presumido de que trata a Lei nº 9.363/96 vincula o gozo do benefício à condição de empresa produtora e exportadora, isto é, pressupondo a exportação de produtos de fabricação própria, verifica-se do objeto social da autora, o enquadramento na norma.

Anote-se, outrossim, que o artigo 4º da referida Lei, o qual refere expressamente à compensação ou ressarcimento de IPI, destaca a qualidade de produtor e exportador para fazer jus ao creditamento.

Destarte, tem a parte autora direito ao crédito presumido de IPI, nos moldes previstos pelo do art. 1º da Lei nº 9.393/96, como ressarcimento do PIS e da COFINS incidentes sobre os insumos adquiridos para utilização no processo produtivo das mercadorias destinadas à Zona Franca de Manaus, por se dedicar também à fabricação de produtos.

Finalmente, quanto ao disposto no art. 60 da Lei n. 9.069/1995, tem-se que a comprovação da regularidade fiscal para fins de reconhecimento de incentivos ou benefícios fiscais deve ser feita em âmbito administrativo quando da fruição do benefício.

Honorários advocatícios

Em pedido alternativo postulou a União Federal (Fazenda Nacional), o estabelecimento da sucumbência recíproca.

Considerando que reconheceu-se a prescrição de parte do período postulado, bem como a procedência do pedido tão somente em relação à Zona Franca de Manaus, tenho que houve sucumbência recíproca e proporcional, compensando-se os honorários, nos termos do art. 21, *caput*, do CPC/73, aplicável à hipótese dos autos.

Ante o exposto, dou parcial provimento às apelações e à remessa oficial, para reconhecer o direito da parte autora de aproveitar, na forma da fundamentação supra, observada a prescrição quinquenal, o crédito-presumido de IPI, criado pela Lei n.º 9.363/93, e de compensar os montantes pagos indevidamente, nos últimos cinco anos, a título de PIS e Cofins sobre remessas de mercadorias para a Zona Franca de Manaus, nos termos do art. 170-A do CTN, com incidência exclusiva da taxa Selic. Em consequência, estabelecida a sucumbência recíproca.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL

5006378-50.2018.4.03.6105

Apelante: FLABEG BRASIL LTDA.
 Apelada: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/07/2020

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. LEI Nº 12.546/2011. LEI Nº 13.670/2018. REGIME DE TRIBUTAÇÃO DIFERENCIADO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE RECEITA BRUTA. MANIFESTAÇÃO DE ADESÃO AO REGIME DIFERENCIADO NA PRIMEIRA COMPETÊNCIA DO ANO. REVOGAÇÃO LEGISLATIVA POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO NO CURSO DO EXERCÍCIO FINANCEIRO.

1. A Lei nº 12.546/2011, dentre outras previsões, instituiu regime de desoneração de pagamento mediante a substituição da contribuição sobre a folha de pagamento prevista nos incisos I e III do artigo 22 da Lei nº 8.212/91 pela contribuição sobre a receita bruta (CPRB).
2. A lei nº 13.670/2018 não revogou o §13º do artigo 9º da Lei nº 12.546/2011 que previa de forma expressa que a opção pela tributação substitutiva prevista naquele diploma legal seria irretratável para todo o ano calendário.
3. Eventual impedimento à opção pela referida sistemática somente poderia ser imposta ao contribuinte excluído do favor legal no exercício seguinte.
4. Entendimento contrário implicaria clara violação ao princípio da segurança jurídica que busca tutelar a estabilidade das relações jurídicas (artigo 5º, inciso XXXVI, CF/88).
5. Apelação provida. Ordem mandamental concedida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, DEU PROVIMENTO à apelação para JULGAR PROCEDENTE O PEDIDO e, de conseguinte, CONCEDER A ORDEM, para reconhecer o direito líquido e certo da impetrante de manter a opção pelo pagamento da contribuição previdenciária sobre percentual da receita bruta até dezembro de 2018, nos termos do artigo 8º, da Lei nº 12.546/2011, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por FLABEG BRASIL LTDA. contra suposto ato do DELGADO DA RECEITA FEDERAL EM CAMPINAS/SP. Valorada a causa em R\$ 100.000,00.

Proferida sentença denegando a segurança.

Apela a impetrante. Requer provimento para se reconhecer seu direito líquido e certo de manter a opção pelo pagamento da contribuição previdenciária sobre percentual da receita bruta até dezembro de 2018, nos termos do artigo 8º, da Lei nº 12.546/2011.

A União apresentou contrarrazões requerendo o desprovimento da apelação.

O MPF manifestou-se pelo prosseguimento do feito.

É o relatório.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

VOTO

A Lei nº 12.546/2011, dentre outras previsões, instituiu regime de desoneração de pagamento mediante a substituição da contribuição sobre a folha de pagamento prevista nos incisos I e III do artigo 22 da Lei nº 8.212/91 pela contribuição sobre a receita bruta (CPRB) relativamente a empresas de diversos setores da economia. Neste sentido, transcrevo os artigos 7º e 8º do referido diploma legal:

“Art. 7º Poderão contribuir sobre o valor da receita bruta, excluídos as vendas canceladas e o os descontos incondicionais concedidos, em substituição às contribuições previstas nos incisos I e III do *caput* do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991: (...)

Art. 8º Poderão contribuir sobre o valor da receita bruta, excluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos, em substituição às contribuições previstas nos incisos I e III do *caput* do art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991, as empresas jornalísticas e radiodifusão sonora e de sons e imagens de que trata a Lei nº 10.610, de 20 de dezembro de 2002, enquadradas nas classes 1811-3, 5811-5, 5812-3, 5813-1, 5822-1, 5823-9, 6010-1, 6021-7 e 6319-4 da CNAE 2.0. (...)”

Posteriormente, com a edição da Lei nº 13.161/2015 foi incluído o § 13º no artigo 9º da Lei nº 12.546/2011, prevendo expressamente o seguinte:

“Art. 9º Para fins do disposto nos arts. 7 e 8 desta Lei:

(...)

§ 13. *A opção pela tributação substitutiva prevista nos arts. 7º e 8º será manifestada mediante o pagamento da contribuição incidente sobre a receita bruta relativa a janeiro de cada ano, ou à primeira competência subsequente para a qual haja receita bruta apurada, e será irretratável para todo o ano calendário*

(...)

Já em 30.05.2018 foi publicada a Lei nº 13.670/2018 que, dispondo sobre a contribuição previdenciária sobre a receita bruta, revogou diversos dispositivos da Lei nº 12.546/2011:

“Art. 12. Ficam revogados:

I – o § 2º do art. 25 da Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007; e

II – os seguintes dispositivos da Lei nº 12.546, de 14 de dezembro de 2011:

a) o inciso II do *caput* do art. 7º;

b) as alíneas ‘b’ e ‘c’ do inciso II do § 1º, os §§ 3º a 9º e o § 11 do art. 8º; e

c) os Anexos I e II.”

Por consequência, diversos setores da economia não mais podem recolher a contribuição prevista pela Lei nº 12.546/2011, devendo tornar a recolher a contribuição prevista pelo artigo 22, I e III da Lei nº 8.212/91.

Ocorre, contudo, que a Lei nº 13.670/2018 *não revogou* o § 13º do artigo 9º da Lei nº 12.546/2011 que previa de forma expressa que a opção pela tributação substitutiva prevista naquele diploma legal seria irretratável para todo o ano calendário.

Nestas condições, manifestando o contribuinte opção pelo recolhimento na forma da tributação substitutiva em janeiro do ano-calendário, tal escolha deve ser mantida para todo o ano. Ainda que determinado setor da economia não mais pudesse optar pela sistemática exclusiva de tributação em razão da revogação do dispositivo legal que lhe autorizava a fazê-lo, tal revogação por meio da Lei nº 13.670/2018 publicada em 30.05.2018 ocorreu posteriormente à opção manifestada pelo contribuinte mediante o pagamento realizado na primeira competência deste ano.

Por conseguinte, tem-se que a irretratabilidade prevista em lei não é comando de mão única, dirigido apenas ao contribuinte, mas também, por lógica interpretativa e em respeito à boa-fé objetiva, imposta também ao Poder Tributante (Administração Pública).

Por fim, eventual impedimento à opção pela referida sistemática somente poderia ser imposta ao contribuinte excluído do favor legal no exercício seguinte ao advento da inovação legal.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO à apelação para JULGAR PROCEDENTE O PEDIDO e, de conseguinte, CONCEDER A ORDEM, para reconhecer o direito líquido e certo da impetrante de manter a opção pelo pagamento da contribuição previdenciária sobre percentual da receita bruta até dezembro de 2018, nos termos do artigo 8º, da Lei nº 12.546/2011.

É o voto.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5007341-40.2018.4.03.0000

Agravante: MAYARA CAMARGO POLONIO
Agravada: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/07/2020

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – INCLUSÃO DO EMPRESÁRIO INDIVIDUAL NO POLO PASSIVO DA DEMANDA EXECUTIVA – EIRELI – EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA – ART. 980-A, CC – RECURSO IMPROVIDO.

1. Prejudicados os embargos de declaração opostos, porquanto eventual omissão ou contradição alegam serão abordados a partir do julgamento abaixo.
2. A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), instituída pela Lei nº 12.441/2011, que acrescentou o art. 980-A ao Código Civil, não se confunde com uma firma individual, havendo distinção e responsabilização patrimonial entre ambas.
3. A pessoa jurídica constituída na forma de uma EIRELI deverá responder observando-se as regras para as sociedades limitadas, consoante art. 980-A, § 3º, CC.
4. No caso, a inclusão da ora agravante no polo passivo da execução fiscal se deu em razão da consulta, realizada em junho/2017, junto ao banco de dados da Receita Federal, na qual constava a empresa MAYARA CAMARGO POLONIO CALÇADOS EPP, constituída na forma da empresa individual (Id 2024624 – fl. 46).
5. A modificação da forma empresarial (de empresa individual para Empresa Individual para Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) ocorreu somente em 3/7/2017, consoante instrumento de alteração contratual acostado (Id 2024624 – fls. 66/67), registrado na Junta Comercial somente em agosto/2017, de sorte que, à época da propositura da execução fiscal, era a executada empresária individual, hipótese na qual o empresário responde solidária e ilimitadamente pelo patrimônio e dívida, não havendo de se falar em distinção entre os patrimônios de pessoa física e pessoa jurídica.
6. Agravo de instrumento improvido e embargos de declaração prejudicados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, julgando prejudicados os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que determinou a citação do agravante no polo passivo da execução fiscal ajuizada em face da sociedade empresária.

Nas razões recursais, narrou a recorrente MAYARA CAMARGO POLONIO que, antes de qualquer tentativa de citação da empresa Executada (MAYARA CAMARGO POLONIO CALÇADOS – EIRELI), o MM. Juiz *a quo* determinou de ofício a inclusão da sócia, ora Agravante, no polo passivo da demanda, ao argumento de que se tratava de sociedade individual, com composição de apenas um único sócio.

Ressaltou que se trata de EIRELI (Empresa Individual com Responsabilidade Limitada) que detém responsabilidade limitada, de modo que o patrimônio da pessoa jurídica não se confunde com o da pessoa física do sócio.

Argumentou que o art. 908-A, CC, prevê que o sócio da empresa EIRELI não pode ser demandado por obrigações relativas à sociedade.

Sustentou, portanto, a ausência dos requisitos do art. 135, CTN, uma vez que inexistente dissolução irregular, bem como a mera inadimplência não constitui hipótese de redirecionamento da execução fiscal.

A agravada UNIÃO FEDERAL, em contraminuta, pugnou pelo improvimento do agravo.

Indeferiu-se a atribuição de efeito suspensivo ao agravo.

A agravante opôs embargos de declaração, alegando, a existência de omissão, quanto ao fato de que agravante, antes de qualquer citação na execução fiscal de origem, já se apresentava como sócia de uma empresa constituída sob a forma de EIRELI (e não empresa individual), de modo que sua responsabilidade é limitada. Alegou, ainda, a existência de contradição, ao excepcionar à empresa EIRELI, o mesmo tratamento dado a uma firma individual para responsabilização de seu sócio; e, ao mesmo tempo, responsabilizar a sócia da empresa Executada, que é uma EIRELI, como se firma individual fosse.

A embargada UNIÃO FEDERAL apresentou resposta.

É o relatório.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

De início, cumpre ressaltar que prejudicados os embargos de declaração opostos, porquanto eventual omissão ou contradição alegam serão abordados a partir do julgamento abaixo.

A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), instituída pela Lei nº 12.441/2011, que acrescentou o art. 980-A ao Código Civil, não se confunde com uma firma individual, havendo distinção e responsabilização patrimonial entre ambas.

Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. FIRMA INDIVIDUAL. RESPONSABILIDADE DA PESSOA FÍSICA.

1. Agravo de instrumento manejado contra decisão que, em sede de execução fiscal, determinou a exclusão da pessoa física do empresário JOBSON FIGUEIREDO ALVES pelas dívidas em execução e que estavam inscritas em nome da pessoa jurídica constituída sob a forma de firma individual, entendendo pela distinção patrimonial entre ambas. A decisão agravada equipara a firma individual à figura da “EIRELI” prevista no art. 980-A do Código Civil, acrescentado pela Lei nº 12.441/2011, sociedade unipessoal de responsabilidade limitada.

2. Da análise dos autos verifica-se que a execução fora ajuizada contra a pessoa de JOBSON FIGUEIREDO ALVES ME, empresa individual, constituída em 13/08/1989 (fl. 31 dos autos

originais e fl. 41 dos presentes autos), cuja responsabilidade da pessoa física é ilimitada, diferentemente da figura da “EIRELI” prevista no art. 980-A do Código Civil, acrescentado pela Lei nº 12.441/2011

3. Destarte, em razão da empresa ter sido constituída em período anterior à Lei nº 12.441/2011, ou seja, cuja firma individual não foi expressamente constituída sob a forma de “EIRELI”, não poderá usufruir dos benefícios previstos na supramencionada legislação.

4. Agravo de instrumento provido.

(TRF 5ª Região, AG 00408445920134050000, Relator Paulo Machado Cordeiro, Segunda Turma, DJE - Data: 03/04/2014)

Dispõe o art. 980-A, CC:

Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

§ 1º O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão “EIRELI” após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada.

§ 2º A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade.

§ 3º A empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração.

§ 4º (VETADO).

§ 5º Poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional.

§ 6º *Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas.* (grifos)

Não obstante, sendo assim, a pessoa jurídica constituída na forma de uma EIRELI deverá responder observando-se as regras para as sociedades limitadas.

Todavia, compulsando os autos, verifica-se que a inclusão da ora agravante no polo passivo da execução fiscal se deu em razão da consulta, realizada em junho/2017, junto ao banco de dados da Receita Federal, na qual constava a empresa MAYARA CAMARGO POLONIO CALÇADOS EPP, constituída na forma da empresa individual (Id 2024624 – fl. 46).

Outrossim, a modificação da forma empresarial (de empresa individual para Empresa Individual para Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) ocorreu somente em 3/7/2017, consoante instrumento de alteração contratual acostado (Id 2024624 – fls. 66/67), registrado na Junta Comercial somente em agosto/2017, de sorte que, à época da propositura da execução fiscal, era a executada empresária individual, hipótese na qual o empresário responde solidária e ilimitadamente pelo patrimônio e dívida, não havendo de se falar em distinção entre os patrimônios de pessoa física e pessoa jurídica.

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo de instrumento, *julgando prejudicados* os embargos de declaração.

É o voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

5018459-91.2018.4.03.6182

Apelantes: MAGALI ROJAS VEIGA, ANTONIO GIL VEIGA
 Apelada: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/07/2020

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. BEM DE FAMÍLIA. LEI N.º 8.009/90. REQUISITOS NÃO COMPROVADOS.

I. Pleito de gratuidade de justiça indeferido.

II. Ocorrência de dissolução irregular que enseja o redirecionamento aos sócios que, à época dos fatos geradores e da dissolução irregular, concomitantemente, exerciam função de gerência na sociedade dissolvida.

III. Hipótese em que não restou comprovado que o bem penhorado constitui bem de família, nos termos dos arts. 1º e 5º da Lei nº 8.009/90.

IV. Recurso desprovido, com majoração da verba honorária.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso, com majoração da verba honorária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Magali Rojas Veiga e outro em face de sentença proferida em autos de embargos opostos à execução fiscal promovida pela União Federal (Fazenda Nacional) para a cobrança de valores referentes a contribuições previdenciárias e a contribuições devidas a entidades terceira.

A sentença proferida às fls. 02/10 do documento de Id. 12615121 julgou improcedentes os embargos para manter os autores no polo passivo do feito executivo em razão da ocorrência de dissolução irregular da empresa executada, bem como para manter a penhora sobre o bem imóvel por entender não terem se desincumbido os embargantes do ônus de provar que se trata de bem de família.

Apelam os embargantes (Id. 12615121, fls. 16/31 e Id. 12615123, fls. 01/07) pugnando, preliminarmente, pela concessão dos benefícios da Justiça gratuita. Sustentam, em síntese, a ausência de hipótese legal de responsabilização dos sócios, aduzindo não ter havido abuso da personalidade jurídica, não se verificando desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Alegam ainda que a dissolução irregular não seria causa bastante para o redirecionamento aos sócios e que a apelante Magali Rojas Veiga não exercia função de gerência na sociedade.

Defendem, por fim, ter restado plenamente comprovada nos autos a condição de bem de família do imóvel constrito.

Com contrarrazões subiram os autos.

É o relatório.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

Ao início, examino o pleito de concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Segundo se colhe dos autos, o pedido de justiça gratuita fora indeferido na primeira instância entendendo o magistrado “a quo” pela ausência de prova de que fariam jus os embargantes ao benefício, não havendo recurso em face dessa decisão e sendo as custas processuais recolhidas.

Isto estabelecido e considerando que a parte renova o pedido sem, todavia, nada de novo trazer aos autos, indefiro o pedido de gratuidade da justiça.

Quanto à alegação de ausência de hipótese legal de responsabilização dos sócios pela dívida exequenda, verifica-se que o juízo sentenciante manteve os embargantes no polo passivo do feito executivo sob o fundamento de ocorrência de dissolução irregular.

Para a verificação da ocorrência de dissolução irregular da empresa devem ser atendidos os requisitos reconhecidos na Súmula nº 435 e jurisprudência do E. STJ:

“Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.”

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. REDIRECIONAMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. SÓCIO-GERENTE. POSSIBILIDADE. CERTIDÃO DO OFICIAL DE JUSTIÇA. COMPROVAÇÃO DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR. SÚMULA 435/STJ.

1. A orientação da Primeira Seção do STJ firmou-se no sentido de que, se a Execução Fiscal foi promovida apenas contra pessoa jurídica e, posteriormente, redirecionada contra sócio-gerente cujo nome não consta da Certidão de Dívida Ativa, cabe ao Fisco comprovar que o referido sócio agiu com excesso de poderes, infração a lei, contrato social ou estatuto, ou que ocorreu dissolução irregular da empresa, nos termos do art. 135 do CTN.

2. *A jurisprudência do STJ consolidou o entendimento de que a certidão emitida pelo oficial de Justiça, atestando que a empresa devedora não mais funciona no endereço constante dos assentamentos da junta comercial, é indício de dissolução irregular, apto a ensejar o redirecionamento da execução para o sócio-gerente.* Precedentes do STJ.

3. Recurso Especial provido.”

(RESP 201001902583, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, 04/02/2011);

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO PARA O SÓCIO-GERENTE. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. CERTIDÃO DE OFICIAL DE JUSTIÇA. POSSIBILIDADE. SÚMULA N. 435 DO STJ. RECONSIDERAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

1. Cinge-se a controvérsia em saber se a informação de que a empresa devedora não mais opera no local serve para caracterizar a dissolução irregular da empresa e, em consequência, para autorizar o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.

2. O Tribunal de origem consignou expressamente a respeito da existência de certidão do oficial de justiça atestando a inoperabilidade da empresa no local registrado.

3. *Esta Corte consolidou entendimento no sentido de que a certidão emitida pelo Oficial de Justiça atestando que a empresa devedora não mais funciona no endereço constante dos assentamentos da junta comercial é indício de dissolução irregular, apto a ensejar o redirecionamento da execução para o sócio-gerente, a este competindo, se for de sua vontade, comprovar não ter agido com dolo, culpa, fraude ou excesso de poder, ou ainda, não ter havido a dissolução irregular da empresa.* Inteligência da Súmula n. 435 do STJ.

4. Agravo regimental a que dá provimento.”

(AGRESP 200901946840, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, 08/10/2010);

“EXECUÇÃO FISCAL - DEVOLUÇÃO DA CARTA CITATÓRIA NÃO-CUMPRIDA PELOS CORREIOS - INDÍCIO INSUFICIENTE DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR - PRECEDENTES.

1. *Esta Corte tem o entendimento de que os indícios que atestem ter a empresa encerrado irregularmente suas atividades, como certidão do oficial de justiça, são considerados suficientes para o redirecionamento da execução fiscal.* Aplicação do princípio da presunção de legitimidade dos atos do agente público e veracidade do registro empresarial.

2. Não se pode considerar indício suficiente para se presumir o encerramento irregular da sociedade a carta citatória devolvida pelos correios. Precedentes: REsp 1017588/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28.11.2008; REsp 1017588/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28.11.2008; REsp 1072913/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 4.3.2009. Agravo regimental improvido.”

(AGRESP 200801938417, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, 29/06/2009);

Neste mesmo sentido, destaco os seguintes julgados desta E. Corte:

“AGRAVO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. FGTS. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO GERENTE. DECRETO Nº 3.708/19. FALTA DE COMPROVAÇÃO DE EXCESSO DE PODERES, INFRAÇÃO À LEI OU AO CONTRATO SOCIAL. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

1. Tendo em vista que o FGTS não tem natureza tributária, às contribuições ao fundo não se aplica o disposto no art. 135, III, do CTN.

2. Em se tratando de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, é de se observar o art. 10 do Decreto nº 3.708/19, que preceitua a responsabilização solidária dos sócios-gerentes desde que verificado excesso de mandato ou ato praticado em violação ao contrato ou à lei.

3. O simples inadimplemento das contribuições ao FGTS não configura infração à lei. Precedentes.

4. *A tentativa frustrada de citação da empresa executada, com devolução do AR negativo, não permite pressupor o encerramento irregular da empresa. Também não o permite o fato da empresa encontrar-se inapta junto ao CNPJ. Precedentes.*

5. *Exigir a tentativa de citação pessoal para a configuração de dissolução irregular não importa em negativa de vigência ao inciso I do art. 4º da Lei nº 6.830/80, pois perfeitamente admitida a citação pelos correios em execução fiscal. O que se nega é que o simples aviso de recebimento negativo tenha o condão de gerar a presunção de dissolução irregular, uma vez que apenas o oficial de justiça goza da fé pública necessária a atestar indício de encerramento das atividades da empresa.*

6. Agravo legal improvido.”

(AI 201003000243854, JUIZ COTRIM GUIMARÃES, TRF3 - SEGUNDA TURMA, 17/02/2011);

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. CITAÇÃO POR OFICIAL DE JUSTIÇA. POSSIBILIDADE. ART. 8º, I E III DA LEI N.º 6.830/80.

1. No caso vertente, a tentativa de citação da empresa pelo correio restou infrutífera, conforme AR negativo de fls. 13; e, de acordo com o documento acostado às fls. 17 (relatório do CNPJ), o endereço da empresa é o mesmo em que houve a tentativa de citação por AR.

2. Em regra, a citação nos processos de execução fiscal se dá por via postal; no entanto, a Fazenda Pública pode requerer que a citação seja feita por oficial de justiça (art. 8º, I); a citação por edital só há que ser admitida após esgotados os meios possíveis para a localização do representante legal da agravada, sócios ou mesmo bens passíveis de constrição.

3. *In casu*, muito embora o AR tenha retornado negativo, vê-se a necessidade de acolher o pedido da agravante e determinar a citação da agravada por meio de oficial de justiça, de modo a se tentar localizar a pessoa jurídica ou mesmo obter informações a respeito de sua localização, possibilitando futuro redirecionamento do feito.

4. Agravo de instrumento provido.”

(AI 201103000066596, JUIZA CONSUELO YOSHIDA, TRF3 - SEXTA TURMA, 05/05/2011);

“PROCESSUAL CIVIL. CITAÇÃO POR OFICIAL DE JUSTIÇA. Conforme disposto no artigo 213 do Código de Processo Civil, a citação é ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender. A Lei 6.830/80 estabelece, no artigo 8º, que a citação será feita pelo correio, com aviso de recepção, se a Fazenda Pública não a requerer por outra forma (I) e se o aviso de recepção não retornar no prazo de 15 dias da entrega da carta à agência postal, a citação será feita por oficial de Justiça ou por edital. Dispõe o artigo 221 da legislação processual as forma como se dá a citação, a saber: pelo correio; por oficial de justiça; e por edital. *Previu a lei processual, em seu artigo 224, que quando frustrada a citação pelo correio, esta deverá ser efetivada pelo oficial de justiça. Isto porque a carta citatória, quando devolvida pela empresa de correios e telégrafos - AR negativo, não é considerado indício suficiente para se presumir o encerramento da sociedade.* Assim, faz-se necessária a citação pelo oficial de Justiça, que possui fé pública, nos termos da Súmula 435 do STJ. Agravo a que se dá provimento.”

(AI 201003000363616, JUIZA MARLI FERREIRA, TRF3 - QUARTA TURMA, 12/04/2011).

Compulsados os autos, verifica-se que a empresa executada não foi localizada no endereço constante nos assentamentos da junta comercial (Id. 12615119, fl. 21), conforme certidão negativa do oficial de justiça (Id. 12615119, fl. 13), o que autoriza concluir pela ocorrência de dissolução irregular nos termos da referida Súmula e jurisprudência.

Consoante entendimento dominante nesta Corte, a ocorrência de dissolução irregular enseja o redirecionamento aos sócios que, à época dos fatos geradores e da dissolução irregular, concomitantemente, exerciam função de gerência na sociedade dissolvida.

Neste sentido, os seguintes julgados:

“EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO LEGAL. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DE TERCEIROS. REDIRECIONAMENTO. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. NÃO EXERCÍCIO DO CARGO DE GERÊNCIA SOCIETÁRIA À ÉPOCA DOS FATOS GERADORES.

1. Quando há o redirecionamento da execução sem prévia inclusão do corresponsável no título executivo, partindo do pressuposto de que o simples inadimplemento não caracteriza infração legal, faz-se mister que o exequente comprove os pressupostos da responsabilidade tributária, quais sejam: a) o exercício da administração no período dos fatos geradores cobrados; b) a atuação ilegal ou contrária aos estatutos ou contrato social.

2. *A dissolução irregular da sociedade empresária é fundamento bastante para atrair a responsabilidade dos sócios administradores, que exerciam a gerência à época, pelas obrigações da pessoa jurídica (súmula 435 do STJ).*

3. No caso dos autos, a sociedade empresária executada não foi localizada na diligência para penhora de bens, realizada em 16.09.2002, conforme certificado pelo Oficial de Justiça à fl. 95. De outro lado, extrai-se da cópia da Ficha Cadastral da pessoa jurídica (fls. 232-234), expedida pela Junta Comercial do Estado de São Paulo, que o sócio GERSON VALIM DE OLIVEIRA, à época em que se presume ter ocorrido a dissolução irregular, era sócio-administrador da empresa. Contudo, como os fatos geradores do crédito compreendem o período de 06/1991 a 03/1993, e o agravado foi admitido na sociedade empresária tão somente em 19.05.1994 (fl. 234), não pode responder pela dívida fiscal da pessoa jurídica.

4. Agravo legal não provido.”

(AI 00141677520154030000, JUIZ CONVOCADO RENATO TONIASO, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 27/10/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO:.);

“AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PODERES DO RELATOR DO RECURSO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO.

I - O Código de Processo Civil atribui poderes ao Relator para negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, bem como para dar provimento ao recurso interposto quando o ato judicial recorrido estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

II - Hipótese dos autos em que a decisão agravada observou os critérios anteriormente expostos e aplicou a disciplina do artigo 557 do Código de Processo Civil.

III - *O entendimento jurisprudencial majoritário segue no sentido de que o sócio dirigente somente responde pelos tributos resultantes da dissolução irregular, se também geria a empresa ao tempo dos fatos geradores.* IV - Agravo legal desprovido.”

(AI 00174873620154030000, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 28/10/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO:.);

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL PARA SÓCIO DA EMPRESA. AFERIÇÃO DO EXERCÍCIO DE PODERES DE GESTÃO À ÉPOCA DA OCORRÊNCIA DOS FATOS GERADORES OU INDÍCIOS DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA. DISTRATO DO SÓCIO. RECURSO DESPROVIDO.

1. *Consolidada a jurisprudência, no sentido de que a infração, capaz de suscitar a aplicação do artigo 135, III, CTN, não ocorre com a mera inadimplência fiscal, daí que não basta provar que deixou a empresa de recolher tributos na gestão societária de um dos sócios, pois necessário que se demonstre, cumulativamente, que o administrador exercia a função ao tempo do fato gerador, em relação ao qual se pretende o redirecionamento, e que praticou atos de gestão com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto, o que inclui, especialmente, a responsabilidade por eventual dissolução irregular da sociedade.*

2. Encontra-se igualmente firmada a jurisprudência desta Turma, no sentido de que o registro do distrato social perante o órgão competente elide a presunção de dissolução irregular da empresa, impedindo o redirecionamento do executivo fiscal à pessoa dos sócios.

3. Caso em que restou demonstrado o registro do distrato social perante a Junta Comercial, ocorrido em 23/12/2003, afastando-se a dissolução irregular da sociedade, de acordo com a jurisprudência sedimentada, não cabendo a responsabilização dos sócios pelos débitos da empresa executada.

4. Ademais, a execução fiscal versa sobre tributos com vencimentos nos períodos de 10/09/1997 a 09/01/1998, e o sócio EVERALDO SOARES DA SILVA ingressou na sociedade em 25/07/2001, com indícios de dissolução irregular, nos termos da Súmula 435/STJ, apurados em 04/08/2008, o que, à luz da firme e consolidada jurisprudência, não permite o redirecionamento postulado.

5. Agravo inominado desprovido.”

(AI 00189519520154030000, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 29/10/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO.);

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO EXISTENTE. ACOLHIMENTO. A inclusão dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado no polo passivo da execução fiscal é, em tese, legítima, haja vista que são legalmente responsáveis, por substituição, em relação aos tributos não pagos (artigo 135, inciso III, do CTN). O encerramento das atividades da sociedade é considerado irregular, se realizado sem que se apresente essa dissolução à Junta Comercial, com a efetivação de distrato. Súmula 435 do E. STJ. A simples devolução do AR não é prova suficiente a evidenciar violação à lei, sendo necessária a comprovação da dissolução irregular por meio de diligência do Oficial de Justiça. *O redirecionamento da execução fiscal pressupõe a permanência do sócio na administração da empresa ao tempo da ocorrência da dissolução irregular. Deve haver também vinculação e contemporaneidade do exercício da gerência, direção ou representação da pessoa jurídica executada com a ocorrência dos fatos geradores dos débitos objeto da execução fiscal.* Não houve diligência do oficial de justiça no endereço constante da CDA (fl. 33) e da tela do CNPJ (fl. 131) - Rua Serra da Piedade, 14. Portanto, não restou caracterizada a dissolução irregular da empresa. A jurisprudência do C. STJ se consolidou no sentido de que mera devolução da correspondência (carta com aviso de recebimento) não caracteriza a dissolução irregular da pessoa jurídica, sendo de rigor a tentativa de citação por oficial de justiça (AgRg no AREsp nº 652641/SC, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Primeira Turma, julgado em 03.09.2015, publicado no DJe 16.09.2015). Assim, em consonância com a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, estão ausentes os pressupostos autorizadores para a manutenção da agravante no polo passivo da lide. Embargos de declaração acolhidos para integrar a fundamentação ao julgado, sem modificação do resultado.

(AI 00346264520084030000, DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 03/11/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO.);

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. INDISPONIBILIDADE DE BENS DOS SÓCIOS. RESPONSABILIDADE. ART. 135, III, DO CTN. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. NÃO COMPROVAÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO.

- É firme o entendimento no sentido da possibilidade do relator, a teor do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, decidir monocraticamente o mérito do recurso, aplicando o direito à espécie, amparado em súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal ou dos Tribunais Superiores.

- Os requisitos necessários para a imputação da responsabilidade patrimonial secundária na ação principal de execução são também exigidos na ação cautelar fiscal, posto acessória por natureza.

- É firme a orientação da jurisprudência no sentido de que a infração, em ordem a autorizar a aplicação do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, não se caracteriza com a mera inadimplência fiscal, razão pela qual não basta provar que a empresa deixou de recolher tributos durante a gestão de determinado sócio, sendo necessária, também, a demonstração da prática, por tal sócio, de atos de administração com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto, ou da sua responsabilidade pela dissolução irregular da empresa.

- Pacificou-se no E. Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que ‘presume-se dissolução irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente’ (Súmula nº 435/STJ), e de que a certidão do Oficial de Justiça atestando que a empresa devedora não foi encontrada no endereço fornecido como domicílio fiscal constitui indício suficiente de dissolução irregular, permitindo, portanto, a responsabilização do gestor, nos termos do art. 135, III, do CTN, e o redirecionamento da execução contra ele.

- *A atribuição da responsabilidade tributária aos sócios exige ainda, mesmo na hipótese de encerramento irregular, além da prova de que administravam a empresa à época da ocorrência da sua dissolução, seja também demonstrado que exerciam a gerência ou administração da sociedade ao tempo da ocorrência do inadimplemento da obrigação.*

- No caso em tela, não há notícia de extinção irregular da empresa, de forma que não se antevê, neste momento, razão para responsabilização do sócio, que passou a compor o quadro societário da empresa apenas em dezembro de 2011, mais de dois anos após os fatos geradores, e ainda administra a sociedade.

- As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

- Agravo desprovido.”

(AI 00188148420134030000, DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 18/09/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO:.).

No mesmo sentido tem decidido a Primeira Turma do E. STJ:

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. NECESSIDADE DE TER O SÓCIO PODER DE GERÊNCIA À ÉPOCA DO FATO GERADOR. PRECEDENTES. VALORAÇÃO DOS FATOS CONTIDOS NO ACÓRDÃO RECORRIDO. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento de que ‘o pedido de redirecionamento da execução fiscal, quando fundado na dissolução irregular da sociedade executada, pressupõe a permanência de determinado sócio na administração da empresa no momento da ocorrência dessa dissolução, que é, afinal, o fato que desencadeia a responsabilidade pessoal do administrador. Ainda, embora seja necessário demonstrar quem ocupava o posto de gerente no momento da dissolução, é necessário, antes, que aquele responsável pela dissolução tenha sido também, simultaneamente, o detentor da gerência na oportunidade do vencimento do tributo. É que só se dirá responsável o sócio que, tendo poderes para tanto, não pagou o tributo (daí exigir-se seja demonstrada a detenção de gerência no momento do vencimento do débito) e que, ademais, conscientemente, optou pela irregular dissolução da sociedade (por isso, também exigível a prova da permanência no momento da dissolução irregular)’ (EDcl nos EDcl no AgRg no RE sp 1009997/SC, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 4/5/2009).

2. A Corte *a quo*, após análise dos autos, concluiu que a parte agravante não exercia poderes de gerência ao tempo da constituição do crédito tributário. Assim, a alteração destas conclusões demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(AgRg no AREsp 729.285/SC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 19/08/2015);

“TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. EXERCÍCIO DA GERÊNCIA À ÉPOCA DOS FATOS GERADORES.

1. O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que os sócios só respondem pelo não recolhimento de tributo quando a Fazenda Pública demonstrar que agiram com ex-

cesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto, ou ainda no caso de dissolução irregular da empresa. Essa última hipótese, contudo, apesar de sustentada pelo recorrente como motivo do pedido de redirecionamento da execução, deixou de ser enfrentada pelo Tribunal *a quo*.

2. Hipótese em que, apesar de deferido o pedido de redirecionamento, o Tribunal de origem deu provimento ao agravo de instrumento para excluir a responsabilidade do sócio agravante, porque ingressou na sociedade após a ocorrência dos fatos geradores.

3. O redirecionamento não pode alcançar os créditos cujos fatos geradores são anteriores ao ingresso do sócio na sociedade.

4. *Ainda que fundamentado o pedido de redirecionamento da execução fiscal na dissolução irregular da empresa executada, é imprescindível que o sócio contra o qual se pretende redirecionar o feito tenha exercido a função de gerência no momento dos fatos geradores e da dissolução irregular da sociedade.*

5. Precedentes: AgRg no REsp nº 1.497.599/SP, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 26/02/2015; AgRg no Ag nº 1.244.276/SC, Relator Ministro Sérgio Kukina, DJe 04/03/2015 e AgRg no REsp nº 1.483.228/SP, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 18/11/2014.

6. Agravo regimental desprovido.”

(AGARESP 201301088685, MARGA TESSLER (JUÍZA FEDERAL CONVOCADA DO TRF 4ª REGIÃO), STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA: 28/05/2015 ..DTPB.);

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. REDIRECIONAMENTO A SÓCIO QUE NÃO FAZIA PARTE DO QUADRO SOCIETÁRIO DA EMPRESA. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO TEOR DA SÚMULA 7/STJ.

1. ‘A presunção de dissolução irregular da sociedade empresária, *conquanto fato autorizador do redirecionamento da execução fiscal à luz do preceitua a Súmula n. 435 do STJ, não serve para alcançar ex-sócios, que não mais compunham o quadro social à época da dissolução irregular e que não constam como co-responsáveis da certidão de dívida ativa, salvo se comprovada sua responsabilidade, à época do fato gerador do débito exequendo, decorrente de excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, conforme dispõe o art. 135 do CTN.* Precedentes: EREsp 100.739/SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Seção, DJ 28/02/2000; EAg 1.105.993/RJ, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, DJe 01/02/2011; REsp 824.503/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 13.8.2008; REsp 728.461/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 19/12/2005’ (AgRg no Ag 1.346.462/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 24/05/2011).

2. No caso concreto, o Tribunal de origem consignou de forma expressa que não restou provado que à época da dissolução irregular da sociedade os sócios exerciam a gerência da empresa.

3. Para rever as razões de decidir do Tribunal *a quo* é necessário o reexame do conjunto fático-probatório, o que, à luz do entendimento sedimentado na Súmula n. 7 desta Corte, não é possível em sede de recurso especial.

4. Agravo regimental não provido.”

(AgRg no AREsp 220.735/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/10/2012, DJe 16/10/2012);

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 544 E 545 DO CPC. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. ART. 135 DO CTN. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA VERIFICADA. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE À ÉPOCA DOS FATOS GERADORES. SÚMULA 7/STJ.

1. O redirecionamento da execução fiscal e seus consectários legais para o sócio-gerente da empresa somente é cabível quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa. Precedentes: RESP n.º 738.513/SC, deste relator, DJ de 18.10.2005; REsp n.º 513.912/MG, DJ de 01/08/2005; REsp n.º 704.502/RS, DJ de 02/05/2005; EREsp n.º 422.732/RS, DJ de 09/05/2005; e AgRg nos EREsp n.º 471.107/MG, deste relator, DJ de 25/10/2004.
2. *Ademais, verificada a dissolução irregular da empresa, o redirecionamento da execução fiscal é possível contra o sócio-gerente da sociedade à época do fato gerador.* Precedente da 2.ª Turma: AgRg no Ag 1.105.993/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 18/08/2009, DJe 10/09/2009
3. *In casu*, a Corte de origem assentou que ‘Na espécie, a execução fiscal refere-se a tributo com fato gerador ocorrido em 30.10.91, sendo que restou documentalmente comprovado que o aludido sócio ingressou na diretoria da empresa somente em 15.02.93 (f. 181), ou seja, muito após a incidência do tributo. (...) Como se observa, não se negou a responsabilidade tributária do administrador em caso de dissolução irregular, mas apenas restou destacada a necessidade de que o fato gerador, em tal situação, tenha ocorrido à época da respectiva gestão, de modo a vincular o não-recolhimento com a atuação pessoal do sócio, em conformidade com a jurisprudência firmada nos precedentes adotados’ (fls. 308/309).
4. Consectariamente, infirmar referida conclusão implicaria sindicatar matéria fática, interdita ao Egrégio STJ por força do óbice contido no enunciado n.º 7 da Súmula desta Corte. Precedentes: AgRg no Ag 706882/SC; DJ de 05.12.2005; AgRg no Ag 704648/RS; DJ de 14.11.2005; AgRg no REsp n.º 643.237/AL, DJ de 08/11/2004; REsp n.º 505.633/SC, DJ de 16/08/2004; AgRg no AG n.º 570.378/PR, DJ de 09/08/2004.
5. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no Ag 1173644/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 14/12/2010).

Compulsados os autos, verifica-se que a CDA objeto da execução abarca dívidas das competências de 09/1991 a 07/1995 (Id. 12615117, fl. 38).

Colhe-se dos assentamentos da junta comercial (Id. 12615119, fl. 21) que os embargantes integraram a sociedade executada como sócios desde sua constituição em 22/05/1989 até a constatação de dissolução irregular, não havendo nos documentos oficiais colacionados qualquer especificação quanto às atividades que cada sócio desempenhava na empresa, não comprovando a parte apelante não fosse a empresa administrada por ambos os sócios, que devem ser mantidos no polo passivo da demanda executiva para responder pelos débitos em execução.

Por fim, observo que a impenhorabilidade do bem de família está tratada na Lei nº 8.009/90, que assim dispõe em seu art. 1º:

Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

O art. 5º da Lei n. 8.009/90, por sua vez, assim dispõe:

Art. 5º Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente.

Parágrafo único. Na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do art. 70 do Código Civil.

São requisitos, portanto, para o reconhecimento da impenhorabilidade do bem imóvel: que seja utilizado como moradia permanente e que seja o único de propriedade da entidade familiar ou, não sendo único, que seja aquele de menor valor ou que tenha sido registrado para esse fim.

No caso dos autos, não há prova para os presentes efeitos atendível de que o imóvel penhorado é o único de propriedade dos embargantes ou aquele de menor valor, tampouco de que foi registrado no Cartório de Registro de Imóveis como moradia da embargante, não se desincumbindo a parte embargante no ônus da prova que é seu.

Assim, não são infirmados os fundamentos da sentença, que julgou improcedente o pedido nos seguintes termos:

“Consta no documento de fls. 47, que à época da constrição e avaliação do imóvel, foi certificado pelo Oficial de Justiça que os empregados da residência teriam lhe informado que os executados não residiam naquele endereço e sim sua filha. No entanto, no documento de fls. 46, é possível notar que a intimação da penhora, realizada posteriormente, ocorreu neste mesmo endereço. Deste modo, é possível concluir que os únicos documentos trazidos aos autos se mostram contraditórios aos argumentos apresentados pelos embargantes que alegam residir no imóvel há mais de 35 anos.

Ainda que tenha sido aberta oportunidade para produzir outras provas, deve ser levado em consideração que o interessado requereu o julgamento antecipado da lide, permitindo que precluisse a chance de robustecer suas alegações.

Em conclusão, os elementos constantes destes autos não formam um conjunto probatório idôneo a ponto comprovar a impenhorabilidade do imóvel constrito”.

Diante do insucesso do recurso interposto é de ser aplicada a regra da sucumbência recursal estabelecida no art. 85, § 11 do CPC, pelo que, ressalvados os limites indicados no referido dispositivo legal, majoro em 5% os honorários advocatícios fixados na sentença, acrescido que se mostra adequado aos critérios legais estabelecidos no §2º do art. 85 do CPC, não se apresentando excessivo e desproporcional aos interesses da parte vencida e por outro lado deparando-se apto a remunerar o trabalho do procurador em feito que versa matéria que não é de maior complexidade, inclusive objeto de jurisprudência a favor da parte vencedora.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, com majoração da verba honorária, nos termos supra.

É o voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5032532-53.2019.4.03.0000

Agravante: INMETRO - INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL

Agravada: VEGA UNIÃO COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA - EPP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 10/07/2020

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INDISPONIBILIDADE PATRIMONIAL. BACENJUD. RISCO DE PRÁTICA DE CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE. IMPROCEDÊNCIA DA ALEGAÇÃO. PROVIMENTO DO RECURSO.

1. O indeferimento do pedido de constrição de ativos financeiros foi justificado diante do risco de bloqueio de valor em excesso, apesar de corretamente indicado no sistema do BACENJUD, pois as instituições financeiras não consideram valores e saldos bloqueados em outras contas em nome do executado em outras instituições, gerando perspectiva de cometimento de crime de abuso de autoridade, conforme as prescrições da Lei 13.105/2015: “Art. 36. *Decretar, em processo judicial, a indisponibilidade de ativos financeiros em quantia que extrapole exacerbadamente o valor estimado para a satisfação da dívida da parte e, ante a demonstração, pela parte, da excessividade da medida, deixar de corrigi-la: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa*”.

2. Primeiramente, a interpretação do texto penal com a extensão que tem sido, por vezes conferida, pode resultar na violação da garantia de acesso ao Poder Judiciário, princípio básico do Estado de Direito, além de infração a dever funcional até porque norma restritiva da liberdade e da independência funcional da magistratura deve ser interpretada, ao menos, literalmente, quando não seja o caso de uma leitura restritiva e até de declaração de inconstitucionalidade, conforme o caso.

3. Percebe-se claramente que a norma penal exige dolo específico, ter inequívoca ciência o magistrado de que o valor tornado indisponível foi não apenas superior, mas exacerbadamente superior ao devido e, ainda, de forma comprovada nos autos por demonstração da excessividade por parte do executado e, acrescidamente, se e apenas se o juiz deixar de promover a correção, sem justa causa. Logo, não se aplica o prazo de 24 horas do artigo 854, § 1º, do Código de Processo Civil, para efeito do tipo penal, pois este exige a provocação da parte interessada, o que não significa, em termos cíveis, que esteja dispensado o magistrado, quanto tiver conhecimento do fato, de ofício ou por provocação de terceiros, de corrigir o excesso verificado. O volume atual de demanda judiciária, neste sentido, é fator que pode interferir, caso a caso, na identificação exata do momento em que materializada a conduta e presente o dolo específico de não corrigir o excesso na indisponibilidade decretada.

4. São diversos, como visto, os elementos típicos subjetivos, objetivos e normativos exigidos para a configuração do tipo penal, e qualquer interpretação, em sede penal, não pode ser ampliativa, mas, necessariamente, apenas pode ser estrita e tipológica,

baseada na conformidade com a Constituição Federal, sobretudo quando se trate de norma aplicável ao exercício da função jurisdicional, em que cabe, por certo, o controle e a coibição de abusos, mas não o cerceamento da liberdade e independência funcional.

5. Afora, portanto, a patente inviabilidade de tipificar como crime o regular exercício da jurisdição, o que mais preocupa, sem dúvida, é a transformação da cautela e da prudência, que são exigências inerentes à condição de magistrado, em receio e temor de exercer plenamente todas as responsabilidades do cargo, deixando de enfrentar, inclusive, leis inconstitucionais e repelir teses e interpretações inconstitucionais porque ao magistrado, enfim, é dada a atribuição de exercer, desde a primeira instância, o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos.

6. A aplicação da lei em referência, pelo Juízo agravado, antes da própria vigência respectiva reforça o entendimento de que não bastaria proferir a decisão, mas seria necessário ainda deixar de corrigir a eficácia constritiva ilegal depois de provocado pelo executado quanto ao excesso - o que, muito provavelmente, ocorria dentro da vigência da norma, meses após a publicação conforme a *vacatio legis* fixada -, a demonstrar, assim, a inexistência, de fato, de qualquer possibilidade de justificado receio de incidência da norma que, de toda sorte, se previsse tipificação na forma presumida na origem padeceria de evidente inconstitucionalidade.

7. Por fim, se não fosse o caso de corrigir posteriormente eventual excesso no cumprimento cumulativo da indisponibilidade por diversas instituições financeiras, caberia ao magistrado, em vez de simplesmente indeferir o pedido, adotar a cautela de fracionar o comando judicial, realizando-se prévia consulta de saldos de contas e, com a informação positiva, deferir o bloqueio seletivamente, conforme possível segundo descrição do “*Manual Básico. Bacenjud 2.0. Sistema de Atendimento ao Poder Judiciário*” (disponível em “<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/manual-basico-do-bacenjud-2.0.pdf>”).

8. A rigor, caberia afastar a motivação adotada para indeferir a constrição de ativos financeiros para que o próprio Juízo agravado reapreciasse o pleito de indisponibilidade patrimonial conforme formulado pela exequente. Todavia, no caso concreto, como a antecipação de tutela recursal foi deferida em termos mais amplos deve ser preservada a respectiva eficácia.

9. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento contra indeferimento, em execução fiscal, de bloqueio de valores pelo sistema BacenJud, com fundamento na aplicação da Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/2019) anteriormente ao início de sua vigência (janeiro/2020), tendo em vista

que, embora a decisão tenha sido proferida em 03/10/2019, seus efeitos seriam posteriores, quando a lei já estaria vigente.

Alegou a agravante que: (1) a decisão agravada foi proferida antes da vigência da Lei 13.869/2019; (2) o bloqueio da quantia executada não incide no artigo 36 da Lei 13.869/2019, pois não se trata de valor exacerbado; e (3) possível o bloqueio do valor executado pelo sistema BacenJud, nos termos do artigos 835, I, e § 1º, e 854 do CPC/2015.

A antecipação da tutela recursal foi concedida para determinar o rastreamento e o bloqueio de ativos financeiros em nome do agravado (ID 108613509).

Sem contraminuta, vieram os autos conclusos.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

Senhores Desembargadores, o Juízo *a quo* justificou o indeferimento pelo risco de ser bloqueado valor em excesso, apesar de corretamente indicado no sistema do BACENJUD, pois as instituições financeiras não consideram valores e saldos bloqueados em outras contas em nome do executado em outras instituições. Ademais, o enorme volume de processos e petições a serem analisados diariamente não permitiria cumprir o artigo 854, §1º, CPC (*“no prazo de 24 (vinte e quatro) horas a contar da resposta, de ofício, o juiz determinará o cancelamento de eventual indisponibilidade excessiva, o que deverá ser cumprido pela instituição financeira em igual prazo”*), gerando a perspectiva de aplicação do artigo 36 da Lei 13.105/2015:

“Art. 36. Decretar, em processo judicial, a indisponibilidade de ativos financeiros em quantia que extrapole exacerbadamente o valor estimado para a satisfação da dívida da parte e, ante a demonstração, pela parte, da excessividade da medida, deixar de corrigi-la:
Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”

Primeiramente, a interpretação do texto supra com a extensão que tem sido, por vezes conferida, pode resultar na violação da garantia de acesso ao Poder Judiciário, princípio básico do Estado de Direito, além de infração a dever funcional até porque norma restritiva da liberdade e da independência funcional da magistratura deve ser interpretada, ao menos, literalmente, quando não seja o caso de uma leitura restritiva e até de declaração de inconstitucionalidade, conforme o caso.

Percebe-se claramente que a norma penal exige dolo específico, ter inequívoca ciência o magistrado de que o valor tornado indisponível foi não apenas superior, mas exacerbadamente superior ao devido e, ainda, de forma comprovada nos autos por demonstração da excessividade por parte do executado e, acrescidamente, se e apenas se o juiz deixar de promover a correção, sem justa causa. Logo, não se aplica o prazo de 24 horas do artigo 854, § 1º, do Código de Processo Civil, para efeito do tipo penal, pois este exige a provocação da parte interessada, o que não significa, em termos cíveis, que esteja dispensado o magistrado, quando tiver conhecimento do fato, de ofício ou por provocação de terceiros, de corrigir o excesso verificado. O volume atual de demanda judiciária, neste sentido, é fator que pode interferir, caso a caso, na identificação exata do momento em que materializada a conduta e presente o dolo específico de não corrigir o excesso na indisponibilidade decretada.

São diversos, como visto, os elementos típicos subjetivos, objetivos e normativos exigidos para a configuração do tipo penal, e qualquer interpretação, em sede penal, não pode ser ampliativa, mas, necessariamente, apenas pode ser estrita e tipológica, baseada na conformidade com a Constituição Federal, sobretudo quando se trate de norma aplicável ao exercício da função jurisdicional, em que cabe, por certo, o controle e a coibição de abusos, mas não o cerceamento da liberdade e independência funcional.

Afora, portanto, a patente inviabilidade de tipificar como crime o regular exercício da jurisdição, o que mais preocupa, sem dúvida, é a transformação da cautela e da prudência, que são exigências inerentes à condição de magistrado, em receio e temor de exercer plenamente todas as responsabilidades do cargo, deixando de enfrentar, inclusive, leis inconstitucionais e repelir teses e interpretações inconstitucionais porque ao magistrado, enfim, é dada a atribuição de exercer, desde a primeira instância, o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos.

A aplicação da lei em referência, pelo Juízo agravado, antes da própria vigência respectiva reforça o entendimento de que não bastaria proferir a decisão, mas seria necessário ainda deixar de corrigir a eficácia constrictiva ilegal depois de provocado pelo executado quanto ao excesso - o que, muito provavelmente, ocorria dentro da vigência da norma, meses após a publicação conforme a *vacatio legis* fixada -, a demonstrar, assim, a inexistência, de fato, de qualquer possibilidade de justificado receio de incidência da norma que, de toda sorte, se previsse tipificação na forma presumida na origem padeceria de evidente inconstitucionalidade.

Neste sentido, o precedente desta Corte:

AI 5031693-28.2019.4.03.0000, Rel. Des. Fed. ANTONIO CARLOS CEDENHO, DJe de 09/04/2020: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. BACENJUD. ARTIGO 805 DO NOVO CPC. DESNECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS. ORDEM DE PREFERÊNCIA. ABUSO DE AUTORIDADE NÃO VERIFICADO. AGRAVO PROVIDO. [...] 5. Não há falar em risco de responsabilização nos termos do artigo 36 da Lei 13.869/19, pois o §1º do artigo 1º da citada legislação é claro no sentido de que os crimes ali elencados são de dolo específico, ou seja, apenas se caracterizam quando houver uma vontade específica, própria na conduta praticada, o que não é o caso. 6. Agravo provido.”

Por fim, se não fosse o caso de corrigir posteriormente eventual excesso em virtude do cumprimento cumulativo da indisponibilidade por diversas instituições financeiras, caberia ao magistrado, em vez de simplesmente indeferir o pedido, adotar a cautela de fracionar o comando judicial, realizando-se prévia consulta de saldos de contas e, com a informação positiva, deferir seletivamente o bloqueio, conforme possível segundo descrição do “Manual Básico. Bacenjud 2.0. Sistema de Atendimento ao Poder Judiciário” (disponível em “<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/manual-basico-do-bacen-jud-2.0.pdf>”).

Assim, a rigor, caberia afastar a motivação adotada para indeferimento da constrição de ativos financeiros para que o próprio Juízo agravado reapreciasse o pedido de indisponibilidade patrimonial conforme formulado pela exequente. Todavia, no caso concreto, como a antecipação de tutela recursal foi deferida em termos mais amplos deve ser preservada a respectiva eficácia.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

Sentenças



AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

0003001-24.2011.4.03.6002

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/MS

Réus: VALDIR PERIUS, LUIZ CARLOS BONELLI, FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES E TRABALHADORAS ASSALARIADOS RURAIS DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, GERALDO TEIXEIRA DE ALMEIDA, ESPÓLIO DE ARI JOSÉ INEIA, CLEITO VINICIO INEIA, ANDRÉ BENDER, CLEITO VINICIO INEIA - ME

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

Juiz Federal Substituto: RUBENS PETRUCCI JÚNIOR

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/01/2020

SENTENÇA

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo *Ministério Público Federal*, com a assistência do *Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA*, em desfavor de *Valdir Perius, Luiz Carlos Bonelli, Federação dos Trabalhadores e Trabalhadoras Assalariados Rurais do Estado de Mato Grosso do Sul - FETAGRI-MS, Geraldo Teixeira de Almeida, Espólio de Ari José Inéia*, representado pelo inventariante *Cleito Vinicio Inéia, Cleito Vinicio Inéia-ME e André Bender*, pela suposta prática de atos de improbidade administrativa, com pedido liminar de medida cautelar de indisponibilidade de bens.

Com a inicial, veio o Inquérito Civil Público de n.º 1.21.001.000146/2009-14.

ID 15996716 - Pág. 32-35: deferiu-se a liminar de indisponibilidade dos bens dos réus e determinou-se a notificação para que se manifestassem por escrito.

ID 15996716 - Pág. 87-93: os réus GERALDO TEIXEIRA DE ALMEIDA e FETAGRI-MS apresentam contestação.

ID 15996720 - Pág. 62-65: o *Parquet* Federal adita a inicial para incluir no polo passivo do feito a CHURRASCARIA, LANCHONETE E LOJA DE CONVENIÊNCIA GABRIELLY (CLEITO VINICIO INÉIA-ME), bem como formula pedido de indisponibilidade dos bens da pessoa jurídica referida.

ID 15996720 - Pág. 73, 78, 81, 91: notificações de VALDIR PERIUS, FETAGRI-MS e GERALDO TEIXEIRA DE ALMEIDA, CLEITO VINICIO INÉIA e ANDRÉ BENDER.

ID 15996720 - Pág. 104-112: concedeu-se a gratuidade de justiça aos réus FETAGRI e GERALDO TEIXEIRA DE ALMEIDA; indeferiu-se o pedido de desbloqueio de suas contas e o pleito de revogação da liminar proferida; recebeu-se o aditamento da inicial; deferiu-se a liminar de indisponibilidade de bens da ré CLEITO VINICIO INÉIA-ME e sua inclusão no polo passivo da demanda; arbitrou-se valor a ser pago a título de arrendamento para uso da área objeto do litígio; indeferiu-se o pedido de restituição de prazo aos réus ANDRÉ BENDER e CLEITO VINICIO INÉIA.

ID 15997217 - Pág. 24: manifestação do INCRA acerca das contas bancárias indisponibilizadas nos autos relacionadas à FETAGRI.

ID 15997217 - Pág. 38: notificação de CHURRASCARIA, LANCHONETE E LOJA DE CONVENIÊNCIA GABRIELLY (CLEITO VINICIO INÉIA-ME) e CLEITO VINICIO INEIA.

ID 15997217 - Pág. 74-86: manifestação preliminar da ré CLEITO VINICIO INÉIA-ME.

ID 15997217 - Pág. 132: manifestação da União.

ID 15997217 - Pág. 140-150: indeferiu-se o pedido de restituição de prazo formulado pelos réus LUIZ CARLOS BONELLI e VALDIR PERIUS; recebeu-se a inicial, determinando-se a citação dos réus.

ID 15997222 - Pág. 88-95: FETAGRI-MS e GERALDO TEIXEIRA DE ALMEIDA apresentaram contestação. Sustentam que o processo administrativo do INCRA/MS concluiu que não houve doação de área para terceiros e sim autorização para uso e ocupação do núcleo urbano.

ID 15997222 - Pág. 142-150: citação de GERALDO TEIXEIRA DE ALMEIDA, FETAGRI-MS, VALDIR PERIUS e LUIZ CARLOS BONELLI.

ID 15997222 - Pág. 151: a União manifestou desinteresse pela intervenção processual na fase cognitiva.

ID 15997222 - Pág. 157-200: VALDIR PERIUS e LUIZ CARLOS BONELLI apresentaram contestação. Sustentam: ilegitimidade passiva; ausência do interesse de agir por acumulação indevida de pedidos e inadequação do pedido de ressarcimento ao erário. No mérito, pugnam pela improcedência da demanda, pois: os atos dos contestantes são plenamente lícitos; não há ato de improbidade administrativa.

ID 15997231 - Pág. 97: citação de CLEITO VINICIO INÉIA e ANDRÉ BENDER.

ID 15997231 - Pág. 136-161: o ESPÓLIO DE ARI JOSÉ INÉIA, representando por seu inventariante CLEITO VINICIO INÉIA, apresentou contestação. Sustenta, preliminarmente: a intervenção do Ministério Público, em razão de herdeiro do espólio ser incapaz; ilegitimidade de parte; inépcia da petição inicial em face da boa-fé, da inexistência de dolo/culpa e do dano ou em virtude da confusão. No mérito, pugnou pela improcedência da demanda. Por fim, requereu o chamamento do INCRA ao processo.

ID 15997756 - Pág. 7-22: CLEITO VINICIO INÉIA, CLEITO VINICIO INÉIA – ME e ANDRÉ BENDER apresentaram contestação. Sustentam, preliminarmente: a carência de ação, por inadequação da via eleita; inépcia da inicial, por ausência de pedido essencial. No mérito: pugnou pela improcedência da demanda, ante a ausência de prejuízo à União, pois o bem não integra seu patrimônio, inaplicabilidade da Norma de Execução n. 33/2003, do INCRA, não configuração de improbidade do ato administrativo.

ID 15997756 - Pág. 78: o INCRA manifestou seu interesse em integrar o polo ativo da ação.

ID 15997756 - Pág. 79-95: o MPF impugnou as contestações.

IDs 15997773 - Pág. 93-97, 115-118, 15997775 - Pág. 31-32, 15998891 - Pág. 54, 56-57: as partes indicaram as provas que pretendiam produzir, complementando-as pelos róis de testemunhas de ID 15998891 - Pág. 61-65.

ID 15998890 - Pág. 22-47: laudo de avaliação técnica nº 20/2015, efetuado pela Secretaria do Patrimônio da União, referente ao imóvel denominado Churrascaria Gabrielly, no Distrito de Casa Verde, em Nova Andradina/MS.

ID 15998890 - Pág. 48: o MPF requereu a majoração do valor pago a título de arrendamento em favor da União, tendo em vista a avaliação do imóvel realizada pela SPU.

ID 15998891 - Pág. 95-99: LUIZ CARLOS BONELLI e VALDIR PERIUS impugnam o laudo de avaliação da SPU.

ID 16000280 - Pág. 76-79: o MPF manifestou-se acerca da incidência de Imposto Predial e Territorial Urbano sobre o imóvel objeto dos autos.

ID 16000280 - Pág. 98-113, 117-123, 131-158, 206-207, 218-223, 225-291 e ID 16000282 - Pág. 1-19: as partes apresentaram alegações finais.

ID 20474453: ANDRÉ BENDER requer o levantamento da indisponibilidade de veículos para que possa aliená-los, comprometendo-se a apresentar os certificados de propriedade dos veículos adquiridos, para que recaia a indisponibilidade sobre os mesmos, em substituição aos antigos.

ID 20925902: LUIZ CARLOS BONELLI, requer o levantamento da indisponibilidade de seus bens.

Na sequência, vieram os autos conclusos.

É o relato do essencial. *Decido.*

O *Parquet* ajuizou a presente ação de improbidade em virtude de cessão irregular de área do INCRA, feita sem o atendimento das formalidades legais, em flagrante desrespeito à normatização aplicável à espécie, especialmente a Norma de Execução nº 33/2003, que dispõe sobre os procedimentos administrativos para destinação de terras públicas da União e do INCRA. Sustenta que houve locupletamento ilícito por parte dos cessionários, consubstanciado na utilização de patrimônio público para fins puramente privados (exploração comercial).

Consta dos autos que, por meio do Ofício INCRA/SR-16/DDA/GAB/Nº 150/2007, o INCRA autorizou a entidade sindical FETAGRI a ocupar, em caráter provisório, o Núcleo Urbano do Projeto de Assentamento Teijin, localizado no distrito de Casa Verde, Nova Andradina/MS (ID 15996251 - Pág. 76). Posteriormente, houve “autorização e cedência” de parte da área para terceiros, mediante suposta vantagem ilícita, local em que posteriormente foi edificado o empreendimento privado Churrascaria e Lanchonete Gabrielly (Cleito Vinício Inéia-ME) (ID 15996251 - Pág. 15-18).

Como contrapartida, foi prevista a obrigação da construção de a) um galpão de 10m x 10m, com cobertura de telha romana, onde terá a sala denominada escritório, com área de 5m x 5m com banheiro externo, piso vitrificado e piso externo do galpão, cimentado desempenado, a ser construído imediatamente dentro da área da Fetagri-MS; b) cerca de arame na área de 200m x 150m de arame liso, com seis fios.

Na decisão que recebeu a inicial, já foram rebatidas as teses levantadas na manifestação de CLEITO VINICIO INEIA – ME, de que a área objeto da demanda não é da União, em razão da ausência do pagamento da indenização arbitrada nos autos de nº 0004675-81.2004.403.6002 e de que a autorização de uso não se submete à Norma de Execução n. 33/2003 (ID 15997217 - Pág. 140-150).

A alegação de que não resta configurado o ato de improbidade administrativa, pela inexistência de prejuízo à União, bem como de que eventual vício pode ser convalidado, confunde-se com o mérito e com ele será analisado.

Analisa-se, doravante, as *preliminares de contestação*.

Ilegitimidade passiva.

LUIZ CARLOS BONELLI e VALDIR PERIUS sustentam ilegitimidade passiva, ao argumento de que nunca autorizaram a construção do bem privado, tampouco tiveram qualquer relação com os corréus responsáveis pelo restaurante.

Os contestantes apenas “autorizaram o uso do imóvel para uma associação representante de trabalhadores rurais assentados, a FETAGRI”, pontuando que “se, posteriormente, esta veio a dispor daquele bem público de forma irregular, isso foi feito sem qualquer conhecimento dos contestantes”.

Ora, das alegações dos próprios requeridos, extrai-se a pertinência de incluí-los no polo passivo da demanda. Primeiro, o requerido VALDIR PERIUS, ex-Superintendente Substituto

do INCRA/MS, autorizou o uso e ocupação do núcleo urbano e construção de demais serviços em benefício da Comunidade do Projeto de Assentamento Teijim, à FETAGRI, por meio de *ofício*, sem instauração de procedimento administrativo, em evidente inobservância das formalidades legais e regulamentares.

Segundo, pelos depoimentos prestados pelos corréus GERALDO TEIXEIRA DE ALMEIDA, ex-presidente da FETAGRI e VALDIR PERIUS, LUIZ CARLOS BONELLI participou ativamente da cessão irregular da área, veja-se (15996251 - Pág. 129-135):

“[...] Marcamos reunião com o Superintendente que se negou a ceder a área para o empresário, mas que poderia cedê-lo à FETAGRI, que posteriormente poderia repassá-la ao empresário para a construção do referido restaurante” - GERALDO TEIXEIRA DE ALMEIDA.

“[...] Na assembleia da entidade, realizada pela mesma (FETAGRI), momento em que o Superintendente Regional (Luiz Carlos Bonelli) foi convidado a participar, e a entidade formulou o pedido, bem como por requisição em audiência na superintendência pelo Sindicato dos Trabalhadores Rurais do Município de Nova Andradina, que representa as famílias assentadas no PA Teijim” - VALDIR PERIUS.

O ESPÓLIO de ARI JOSÉ INÉIA também defende sua ilegitimidade, ao argumento de que o falecido não provocou nenhum prejuízo ao erário público, pois faleceu antes mesmo de iniciar a construção do empreendimento. Ainda, o espólio não é proprietário da edificação, que pertence a CLEITO VINICEO INÉIA e ANDRÉ BENDER.

Neste ponto, importante mencionar que o primeiro “Termo de Transferência de Autorização e Cedência de Uso” foi firmado com ARI JOSÉ INÉIA, em 06/02/2007, ocasião em que fora avençada a contrapartida em favor da FETAGRI.

Além disso, conforme declarações de ANDRÉ BENDER, a construção da churrascaria se iniciou em março de 2007 (ID 15996251 - Pág. 55), ou seja, antes do falecimento de ARI, ocorrido em 01/07/2007 (ID 15997231 - Pág. 165).

No mais, tal termo vigorou até 30/08/2009, quando então foi celebrado “transferência de autorização e cedência” entre FETAGRI-MS e CLEITO VINICEO INÉIA e ANDRÉ BENDER (ID 15996251 - Pág. 17-18).

Pelo exposto, rejeito as preliminares de ilegitimidade passiva.

Da ausência do interesse de agir.

LUIZ CARLOS BONELLI e VALDIR PERIUS sustentam a ausência do interesse de agir, com violação do direito de ampla defesa dos requeridos, pois a inicial traz pretensões que não poderiam ser deles exigidas, imputando-lhes o ônus de provar fatos negativos. Ainda, a ação propõe o ressarcimento de valores subjetivos, por quem nunca poderia ser demandado por isso.

Em que pese compreender que as alegações versam sobre ilegitimidade de parte, foram assim descritas pelos requeridos na contestação. De qualquer modo, pelo já acima exposto, deve ser mantida a presença de ambos no polo passivo.

Não há se falar que as pretensões em tela não poderiam ser-lhes exigidas ou que não possuíam qualquer relação com os fatos, o que será analisado no mérito, pois de mérito se tratam.

Ou seja, o fundamento da preliminar é o próprio objeto da ação. O *Parquet* pretende exatamente demonstrar que agiram em desconformidade à legislação, por meio de subterfúgios ilícitos e em conluio com os demais requeridos, pelo que deve ser afastada a preliminar em questão.

Inadequação da via eleita.

ANDRÉ BENDER, CLEITO VINICEO INÉIA e CLEITO VINICEO INÉIA – ME sustentam que a ação civil pública não é o meio adequado para o debate da situação descrita nos autos – suposto ato de improbidade administrativa que cause prejuízo ao erário.

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça já fixou a tese de que “o Ministério Público tem legitimidade *ad causam* para a propositura de *Ação Civil Pública objetivando o ressarcimento de danos ao erário, decorrentes de atos de improbidade*” (grifei), de modo que tal alegação já está, há muito, superada.

Necessidade de Intervenção do Ministério Público – presença de herdeiro incapaz.

O ESPÓLIO de ARI JOSÉ INÉIA defende a necessidade de intervenção do Ministério Público, pela presença de interesse de herdeiro incapaz (Emelly Christofoli Inéia, nascida em 18/02/2001), destacando que a presença no Ministério Público Federal não supre esta ausência, já que, como autor, tem interesse na ação.

Sem maiores delongas, o espólio é representado em Juízo pelo seu inventariante, conforme art. 75, VII, do CPC. Desnecessária a intervenção do Ministério Público, visto que é o espólio representado pelo inventariante, quem tem legitimidade processual para estar em juízo, sendo irrelevante a existência de herdeiro incapaz nos espólios em curso.

Inépcia da petição inicial.

O ESPÓLIO de ARI JOSÉ INÉIA argumenta que o imóvel objeto dos autos pertence à empresa TEIJIM DESENVOLVIMENTO AGROPECUÁRIO LTDA. Contudo, ainda que se admitisse que no processo de desapropriação promovido pelo INCRA foi-lhe concedido a sua posse e domínio, os valores obtidos nesta demanda não poderiam ser destinados à União, e sim ao INCRA.

Nessa toada, defende a inépcia da inicial, pois embora haja o pedido de ressarcimento, este não está relacionado diretamente com aquele que experimentou os prejuízos.

Tal alegação não merece prosperar.

Como mencionado pelo MPF, o instituto da cessão de uso não pressupõe a propriedade do imóvel, mas tão somente a sua posse. No mais, da leitura dos autos, não se extrai nenhuma das hipóteses de inépcia da inicial elencada no art. 330, § 1º, CPC

Art. 330: [...]

§ 1º Considera-se inepta a petição inicial quando:

I - lhe faltar pedido ou causa de pedir;

II - o pedido for indeterminado, ressalvadas as hipóteses legais em que se permite o pedido genérico;

III - da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão;

IV - contiver pedidos incompatíveis entre si.

Por fim, não cabe ao requerido se insurgir contra o fato do ressarcimento ao erário pleiteado se destinar à União, e não ao INCRA. Isto, pois, um e outro vieram aos autos e não se manifestaram neste sentido.

No mais, o requerido não tem legitimidade para defender interesse alheio.

Rejeito a preliminar.

1 REsp 1089492/RO, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 04/11/2010, DJE 18/11/2010.

ANDRÉ BENDER, CLEITO VINICEO INÉIA e CLEITO VINICEO INÉIA – ME ainda argumentam que a pretensão do autor somente se viabilizaria pela cumulação de pedidos. Contudo, em nenhum momento foi postulada a anulação da autorização expedida pelo INCRA, essencial para o acolhimento das pretensões do autor, constantes da inicial.

Ora, a nulidade do ato administrativo de cessão não é requisito para configuração do ato de improbidade administrativa que cause lesão ao patrimônio público, enriquecimento ilícito ou que atentem contra os princípios da Administração Pública.

Tanto é que, dentre os pedidos ministeriais está a demolição do prédio em que funciona a Churrascaria Gabrielly, ou *alternativamente, a conversão da cessão em arrendamento, em favor da União, desde a data em que foi finalizada a construção do prédio em questão.*

Portanto, inexistente a alegada ausência de pedido essencial.

Da confusão.

O ESPÓLIO de ARI JOSÉ INÉIA requer a extinção do processo em face da confusão, já que o próprio INCRA, por meio de seu Superintendente, foi quem fez a concessão, contrariando as normas internas daquele órgão.

O instituto da confusão, previsto no art. 381, do Código Civil, é aplicável para extinção de obrigações e não tem cabimento no presente caso.

Trata-se de ação civil pública que visa responsabilizar os agentes públicos e os que com eles concorreram pela prática de ato de improbidade administrativa, consubstanciado na existência da vontade livre e consciente de realizar quaisquer das condutas descritas na norma legal, que acarretem em lesão ao patrimônio público, enriquecimento ilícito ou atentem contra os princípios da Administração Pública.

Imputar tal responsabilização ao órgão a que o agente está vinculado, além de desarrazoado, contraria o sentido da norma, que disciplina, justamente, as sanções aplicáveis aos agentes públicos, servidores ou não, que, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, pratique alguma das condutas ímprobadas descritas na Lei.

Assim, não prospera a tese de que o instituto da confusão entre credor e devedor tenha o condão de extinguir os presentes autos.

Superadas as preliminares, *passa-se ao exame do mérito.*

A Lei de Improbidade Administrativa (LIA) tem por finalidade impor sanções aos agentes públicos que pratiquem atos de improbidade que importem em enriquecimento ilícito, que causem prejuízo ao erário e/ou que atentem contra os princípios da administração pública.

Na mesma toada, pune aquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Todavia, nem todos os atos administrativos ou omissões que atentem contra a imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições dão azo ao enquadramento na lei de improbidade. É a conduta praticada com má-fé, caracterizada pelo dolo, comprometedora de princípios éticos ou critérios morais, com abalo às instituições, que deve ser penalizada, abstraindo-se meras irregularidades, suscetíveis de correção administrativa.

Noutras palavras: não basta o simples descumprimento da lei, mas a necessária desonestidade no agir. É uma ilegalidade qualificada pela desonestidade.

Feitos esses esclarecimentos, “ab initio”, pontua-se que nos autos da ação de desapropriação para fins de reforma agrária n. 0004675-81.2004.4.03.6002, devido à instalação da

infraestrutura necessária ao assentamento, à inviabilidade de remoção das famílias assentadas e o desfazimento de boa parte do arranjo produtivo anterior, tornou-se extremamente oneroso o retorno ao “status quo ante”, de modo que, com a consolidação da situação fática, houve a *conversão em desapropriação indireta*.

Neste ponto, o art. 35 do Decreto-lei n. 3.365/1941 dispõe que os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos.

Logo, é inconteste que a área é de domínio da União, administrada pelo INCRA com fins de reforma agrária.

Ademais, como já mencionado, é no mínimo contraditório se alegar que o bem não é público quando se defende, ao mesmo tempo, a “autorização do uso” deste, concedida pela autarquia pública federal.

Pois bem. Os procedimentos administrativos para a destinação de terras públicas da União e do INCRA, nos casos de doação, cessão e concessão de uso, foram estabelecidos pela Norma de Execução nº 33/2003².

Da leitura de seu art. 2º, extrai-se a conceituação dos mencionados institutos, com a observância de determinadas condições e finalidades:

I – Doação: forma de alienação na qual a Administração doa bens móveis ou imóveis desafetados do uso público e comumente o faz para incentivar construções e atividades particulares de interesse coletivo. Pode ser com ou sem encargos e em qualquer caso depende de lei autorizativa, que estabeleça as condições para sua efetivação, de prévia avaliação do bem a ser doado e de licitação. Transfere o domínio do bem;

II – Cessão de uso: transferência gratuita da posse de um bem público de uma entidade ou órgão público para outra entidade ou órgão público, a fim de que o cessionário o utilize conforme estabelecido no respectivo termo, por tempo certo ou indeterminado. Transfere a posse de um bem público para outra entidade ou órgão da mesma entidade que dele tenha necessidade e se proponha a empregá-lo nas condições convencionadas com a Administração cedente, mantendo o domínio do cedente;

III - Concessão de uso: contrato administrativo pelo qual o Poder Público atribui a utilização exclusiva de um bem de seu domínio a particular, para que o explore segundo sua destinação específica. O que caracteriza a concessão de uso é o caráter contratual e estável da outorga do uso do bem público ao particular para que o utilize com exclusividade e nas condições convencionadas com a Administração, mantendo o domínio do cedente.

Denota-se dos autos que o réu VALDIR PERIUS, então Superintendente Regional Substituto do INCRA, autorizou à FETAGRI o uso, a ocupação do núcleo urbano e a construção de demais serviços em benefícios à comunidade, no Plano de Desenvolvimento da Comunidade Rural no Projeto Assentamento Teijim, mediante simples ofício (ID 15996251 - Pág. 119-120), acompanhado de mapa topográfico, mas sem qualquer projeto, planejamento ou detalhamento do que seria feito no local.

Conforme relatório final em procedimento administrativo, houve erro de procedimento, uma vez que o pedido de cessão não foi formalizado pela FETAGRI junto à Superintendência

2 Disponível em: http://www.incra.gov.br/sites/default/files/uploads/institucional/legislacao--/atos-internos/normas/ne_33_140703.pdf. Acesso: 06 dez 2019.

Regional do INCRA SR-16/MS e, tampouco, foi instaurado procedimento administrativo objetivando a cessão da área pela Superintendência Regional do INCRA SR-16/MS em benefício da FETAGRI (ID 15996251 - Pág. 144).

Além disso, verificou-se que a FETAGRI não tinha na época nenhum projeto de ocupação da área, consoante declaração do réu GERALDO TEIXEIRA DE ALMEIDA (ID 15996253 - Pág. 99).

Neste ponto, a Norma de Execução nº 33/2003 é bem didática ao apresentar o modelo de contrato de cessão (ou concessão) de uso, o qual deixa claro em suas cláusulas, a necessidade de indicação da finalidade da cessão/concessão de uso, a vedação de edificar benfeitorias sem prévia e expressa autorização do cedente, bem como a vedação de transferência da posse ou utilização do bem a terceiros. Veja-se:

DA FINALIDADE

Cláusula Terceira - A presente cessão tem por objetivo assegurar o uso pleno do bem (objeto), a fim de assegurar o bem-estar e o progresso econômico-social dos assistidos, razão pela qual o mesmo somente poderá ser utilizado para fins de (mencionar a finalidade).

DAS OBRIGAÇÕES DAS PARTES

[...]

2. CESSIONÁRIA

Cláusula Quinta - A CESSIONÁRIA compromete-se a manter, zelar e conservar o bem ora cedido, responsabilizando-se, desde logo, por quaisquer danos causados ao mesmo pelos beneficiários ou por terceiros. É vedado à CESSIONÁRIA edificar quaisquer benfeitorias e ou reformar o bem ora cedido sem prévia e expressa autorização do Cedente.

Cláusula Sexta – É vedado, ainda, à CESSIONÁRIA negociar ou por qualquer outra forma, transferir a terceiros a posse ou a utilização do bem ora cedido.(Grifei)

Ainda, o ANEXO I da referida Norma de Execução, ao dispor sobre o roteiro de procedimentos para formalização de processos de destinação de bens imóveis, delineia que a cessão, para entidade pública, ou concessão, para entidade privada, de terras do INCRA (lote/parcela), tem como finalidade a construção de obras de interesse social, trazendo como exemplos escolas, igrejas, cooperativas, clubes sociais e campos recreativos, que são outorgados a entidade assistencial ou associativa, pública ou privada.

Lado outro, como já mencionado em decisão anterior, o fato da referida norma não fazer menção à autorização de uso de bem público entre as hipóteses de aplicação dos procedimentos ali disciplinados em nada socorre os réus.

A autorização de uso de bem público é ato administrativo unilateral, discricionário e precário, pelo qual se possibilita a utilização privativa e sem prazo estabelecido, onerosa ou gratuita, de bem público por particular, normalmente visando atender a interesse privado, *sem relevância para a comunidade, desde que não prejudique o interesse público*.

Por essa razão, não demanda maiores formalidades, e se reveste de maior precariedade do que a permissão e a concessão de uso, ao passo que confere menos poderes e garantias ao usuário autorizado e requer simplicidade de processo para outorga e revogação.

Contudo, não era o que se pretendia com a destinação do bem à FETAGRI, de modo que não poderia ter sido utilizado tal instituto. Aliás, o fato da norma de execução não disciplinar sobre a autorização de uso não sugere a aplicabilidade do instrumento normativo, ao revés, aponta para o não cabimento de tal instituto jurídico para os casos de destinação de terras públicas da União e do INCRA.

Assim, vislumbra-se a responsabilidade dos Superintendentes Regional e Regional Substituto do INCRA, LUIZ CARLOS BONELLI e VALDIR PERIUS, visto que o primeiro participou das reuniões onde foi pleiteada a autorização para utilização da área em comento, posteriormente formalizada pelo segundo, através do ofício INCRA/SR-16/DDA/GAB/Nº 150/2007, sem observar as formalidades legais que orientam o processo de outorga de uso de áreas como a objeto dos autos.

Ora, não obstante aleguem que NUNCA autorizaram a construção daquele bem nem tiveram qualquer relação com os corréus responsáveis por aquele restaurante, expressamente afirmam que apenas autorizaram o uso do imóvel para uma associação representante de trabalhadores rurais assentados, a FETAGRI.

Dito isto, alega o MPF que ainda não tivessem sido cientificados da cessão posterior, há de se concluir que a cessão realizada para FETAGRI está em desconformidade com os ditames legais, pois não observou os procedimentos previstos, acarretando em destinação de bem público para satisfação de interesses puramente privados.

Entrementes, a tese “da não ciência” sequer pode ser admitida, tendo em vista que as demais cessões de autorização pelo então Presidente da FETAGRI, GERALDO TEIXEIRA DE ALMEIDA, à ARI JOSÉ INÉIA e, posteriormente, aos réus ANDRÉ BENDER e CLEITO VINICIO INÉIA, seguiram o mesmo padrão de conduta; indício mais que suficiente a apontar para o conluio entre todos os requeridos, que nitidamente buscaram a realização de atos em cascata para o atingimento do fim ilícito almejado.

Ou seja: *não houve apenas erro de procedimento.*

A existência da manobra ilícita pode ser extraída do depoimento de GERALDO TEIXEIRA DE ALMEIDA à fl. 125 do Inquérito Civil Público e transcrito duas vezes na peça exordial do MPF, dada sua importância:

“O Sr. Ari José Inéia procurou a Fetagri, solicitando uma Audiência junto ao INCRA, visando obter autorização do mesmo para ocupação de parte da área com a finalidade de construir um restaurante, pois o mesmo alegava que o prazo para desocupação do prédio que ocupava no Posto Casa Verde estava vencendo e ele precisava de um outro lugar, não querendo se afastar da região. *Marcamos a reunião com o Superintendente que se negou a ceder a área para o empresário, mas que poderia cedê-lo à FETAGRI, que posteriormente poderia repassá-la ao empresário para a construção do referido restaurante.*”.

A Lei n. 9.636/1998, que dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, permite, a critério do Poder Executivo, a cessão, gratuita ou em condições especiais, sob qualquer dos regimes previstos no Decreto-Lei n. 9.760, de 1946, de imóveis da União a pessoas físicas ou jurídicas, *em se tratando de interesse público ou social ou de aproveitamento econômico de interesse nacional* (art. 18, II) - grifei.

Em seu §5º, ainda há previsão de que na hipótese de destinação à execução de empreendimento de fim lucrativo, a cessão será onerosa e, sempre que houver condições de competitividade, *serão observados os procedimentos licitatórios previstos em lei* e o disposto no art. 18-B desta Lei (grifei).

Não bastasse, no próprio Termo de Autorização e Cedência consta que a área em questão foi cedida “por tempo indeterminado, aguardando apenas a transferência definitiva pelo INCRA, a favor da FETAGRI-MS”, sendo que a autorizante cedente ficou encarregada, ainda, após a transferência definitiva, “de repassar o imóvel aos autorizados cessionários”, o que culminou na edificação do empreendimento Churrascaria e Lanchonete Gabrielly (ID 15996251 - Pág. 15-18).

Na mesma esteira do que foi acima fundamentado, a transferência da posse e utilização de parte da área do Núcleo Urbano do Projeto de Assentamento Teijin, da FETAGRI-MS para particular, jamais poderia ser efetivada, ainda mais de forma gratuita (ou com contrapartida ínfima), mediante *autorização de uso* de bem público e à revelia do INCRA. Ora, a simplicidade do processo e a acentuada precariedade da outorga do uso do bem público nesta modalidade não se coaduna com a magnitude do empreendimento realizado, inicialmente estimado em R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais).

A participação dos demais réus envolvidos na posterior transferência do bem para construção do empreendimento particular, GERALDO TEIXEIRA DE ALMEIDA, ARI JOSE INÉIA (representado pelo espólio), CLEITO VINICIO INÉIA e ANDRE BENDER, subscritores dos contratos de cessão da autorização de uso e cessão, está clarividente. Assim como a responsabilidade da CHURRASCARIA E LANCHONETE GABRIELLY (CLEITO VINICIO INÉIA ME), pessoa jurídica que auferiu lucro de elevada monta, o que somente se tornou possível por meio da cessão/autorização irregular de uso de bem público para fins particulares.

A ré FETAGRI, por sua vez, se beneficiou com o cercamento da área ocupada pela federação e a construção de um escritório para seu uso, *realizados pelos donos do empreendimento em contrapartida à cessão de área no núcleo urbano do assentamento*. Ou seja: pessoa jurídica beneficiária consciente de ato ímprobo.

Caracterizada a nítida troca de favores.

Ressalte-se que a pessoa jurídica, segundo entendimento do STJ, pode praticar ato de improbidade e, portanto, figurar como sujeito passivo na respectiva ação de improbidade. Entendeu a Corte Superior que o particular submetido ao regramento da improbidade administrativa pode ser pessoa física ou jurídica, sendo incompatíveis à pessoa jurídica apenas as sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos. Isso, mormente, e indene de dúvidas, quando beneficiária de ato de improbidade, nos termos do art. 3º da lei de regência.

No que toca ao réu GERALDO TEIXEIRA DE ALMEIDA, mesmo que se alegue a inexistência de proveito próprio, forçoso reconhecer que ele viabilizou ou *concorreu* de modo consciente (ainda que porventura de forma graciosa) para o proveito dos demais; conduta igualmente ímproba, principalmente porquanto sua ação, enquanto presidente, era indispensável para a consecução do ajustado.

Pelo narrado, é certo que todos os envolvidos tinham o intuito (dolo) de que a área fosse repassada, mediante burla aos normativos de regência, ao senhor Ari José Inéia, de modo a possibilitar a construção de seu empreendimento naquela área. Segundo bem apontado pelo INCRA, em suas alegações finais (Id 16000280 – p. 122), *a transferência para Ari José Inéia se perfectibilizou em meros 12 dias após a precária autorização concedida pelos representantes da Autarquia*. Destarte, imperioso concluir pelo prévio ajuste (conluio) a fim de possibilitar a transferência.

Conluio, este, caracterizador da desonestidade no agir ou má-fé (intenção de fraudar a lei); condição subjetiva necessária para a configuração do ato de improbidade.

No mais, das provas orais produzidas, nada se obteve de relevante no que toca ao afastamento dos argumentos da parte autora. As testemunhas e os réus somente reafirmam diversas vezes que não houve intenção ilícita, ou mesmo que a construção beneficiou os assentados, por meio da geração de empregos, aquisição da produção rural, parada de ônibus e serviço bancário.

Noutro giro, diferentemente da conclusão da comissão de sindicância instaurada pelo INCRA (ID 15996253 - Pág. 138-139), tais “aspectos positivos” do empreendimento não tem

o condão de dar ares de legalidade ao ato, menos ainda de afastar ou suprimir a desonestidade que o qualifica, já que é inegável o favorecimento de interesses meramente individuais, em detrimento dos benefícios que a destinação correta da área poderia trazer à coletividade residente no assentamento.

Os ditos aspectos positivos são efeitos laterais, não são o interesse público, e não podem prevalecer sobre o objetivo da norma, tampouco impedir a restituição ao “status quo ante”.

Igualmente não se pode atribuir efeitos positivos ou consolidadores ao transcurso do tempo, que não convalida quaisquer ilegalidades, muito menos àquelas qualificadas pela desonestidade (improbidade).

Aceitar o fator tempo como meio hábil a convalidações, seria incentivar a desonestidade no conduzir das coisas públicas.

Ademais, do que se extrai da informação formulada pela procuradoria jurídica do INCRA (ID 15996253 - Pág. 132-135):

Normalmente, o núcleo urbano de qualquer projeto de assentamento é doado para a Prefeitura Municipal, onde se situa o Projeto de Assentamento, entidade de direito público, que irá implantar aí bens e serviços de interesse comunitário, como por ex., posto de saúde, escolas, etc. Ou também, pode ceder o uso, que é a transferência gratuita da posse de um bem público de uma entidade ou órgão público para outra entidade ou órgão público, a fim de que o cessionário o utilize conforme estabelecido no respectivo termo, por tempo certo ou indeterminado.

Não se conclui que, mesmo esteja pendente o processo de doação da área para a Prefeitura Municipal de Nova Andradina, tal fato significa o desinteresse da União pela área, tampouco convalida o ato que, de forma irregular, concedeu autorização de uso para a FETAGRI e, posteriormente, a transferiu para o empreendimento privado.

Por fim e ao cabo, não merece prosperar alegações como aquelas constantes do arrazoado final de GERALDO TEIXEIRA DE ALMEIDA (Id. 16000280 – pp. 218-223), que buscam justificar o ocorrido pelo fato de que nos demais núcleos de assentamento no Estado de Mato Grosso do Sul tem-se operacionalizado da mesma forma (“O normal foi que aconteceu em todos os demais assentamentos rurais realizados pelo INCRA-MS, em que o INCRA destina uma área para o núcleo comercial do assentamento e para tanto transfere às Prefeituras Municipais, que por sua vez regulariza em nome de pessoas da região” – p. 221).

E segue: “Eventual condenação só atrapalharia o desenvolvimento do referido Distrito e causaria efeito cascata em todos os assentamentos do Estado” (p. 221).

Isso, pois, significaria pressupor que o Poder Judiciário deva ser conivente com favorecimentos espúrios que sabidamente tem ocorrido em processos de assentamento, que somente são regularizados pelo Município muito posteriormente, “em nome de pessoas da região”, após pretendida consolidação das irregularidades.

Posto isso, concluo que as condutas dos réus se amoldam àquelas previstas no art. 10, II, da Lei n. 8.429/1992, *todas na modalidade dolosa*, sendo que em relação à FETAGRI (pessoa jurídica de direito privado, beneficiária direta do ato ímprobo e instrumento necessário, consciente e voluntário – pois dotada de má-fé – para a consecução do objetivo ilegal), GERALDO TEIXEIRA DE ALMEIDA, ESPÓLIO DE ARI JOSÉ INÉIA, CLEITO VINICIO INÉIA, ANDRÉ BENDER e CLEITO VINICIO INÉIA-ME (esta última – pessoa jurídica – maior beneficiária direta do ato ímprobo), tal dispositivo ainda se combina com o art. 3º, da mesma lei:

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

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; Art. 3º As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Não verifico a subsunção de quaisquer condutas ao insculpido no artigo 9º, XI, da LIA, pois não se pode afirmar juridicamente tenha ocorrido a incorporação da área, domínio da União, ao patrimônio de ARI JOSÉ INÉIA, CLEITO VINÍCIUS INÉIA e ANDRÉ BENDER. Não houve propriamente um acréscimo patrimonial ilegal – houve dano/prejuízo, decorrente do uso particular indevido de bem público, quando a área deveria ter sido utilizada em benefício direto à comunidade. “Incorporar”, no sentido técnico-jurídico, não é aplicável à espécie, já que nem mesmo pode-se afirmar tenha ocorrido posse sobre a área objeto do processo.

Passo à análise e aplicação das sanções aos réus.

Impende esclarecer que a adequação típica realizada pelo MPF, tanto em sua peça inicial como em seu memorial, não vincula o juízo.

Além disso, assente que as condutas descritas nos artigos 9º, 10 e 11 guardam entre si uma relação de gradação de acordo com a gravidade dos fatos, de forma decrescente, do art. 9º ao 11. Tal gradação extrai-se, mormente, pelas sanções que lhe são correspondentes (incisos I, II e III do art. 12 da LIA).

Igualmente, entre eles há uma relação de subsidiariedade, que não permite, pela lógica do sistema, a penalização por um e outro, de forma cumulativa, mas apenas e unicamente pela conduta mais grave, que absorve a(s) menos grave(s).

Quanto às sanções, *idem*. Assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que o julgador não está adstrito ao pleiteado pelo MPF. Há autorização legal para que possam ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato, e mesmo em quantum diverso. Noutras palavras, não é necessário sejam todas as indicadas pelo *Parquet* aceitas e impostas pelo juiz. Contrariamente, até mesmo ausente menção a determinada sanção, está permitido ao juiz, pela lei, sua imposição, ainda que sem requerimento prévio daquele.

Feitas as ressalvas, no que toca aos prejuízos ao erário, estes devem ser apurados considerando os danos experimentados pela União, durante o período em que ficou impossibilitada de dar a destinação correta ao objeto de seu domínio, em virtude da instalação do empreendimento privado – ainda mais se levado em conta que a cessão, se corretamente operacionalizada, em consonância com os normativos citados, somente poderia ser feita a título oneroso.

Neste ponto, a realização da obra em si trouxe o prejuízo narrado, o que inexistiria se, ato contínuo, ela fosse desfeita, ou se não tivesse sido iniciada.

Noutras palavras: o dano é decorrente do uso particular privativo e indevido de bem público. A área deveria ter sido utilizada em benefício direto à comunidade; não indireto, como reflexo da existência de um grande empreendimento, no lugar de escolas, igrejas, cooperativas, clubes sociais e campos recreativos, por exemplo.

Portanto, tendo em vista que a obra não deveria existir naquele local, adoto seu valor inicial como parâmetro para calcular o dano, qual seja, R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais), como *confessado pelo réu André Bender* (ID 15996251 - Pág. 56).

Ressalte-se que o valor supracitado é apenas uma das possibilidades objetivas para a fixação da base de cálculo. Preferível, *in casu*, já que eleita desde a decisão que fixou o valor do arrendamento.

Assim, a fim de estipular o valor do que seria um arrendamento, acolho o apontado pelo MPF, *para fixar a taxa de 1% (um por cento) ao mês*, o que se mostra razoável ao caso em comento, considerando a finalidade comercial do empreendimento, a sua localização (no entroncamento entre duas rodovias importantes no MS), a capacidade de geração de receita e, principalmente, a exploração com exclusividade, já que tal cessão, se feita mediante licitação, certamente teria inúmeros interessados, cuja competitividade seria mais vantajosa à Administração Pública.

Desta feita, o valor do prejuízo suportado pela União deve corresponder, ao menos, ao que teria recebido caso fosse possível o arrendamento da área.

“Fosse possível”, pois, o arrendamento nestes termos é indevido. A área é destinada à reforma agrária, não a empreendimentos econômicos de interesse unicamente privado, em caráter de exclusividade, mesmo seja a construção em núcleo urbano de assentamentos rurais, consoante já ressaltado acima.

Por essas razões, desinfluyente o laudo de avaliação da Secretaria do Patrimônio da União – SPU, que apontou valor atualizado significativamente superior ao aqui utilizado para o prédio construído (base de cálculo).

Ante o exposto, *arbitro* o dano considerando a taxa de *1% (um por cento) ao mês, ou seja, R\$ 8.000,00 (oito mil reais), desde o início da construção (março de 2007), até a data da devolução do bem*, descontando-se o que já fora pago, conforme decisão de ID 15996720 - Pág. 104-112 (0,5% - meio por cento ao mês), o que deverá ser apurado em futuros autos de cumprimento de sentença (provisório ou definitivo).

Também é certo afirmar que houve dano social, não facilmente mensurável, e não é por outro motivo (reflexo social negativo), que pertinente e justificável seja a cada um dos réus cominado o pagamento de multa civil, nos termos do art. 12, inc. II, da LIA.

Diante do exposto, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE a demanda e resolvo o mérito do processo, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil, para:

a) acolhendo o pedido demolitório, *ordenar* a demolição do prédio em que instalada a Churrascaria e Restaurante Gabrielly (CLEITO VINICIO INÉIA – ME), a ser operacionalizada pelo INCRA e, na impossibilidade material de fazê-lo, subsidiariamente pela União, que, neste caso, passa a titularizar o direito de ser ressarcida, nos termos do item “a.3” abaixo. Para tanto:

a.1) expeça-se o competente mandado de demolição de imóvel.

a.2) caberá ao INCRA providenciar os meios materiais necessários para a prévia desocupação forçada, caso se faça necessária.

a.3) *condeno* os réus, solidariamente, a ressarcirem ao INCRA os custos necessários para a demolição e limpeza do terreno, em sua totalidade (os custos serão devidamente documentados e comprovados nos autos de cumprimento de sentença).

A demolição deverá ser providenciada/operacionalizada no *prazo de 120 (cento e vinte) dias*, contado do recebimento do mandado de demolição pelo INCRA. O prazo constará do mandado.

b) *condenar* os réus, solidariamente, ao ressarcimento integral do dano, equivalente a R\$ 8.000,00 (oito mil reais) mensais, desde o início da construção (março de 2007), até a data da efetiva devolução do bem, após desocupação para fins de demolição, descontando-se o que já fora pago, conforme decisão de ID 15996720 - Pág. 104-112 (0,5% - meio por cento ao mês), a ser apurado em cumprimento de sentença. Quanto ao Espólio de Ari José Inéia, a condenação fica adstrita ao limite do valor da herança;

c) *condenar* cada um dos réus ao pagamento de multa civil equivalente a 10% (dez por cento) do valor do dano referido na alínea “b”, sendo este valor quadruplicado (40%) para a sociedade empresária, maior beneficiária dos frutos econômicos advindos da ação conjunta ímproba: *Cleito Vinicio Inéia-ME*. A distinção se justifica pelo fato de ter sido ela a beneficiária da capacidade de geração de receita, mediante exploração com exclusividade de área estrategicamente localizada para execução de seu objeto social. Aliás, este foi o objetivo final da ilegalidade qualificada pela desonestidade perfectibilizada e descrita nestes autos. Quanto ao Espólio de Ari José Inéia, a condenação fica adstrita ao limite do valor da herança;

d) *condenar* GERALDO TEIXEIRA DE ALMEIDA, VALDIR PERIUS e LUIZ CARLOS BONELLI a perda da função pública que eventualmente ocupar e a suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 8 (oito) anos – estipulação no máximo, tendo em vista os atos ímprobos por eles praticados implicarem a não utilização adequada de terras destinadas à reforma agrária, prejudicando a higidez da política pública respectiva. Ademais, a cominação também é adequada, haja vista a função política, de gestão e/ou de direção por eles exercidas no momento dos fatos;

e) *aplicar* a todos os réus a pena de proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 05 (cinco) anos.

Os valores depositados na conta judicial 4171.635.1859-0, bem como os bens apreendidos ou indisponibilizados, deverão ser utilizados, em cumprimento de sentença, para fins de abatimento dos valores devidos a título de sanções e/ou custeio da demolição. Momento no qual deverão ser requeridas a conversão em renda a favor da *União* – tendo em vista que a área é de seu domínio, sendo apenas administrada pelo INCRA com fins à reforma agrária – e a alienação antecipada dos bens móveis e/ou imóveis apreendidos e/ou indisponibilizados para conversão em pecúnia, caso os requeridos não promovam o pagamento em espécie da integralidade das sanções e dos custos de demolição, após intimados a fazê-lo.

Ficam prejudicados os pedidos de levantamento de indisponibilidade de bens sob os IDs 20474453 e 20925902.

Sem custas. Sem condenação em honorários advocatícios.

Sentença sujeita à remessa necessária.

Comunique-se desta decisão a RELATORA do AGRAVO DE INSTRUMENTO n. 0029072-27.2011.4.03.0000 - TRF3, Exma. DES. FED. CONSUELO YOSHIDA.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se, inclusive a União, para conhecimento e eventuais providências quanto ao disposto na alínea “a”.

Oportunamente, arquivem-se os autos.

DOURADOS, 13 de janeiro de 2020.

Juiz Federal Substituto RUBENS PETRUCCI JÚNIOR

PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL

0002509-19.2018.4.03.6315

Autor: LUCAS OLIVEIRA DA SILVA

Réu: INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE SÃO PAULO

Origem: JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL DE SOROCABA - SP

Juiz Federal: PAULO MITSURU SHIOKAWA NETO

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/07/2020

SENTENÇA

Trata-se de ação de obrigação de fazer ajuizada por LUCAS OLIVEIRA DA SILVA em face do INSTITUTO FEDERAL DE EDUCACAO, CIENCIA E TECNOLOGIA DE SAO PAULO – IFSP, na qual se pleiteia a contratação pela ré de um profissional intérprete de Língua Brasileira de Sinais-LIBRAS para garantir-lhe acessibilidade ao curso que frequenta, com pedido liminar.

Aduz que é pessoa com deficiência auditiva e está matriculada no 1º ano do curso de Automação Industrial junto à requerida, em período integral de segunda a sexta-feira, das 08h00 às 18h00.

Para acompanhar as aulas ministradas, faz-se necessário o acompanhamento de um tradutor de LIBRAS.

No entanto, há no Instituto apenas um tradutor e três alunos com deficiência auditiva matriculados em curso diferentes, o que inviabiliza o acompanhamento pelo tradutor em todas as aulas.

A requerente vem enfrentando diversas dificuldades para acompanhar as aulas e temendo não conseguir concluir o curso, procurou pelo réu, o qual declarou não possuir verba para contratar outro intérprete de LIBRAS.

O pedido liminar foi indeferido.

Citado, o réu contestou.

Em preliminar, arguiu sua ilegitimidade de parte.

No mérito, pugna pela improcedência do pedido, sob o argumento de que não é possível a contratação de outro intérprete, tendo em vista à exigência constitucional de concurso público para tal contratação.

Sustenta, ainda, o princípio da separação dos poderes, não devendo o Judiciário estipular o quantitativo de profissionais que devem ser contratados pela requerida.

Eis o relatório. Fundamento e decido.

PRELIMINARES

Rejeito a preliminar aventada pela ré, porquanto, de acordo com o art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 11.892/08, que institui a Rede Federal de Educação Profissional, Científica e Tecnológica, cria os Institutos Federais de Educação, Ciência e Tecnologia, e dá outras providências, os Institutos Federais possuem natureza jurídica de autarquia, sendo detentores de autonomia administrativa, patrimonial, financeira, didático-pedagógica e disciplinar, razão pela qual verifico sua legitimidade passiva para responder pelo pedido autoral.

O feito foi processado com observância dos princípios da ampla defesa, assim como foram atendidos os seus pressupostos de constituição e validade. Presentes, ainda, as condições da ação, passo ao exame do mérito.

MÉRITO

A educação é um direito social contemplado na Constituição Federal de 1988 como direito de todos e dever do Estado e da família, sendo estabelecido capítulo específico na CF para tratar desse tema, conforme art. 205 e seguintes, dos quais destaco os pertinentes ao caso, *in verbis*:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; [...]

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...]

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

[...]

Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a:

[...]

II - universalização do atendimento escolar; [...]

Extrai-se da Constituição que o direito à educação é direito social, público subjetivo, conferindo ao indivíduo o direito de exigir do Estado uma prestação positiva que atenda às garantias estabelecidas no texto constitucional.

A Lei nº 13.143/15, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, em seu art. 1º, estabelece que:

“É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.”

Referida lei teve como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a qual, no art. 24, estatui que:

Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. Para efetivar esse direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, os Estados Partes assegurarão sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida, com os seguintes objetivos:

[...]

Para a realização desse direito, os Estados Partes assegurarão que: [...]

Adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais sejam providenciadas;

As pessoas com deficiência recebam o apoio necessário, no âmbito do sistema educacional geral, com vistas a facilitar sua efetiva educação;

Medidas de apoio individualizadas e efetivas sejam adotadas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com a meta de inclusão plena.

Os Estados Partes assegurarão às pessoas com deficiência a possibilidade de adquirir as competências práticas e sociais necessárias de modo a facilitar às pessoas com deficiência sua plena e igual participação no sistema de ensino e na vida em comunidade. Para tanto, os Estados Partes tomarão medidas apropriadas, incluindo:

[...]

c) Garantia de que a educação de pessoas, em particular crianças cegas, surdocegas e surdas, seja ministrada nas línguas e nos modos e meios de comunicação mais adequados ao indivíduo e em ambientes que favoreçam ao máximo seu desenvolvimento acadêmico e social.

4. A fim de contribuir para o exercício desse direito, os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para empregar professores, inclusive professores com deficiência, habilitados para o ensino da língua de sinais e/ou do braille, e para capacitar profissionais e equipes atuantes em todos os níveis de ensino. Essa capacitação incorporará a conscientização da deficiência e a utilização de modos, meios e formatos apropriados de comunicação aumentativa e alternativa, e técnicas e materiais pedagógicos, como apoios para pessoas com deficiência.

[...]

Portanto, o acesso à educação da pessoa com deficiência decorre não só de norma constitucional, como do ordenamento jurídico como um todo, de forma a promover à inclusão social daqueles que, em razão de impedimento de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, poder ter obstruída sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Dessa forma, o descumprimento pelo Estado de garantir o acesso à educação à pessoa com deficiência não pode ser ignorado pelo Judiciário, sob o argumento de afronta à separação dos Poderes, ante afronta a direito social fundamental, que merece aplicabilidade direta e imediata pelo Estado.

Conforme ensina José Afonso da Silva:

“os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”. (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 286)

Dessa forma a obrigação de disponibilização pela ré de intérprete e tradutor de LIBRAS em número necessário para que todos os alunos com deficiência auditiva sejam efetivamente atendidos decorre diretamente da Constituição Federal, a fim de garantir a tais alunos condições mínimas de aprendizado, em igualdade de condições com os demais, consagrando-se o princípio da isonomia.

Nesse sentido, já decidiu o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ALUNO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA AUDITIVA. CONTRATAÇÃO DE INTÉRPRETE. LINGUAGEM DE SINAIS. ACESSIBILIDADE. GARANTIDA DE IGUALDADE DE CONDIÇÕES. PREVISÃO CONSTITUCIONAL E LEGAL. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. A Constituição Federal/88 garante, em seus artigos 206 e 208, a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, bem como o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência.

2. A Lei nº 7.853/89 já dispunha sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, com a sua integração social.
 3. A Lei de Diretrizes Básicas da Educação (Lei nº 9.394/96) estabelece, no seu artigo 58, § 1º, que “haverá, quando necessário, serviços de apoio especializado, na escola regular, para atender as peculiaridades da clientela de educação especial.”
 4. Posteriormente, novas normas surgiram para estabelecer medidas de acesso à educação em favor dos portadores de deficiência, tais como as Leis nºs 10.098/2000, 10.436/2002 e os Decretos nºs 5.262/2005 e 5.772/2006. Os citados diplomas legais asseguram, de forma mais contundente, ao deficiente auditivo, matriculado ou que venha a se matricular no estabelecimento de ensino, o acesso à educação mediante a utilização e oferecimento dos meios necessários para tal desiderato.
 5. Antes mesmo da regulamentação das Leis nºs 10.098/2000 e 10.436, de 24 de abril de 2002 pelo Decreto nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005, a ré, na qualidade de prestadora de serviço público essencial, já possuía a obrigação legal de fornecer aos alunos portadores de deficiência física condições para que estes usufruíssem, de forma efetiva, o aprendizado. Tal obrigação independe de regulamentação infralegal, posto que a imposição de tais condutas decorrem diretamente da Constituição Federal e da lei.
 6. Ainda que o apelante tenha envidado esforços para a inclusão dos alunos deficientes auditivos, tais como disponibilizar fonoaudiólogos e laboratórios de ensino ficou comprovado nos autos que tais iniciativas eram claramente insuficientes para garantir a tais alunos condições mínimas de aprendizado.
 7. Cabe à instituição de ensino requerida o dever de promover a acessibilidade de pessoas portadoras de deficiência auditiva (surdez) aos serviços de tradutor e intérprete da Língua Brasileira de Sinais - LIBRAS, em número necessário para que todos os seus alunos deficientes auditivos sejam efetivamente atendidos por tais serviços, propiciando a igualdade de condições para o acesso à educação e a permanência na escola.
 8. Apelação improvida.
- (TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1375923 - 0007059-35.2005.4.03.6114, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, julgado em 16/08/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/09/2017)

Ante o exposto, *JULGO PROCEDENTE A PRETENSÃO* formulada na inicial e, com isso, resolvo o mérito da causa, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil, para condenar o INSTITUTO FEDERAL DE EDUCACAO, CIENCIA E TECNOLOGIA DE SAO PAULO – IFSP na obrigação de disponibilizar intérprete e tradutor de LIBRAS em número necessário para que todos os alunos com deficiência auditiva matriculados sejam efetivamente atendidos.

Defiro a tutela de urgência para cumprimento da obrigação específica, no prazo de 30 dias, comprovando-se o cumprimento nos autos.

Deixo de condenar a parte ré ao pagamento das despesas processuais e de honorários advocatícios, com fundamento no art. 55 da Lei nº 9.099/1995.

Concedo à parte autora os benefícios da gratuidade da justiça (art. 98 do CPC).

À Secretaria:

Intime-se a ré para cumprimento da medida antecipatória de tutela. Certificado o trânsito em julgado da presente sentença, e demonstrado o cumprimento, arquivem-se os autos, com baixa na distribuição.

Registrada eletronicamente. Publique-se. Intimem-se. Cumpra-se.

Juiz Federal PAULO MITSURU SHIOKAWA NETO

PROCEDIMENTO COMUM

5000758-76.2018.4.03.6131

Autor: DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRA-ESTRUTURA DE TRANSPORTES – DNIT

Réus: CARLOS MARCHESI DE CARVALHO, CARLOS DEMARET CARVALHO E CYNTHIA DEMARET CARVALHO

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

Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/06/2020

SENTENÇA

Vistos, em sentença.

Trata-se de ação de desapropriação por utilidade pública, com pedido de imissão provisória na posse, proposta pelo *DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRA-ESTRUTURA DE TRANSPORTES – DNIT* em face dos réus *CARLOS MARCHESI DE CARVALHO, CARLOS DEMARET CARVALHO e CYNTHIA DEMARET CARVALHO*. Aduz a inicial que a desapropriação em causa tem por objeto uma área de uma área de 1.547,88m², parte do imóvel urbano com área total de 15.000,00m², descrito na matrícula n. 22.767 do 2º Oficial de Registro de Imóveis de Botucatu/SP, no município de Botucatu/SP, de propriedade dos réus. Que o imóvel foi atingido pela faixa de domínio afetada a fins ferroviários para a implementação de Obras de Arte Especiais – OAE para transposição de via férrea no Município de Botucatu, EF-265, Trecho Ferroviário de Mairinque – Rubião Jr, Subtrecho: Perímetro Urbano de Botucatu/SP BR- 153/SP, sob a circunscrição da SR/DNIT/SP. No local aduz que será implantado um viaduto rodoviário para a transposição da citada ferrovia, bem como do Rio Lavapés, e será necessário para construção da Avenida de Interligação Leste (constante do Plano Diretor local), que ligará os Bairros Jardim Paraíso e Jardim Ciranda. O viaduto ficará entre as Ruas José Barbosa de Barros e a Avenida Zenon Lotufo, que se liga à Rodovia Alcides Soares e que consiste em uma importe via de escoamento de produção da cidade de Botucatu e de acesso ao campus da UNESP. Junta documentos.

Mediante a comprovação do depósito do valor arbitrado pelo autor, foi *deferida a liminar de imissão provisória na posse*, e, depois de realizada vistoria de avaliação sobre o imóvel desapropriando e oferecimento de quesitos para impugnação do laudo e discussão do valor, determinadas pelas decisões registradas sob os id's n. 11026044 e n. 11180212, oriundas do *E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO*, foi a imissão provisória efetivamente implementada (apossamento administrativo) em 23/05/2019, conforme documento sob o id n. 17795446.

Consta contestação dos co-requeridos *CARLOS MARCHESI DE CARVALHO* (id n. 10873452), *CYNTHIA DEMARET CARVALHO* (id n. 14144289, representada pelo primeiro co-réu, seu curador judicial), em que, linhas gerais, se aduz irregularidade na indicação do polo passivo da demanda, uma vez que a esposa do co-réu *CARLOS MARCHESI DE CARVALHO* é falecida, e que os sucessores não constaram do polo passivo. Que houve irregularidades e/ou nulidades no processo administrativo preparatório da expropriação, uma vez que foram desconsiderados os efeitos deletérios que a obra representaria para o meio ambiente local, voltando-se, quanto ao mais, a impugnar o valor arbitrado pela autoridade expropriante ao

imóvel aqui em questão, uma vez que, segundo se alega, não foram devidamente consideradas, para efeitos de estabelecimento de valor indenizatório, benfeitorias e acessões ali existentes. Juntam documentos.

Baldadas todas as tentativas de localização do co-réu *CARLOS DEMARET CARVALHO*, o mesmo foi citado por edital, na forma do *art. 18 do DL n. 3.365/41* (id n. 26808727), sobre vindo certificação de decurso de prazo para apresentação de qualquer resposta de sua parte.

Encaminhados os autos à instrução, foi realizada vistoria de avaliação do imóvel aqui em causa, sobrevindo laudo conclusivo (id n. 13511863), sobre o qual as partes se manifestaram, com impugnação (id n. 14933701 – DNIT; id n. 14321250 – requeridos), sobrevindo resposta da *expert* avaliadora nomeada pelo Juízo (id n. 14806179), sobre a qual, uma vez mais, ambas as partes manifestaram discordância (id n. 15529293).

Sobrevém notícia de revogação do mandato concedido pelos requeridos aos seus antigos patronos, com constituição de novo representante judicial, ao que se segue postulação dos antigos patronos dos réus para reserva do valor correspondente ao percentual dos honorários advocatícios contratados, com a oportuna expedição do competente mandado de levantamento em seus respectivos nomes, conforme contrato celebrado entre os mesmos e os ora réus.

Por fim, junta-se aos autos ofício oriundo da *E. Vara do Trabalho* local (id n. 31398385), em que se informa o bloqueio cautelar dos créditos eventuais do requerido *CARLOS MARCHESI DE CARVALHO* referentes a estes autos, até o limite de R\$ 105.635,58, importância atualizada até 01/11/2018, em razão de sua inclusão no polo passivo da reclamatória trabalhista – *RT n. 0010762-36.2015.5.15.0025*.

Manifestação do MPF pelo desinteresse na causa.

Vieram os autos com conclusão.

É o relatório.

Decido.

À minguia de resposta do réu *CARLOS DEMARET CARVALHO*, citado por edital, na forma do *art. 18 do DL n. 3.365/41* (id n. 26808727), *decreto-lhe a REVELIA*. Anote-se. Evidente que esse decreto *não* lhe retira o direito à percepção do quinhão relativo à indenização, apenas veda-lhe a discussão de seu valor, de forma que – *em havendo diferença a ser apurada em favor dos réus* – deve-se-lhe resguardar o quinhão correspondente, na forma do rateio aplicável.

Antes de mais nada, necessário estabelecer que a preliminar de nulidade do feito em razão de irregularidade na indicação do polo passivo da presente demanda ficou totalmente superada a partir da inclusão do espólio da falecida esposa do primeiro requerido ao polo passivo da presente demanda, requerido a partir da petição registrada sob o id n. 12462129 e do despacho acostado sob o id n. 13192127, que admitiu o aditamento da petição inicial para a inclusão dos sucessores da falecida na lide. Com tais considerações, regularizada a habilitação das partes para a demanda, fica *prejudicada* a preliminar de nulidade invocada pelo requerido.

Quanto ao mais, estão presentes os pressupostos legais a demonstrar a transmissão parcial do imóvel ao patrimônio público, a partir do reconhecimento da utilidade pública por meio da *Portaria n. 975 de 16/06/2014*, publicada no *DOU de 17/06/2014*, mas também da juntada da documentação integral a que alude o *art. 13 do DL n. 3365/41*, o que perfaz a legitimidade do autor para a demanda nos termos do *art. 82 da Lei n. 10.233/2011*. Com tais considerações, verifico que *não* há outras preliminares a decidir, nulidades a reconhecer, anulabilidades e/ ou irregularidades a suprir ou sanar, o feito se encontra em termos para julgamento, até porque todas as provas necessárias ao deslinde da controvérsia já se acham presentes.

De saída, necessário consignar que, no âmbito da presente ação de desapropriação, se mostra, rigorosamente, írrita e impertinente, a alegação do requerido *CARLOS MARCHESI DE CARVALHO*, no sentido de que haveria nulidade do procedimento expropriatório por conta de eventual lesão ao patrimônio ambiental atingido pela desapropriação aqui em causa. Isso porque o art. 20 do DL n. 3365/41 veda, *expressamente*, que a contestação no processo judicial verse qualquer outra matéria que não vícios no próprio processo ou impugnação do valor, remetendo todas as outras questões às vias próprias. Daí porque, no âmbito da presente lide, não há ensejo a este tipo de discussão, que, ademais, já se encontra *sub judice*, inclusive com sentença já proferida em Primeiro Grau de jurisdição, no âmbito do *Processo n. 5001668-06.2018.403.6131*, em trâmite perante esta 1ª Vara Federal da 31ª Subseção Judiciária. Tais considerações expendidas se mostram suficientes a embasar o *não conhecimento* dessa matéria no âmbito dessa lide.

Isto bem assentado, veja-se que o ponto central do dissenso estabelecido no âmbito da presente lide restou esclarecido pelo trabalho de vistoria e avaliação do imóvel sujeito à desapropriação nos presentes autos (id n. 13511863), que, após cuidadoso escrutínio de todas as benfeitorias e acessões, foi capaz de estabelecer o valor do imóvel expropriado em R\$ 1.515.073,56 (ponto médio entre uma avaliação *máxima* no patamar de R\$ 1.666.580,91 e a *mínima* de R\$ 1.363.566,21). É o quanto basta em termos de composição final desse ponto do litígio, porque esse trabalho pericial, desenvolvido por profissional com *expertise* na área de engenharia e avaliação imobiliária, já leva em consideração todos os acréscimos e utilidades que – alegavam os requeridos no âmbito de suas respostas processuais – não tinham sido devidamente considerados no âmbito do procedimento administrativo.

Pois bem. O evoluir da instrução acabou por demonstrar que os requeridos ostentam parcial razão já que o valor inicialmente arbitrado pelo Poder Público acabou se mostrando aquém daquilo que, efetivamente, é o valor justo da indenização a ser percebida pelo expropriado. Neste particular, necessário observar que a prova colhida em instrução foi realizada em âmbito de contraditório pleno, franqueando-se às partes não apenas o direito ao acompanhamento da prova, bem como oferecimento de quesitos e laudos técnicos parciais. No ponto, será necessário enfatizar que, ainda que avalizadas por laudos periciais parciais, as críticas que são dirigidas, por ambas as partes, ao trabalho da *expert* encarregada pelo Juízo para a avaliação do bem imóvel aqui em causa não merecem acolhida, na medida em que não demonstram, em momento algum, qualquer tipo de incoerência ou inconsistência da avaliação efetivada pela profissional designada pelo Juízo, que, confrontada com o teor das impugnações das partes interessadas, a elas apresenta resposta pontual e circunstanciada, ratificando, em seus ulteriores termos, o valor atribuído ao imóvel e suas acessões (id n. 14806179). Nítido que as impugnações parciais ao laudo aqui em destaque não se baseiam em nenhum elemento concreto ou objetivo que autorize a desconsideração das conclusões em que aportou o laudo avaliatório, a refletir muito mais o inconformismo pessoal das partes com o resultado contrário às suas expectativas, do que convencem de qualquer inconsistência ou incoerência das conclusões apresentadas, neste ponto, pela vistora judicial. Por tais razões, revelando-se coerentes e fundamentadas as conclusões do laudo da *expert* avaliadora que aqui atuou é de se *homologar* o valor constante do laudo de avaliação constante desses autos (id n. 13511863), devendo-se estabelecer, como base para o valor do imóvel desapropriado a importância de R\$ 1.515.073,56, em montante atualizado para a data de confecção do laudo (*janeiro/2019*).

Pela diferença, devidamente atualizada, entre o depósito já realizado nos autos (cf. id n. 10067584) e o valor de avaliação do imóvel obtida no âmbito do presente processo, portanto, deve ser exarado provimento condenatório a determinar ao Poder Público que implemente o sobejante em favor dos ora requeridos.

DOS JUROS COMPENSATÓRIOS. JUROS DE MORA. ADI n. 2.332-2. STF

Nos termos do que dispõe o *art. 15-A do DL n. 3365/41*, com a redação dada pela *MP n. 2.183-56/2001*, na hipótese de *imissão prévia na posse*, *verbis*: “na desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social, inclusive para fins de reforma agrária, *havendo divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem, fixado na sentença, expressos em termos reais, incidirão juros compensatórios de até seis por cento ao ano sobre o valor da diferença eventualmente apurada, a contar da imissão na posse, vedado o cálculo de juros compostos*” (g.n.).

Recentemente, o *C. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL*, no julgamento da *ADI n. 2.332-2*, *verbis*: “*reputando razoável, legítimo e adequado o percentual de 6% para suprir a eventual perda econômica por parte do proprietário, adotando-se como base de cálculo a diferença entre 80% do preço ofertado pelo ente público em juízo e o valor do bem fixado na sentença*”, reforma o antigo entendimento cristalizado na vetusta *Súmula n. 618 do STF*:

“Na desapropriação, direta ou indireta, a taxa dos juros compensatórios é de 12% ao ano” (g.n.).

Assim, a partir do julgamento da *ADI n. 2.332-2*, toma-se, para a definição da alíquota de juros compensatórios devidos, o percentual de 6% ao ano, *não-capitalizáveis*.

Por outro lado, no caso dos autos, o efetivo apossamento administrativo sobre o imóvel em questão deu-se – após os diversos recursos e incidentes manejados pelos expropriados – apenas aos *23/05/2019*, conforme se colhe da certidão lavrada pelo Ilmo. Sr. Oficial de Justiça Federal, Sr. Alexandre César Brosco Silveira, registrado sob o id n. 17795446, sendo este o *dies a quo* da fluência dos juros compensatórios. O *dies ad quem* fica estabelecido como a data do efetivo pagamento do débito, por meio do precatório.

Justamente por esta razão, não se há de cogitar da incidência de juros de mora, a não ser a partir da data em que vier a se configurar atraso no pagamento do precatório (*art. 15-B do DL n. 3365/41*, com a redação dada pela *MP n. 2.183-56/2001*), situação de que, por ora, não se cogita. É este o entendimento do *Colendo Pretório Excelso*, nos termos seguintes:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. PRECATÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

“1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que não incidem juros de mora e compensatórios no período compreendido pelo art. 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Somente serão cabíveis os juros moratórios se houver atraso no pagamento. Precedentes.

2. Desapropriação indireta. Justa indenização. Impossibilidade do reexame de provas. Incidência da Súmula 279 do Supremo Tribunal. Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental no agravo de instrumento, nos termos do voto da Relatora. Unânime. Ausente, justificadamente, o Ministro Menezes Direito. 1ª Turma, 26.05.2009” (g.n.).

[AI 643732 AgR / SP - SÃO PAULO – AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO; Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA; Julgamento: 26/05/2009; Órgão Julgador: Primeira Turma; Publicação: DJe-118 DIVULG 25-06-2009 PUBLIC 26-06-2009; EMENT VOL-02366-11 PP-02145; Parte(s) : AGTE.(S): MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ; ADV.(A/S): SEBASTIÃO BOTTO DE BARROS TOJAL E OUTRO(A/S); AGDO.(A/S): EDIVALDO MARCELINO DA SILVA; ADV. (A/S): GENÉSIO GAZDA E OUTRO(A/S)]

Por sua vez, e nos termos da *ADI n. 2.332-2*, a *base de cálculo* para os juros compensatórios fica definida como *80% da diferença* entre o valor apurado no laudo avaliatório constante dos presentes autos (id n. 13511863) e aquele que foi previamente depositado pelo Poder Público expropriante, conforme documento registrado sob o id n. 10067584. Consigno, outrossim, nos termos do precedente firmado no repetitivo relativo ao *Tema n. 905*, do *E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA* que fica *expressamente vedada* a incidência do *art. 1º-F da Lei n. 9.494/97* (com a redação que lhe deu a *Lei n. 11.960/2009*), seja para para compensação da mora, seja para a remuneração do capital, nos termos do julgado ali proferido, *verbis*:

“No âmbito das condenações judiciais referentes a desapropriações diretas e indiretas existem regras específicas, no que concerne aos juros moratórios e compensatórios, *razão pela qual não se justifica a incidência do art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), nem para compensação da mora nem para remuneração do capital*” (g.n.).

Atualização monetária na forma do Manual de Orientações para Cálculos da Justiça Federal para ações dessa natureza, a contar da *data do depósito prévio (08/2018, cf. id n. 10067584)* e da *data de juntada do laudo de avaliação a estes autos (01/2019, cf. id n. 13511863)*, respectivamente, até a data da efetiva liquidação do débito.

OFÍCIO CAUTELAR DE BLOQUEIO DETERMINADO PELA JUSTIÇA DO TRABALHO

Consta dos autos ofício oriundo do MM. Juiz do Trabalho local (id n. 31398385), em que, de forma cautelar, determina o *bloqueio dos créditos* eventuais do ora requerido *CARLOS MARCHESI DE CARVALHO* (CPF n. 074.831.558-68) referente a estes autos (*Processo n. 5000758-76.2018.4.03.613*), até o limite de *R\$ 105.635,58*, importância atualizada até *01/11/2018*, em razão de sua inclusão no polo passivo da reclamatória trabalhista – *RT n. 0010762-36.2015.5.15.0025*. Por se tratar de ato de natureza constritiva determinado por juiz diverso, em razão de lide diferente, cabe-me, exclusivamente, observar à determinação exarada pela Justiça Obreira, disponibilizando, ao tempo em que efetivado o depósito, o valor solicitado, remetendo o requerido, nessa parte, à discussão acerca do cabimento da medida perante o juízo trabalhista ordenante, no âmbito daquela sede processual. Observe-se, outrossim, que a importância aqui mencionada deverá ser deduzida, exclusivamente, do quinhão cabente ao co-requerido *CARLOS MARCHESI DE CARVALHO*, uma vez que os demais co-réus nesta ação, *ao menos aparentemente*, não estão atingidos pela constrição determinada na reclamatória.

Dessa forma, oportunizado o depósito do valor devido pelo Poder Público expropriante, efetive-se a atualização do montante discriminado no ofício que consta sob o id n. 31398385, procedendo-se à transferência do numerário, à disposição do Juízo do Trabalho ordenante, na conta por ele indicada no documento, de tudo lavrando-se certidão circunstanciada nestes autos.

DE RESERVA DE HONORÁRIOS AOS EX-ADVOGADOS DOS REQUERIDOS. INVIALIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CAPACIDADE POSTULATÓRIA. PRECEDENTES.

Naquilo que se refere à postulação dos NN. Advogados *Drs. JOSÉ EDUARDO RODRIGUES TORRES* (OAB/SP 78.305) e *BRÁULIO EDUARDO B. RODRIGUES TORRES* (OAB/SP 375.582), solicitando que, por ocasião do pagamento da indenização da área expropriada, seja *reservado*, da parte cabente aos autores, o valor correspondente ao percentual dos honorários advocatícios contratados, com a oportuna expedição do competente mandado de levantamento em seus respectivos nomes, conforme contrato celebrado entre os mesmos e os ora réus – e antigos mandantes –, estou em que, *data maxima venia*, não haja ensejo para o acolhimento dessa pretensão.

Isto porque, *preliminarmente*, será necessário deixar consignado que o mérito da questão relativa à definição sobre a qual dos advogados que representaram os requeridos no curso do processo pertencem os honorários de sucumbência fixados no âmbito do processo de conhecimento, e em qual proporção, é tema que não apenas estranha ao âmbito da ação de desapropriação aqui ajuizada, mas que, por igual, também não se insere no âmbito de competência da Justiça Federal (*art. 109 e ss. da CF*).

Isto porque esse é um típico conflito privado de interesses, estabelecido entre os dois causídicos que se sucederam na representação dos interesses da parte vitoriosa na demanda, em razão do que a solução jurídica dessa pendência é de ser adotada no âmbito de ação autônoma, perante o juízo estadual competente. No âmbito desta ação de desapropriação, cumpre resolver, exclusivamente, acerca da legitimidade para postular o recebimento do crédito referente aos honorários advocatícios e dar por encerrado o processo estabelecido entre as partes litigantes.

Firmou o *C. STJ* entendimento no sentido de que o direito autônomo de executar a sentença na parte relativa aos honorários, previsto no *art. 23 da Lei 8.906/94*, pertence ao advogado, *mas desde que constituído nos autos*, o que, por óbvio, exclui o substabelecido, sem reserva, ou o procurador que, como nesse caso, *teve seu mandato revogado pelo mandante*, na medida em que a revogação desse contrato caracteriza *renúncia ao poder de representar em juízo*, cabendo àquele que se sentir prejudicado, por meio de ação própria, reivindicar o direito que alega possuir sobre o crédito. Nesse exato sentido, indico procedente:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. ADVOGADOS DISTINTOS. DISTRIBUIÇÃO DO VALOR. CONTROVÉRSIA NÃO AFETA À COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. LEGITIMIDADE PARA POSTULAR O RECEBIMENTO DOS HONORÁRIOS. ADVOGADO ATUALMENTE CONSTITUÍDO NOS AUTOS. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

“1. Cuida-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que indeferiu o recebimento de honorários de sucumbência, cuja execução foi requerida pelo agravante, na condição de advogado constituído no curso do processo, em que a AGRIMISA DTVM moveu em face da União Federal. Por outro lado, a decisão agravada reconheceu ser do advogado que autuou nos autos até o encerramento da fase de conhecimento, o direito aos honorários de sucumbência. 2. *O mérito da questão controvertida relativo à definição do direito aos honorários, em sua integralidade ou proporcionalidade, não se insere na competência da Justiça Federal. Isto é conflito de interesse a ser dirimido, se for o caso, em ação autônoma e no juízo competente. No âmbito da ação de execução, e agora, no âmbito deste agravo de instrumento, cumpre resolver acerca da legitimidade para postular o recebimento do crédito referente aos honorários advocatícios e dar por encerrado o processo entre as partes, Agrimisa DTVM e União Federal.*

3. “*O direito autônomo para executar a sentença na parte relativa aos honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou condenação, previsto no art. 23 da Lei 8.906/94, é assegurado ao advogado constituído nos autos, habilitado para representar a parte em juízo, na forma do art. 36 do CPC, de modo que não abrange o advogado que substabeleceu sem reserva de poderes, sobretudo porque o substabelecimento, sem reserva de poderes, caracteriza renúncia ao poder de representar em juízo*” (REsp 713.367/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 27.6.2005; AgRg nos EREsp 36.319/GO, Corte Especial, Rel. Min. Dias Trindade, DJ de 8.5.95; (REsp 1093648/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2011, DJe 01/02/2012; (REsp 1207216/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 03/02/2011).

4. No caso, o agravante é o *único advogado habilitado a estar em juízo, representando o interesse da parte autora, considerando que o agravado, desde a data de 11 de janeiro de 1.995,*

renunciou ao mandato a ele conferido. Assim, é o agravante a parte legitimada a receber os honorários de sucumbência, cabendo ao agravado, através de ação própria, postular acerca do direito que alega possuir sobre o referido crédito.

5. Agravo parcialmente provido, para deliberar acerca do recebimento dos honorários, sem conferir a titularidade definitiva sobre o direito ao crédito. A Turma Complementar, por unanimidade, deu parcial provimento ao agravo de instrumento” (g.n.).

[AG 0006943-29.2004.4.01.0000, JUIZ FEDERAL ITELMAR RAYDAN EVANGELISTA, TRF1 - 6ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 DATA: 19/06/2013 PAGINA: 254].

Pois bem. Nos termos dos precedentes, extrai-se que, *in casu*, os doutos advogados ora postulantes [Drs. *José Eduardo Rodrigues Torres (OAB/SP 78.305)* e *Bráulio Eduardo B. Rodrigues Torres (OAB/SP 375.582)*] já não detém mais poder de representação para fazê-lo, porquanto revogado o mandato que outrora lhes fora concedido, faltando-lhe, portanto, *capacidade postulatória* para requerer a execução do julgado em favor de seu constituinte.

Não há, portanto, nesses termos, como acatar o pedido de reserva execução de sentença por ele formulado, nos termos do que dispõe o art. 103, caput, c.c. art. 76, § 1º, I, ambos do CPC.

Fica, por tais fundamentos, *indeferido* o requerimento de reserva de honorários em nome dos ora postulantes.

DISPOSITIVO

Do exposto, e considerando o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE, EM PARTE, o pedido inicial, com resolução do mérito da lide, na forma do art. 487, I do CPC. Nessa conformidade:

(1) *DECLARO incorporado ao patrimônio público do autor/ expropriante (DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRA-ESTRUTURA DE TRANSPORTES – DNIT) o bem imóvel descrito na inicial (que atinge parcialmente o objeto da Matrícula n. 22767 do 2º Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Botucatu/ SP), e o faço para determinar a sua imissão, em definitivo, na posse do mesmo, servindo a presente como título hábil a registro junto à Serventia Imobiliária, nos termos da lei;*

(2) *CONDENO o autor/ expropriante (DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRA-ESTRUTURA DE TRANSPORTES – DNIT) a pagar aos réus/ expropriados (CARLOS MARCHESI DE CARVALHO, CARLOS DEMARET CARVALHO e CYNTHIA DEMARET CARVALHO), o valor equivalente à diferença entre o depósito já realizado nos autos (cf. id n. 10067584) e o valor de avaliação do imóvel obtida no âmbito do presente processo (id n. 13511863), atualizada, na forma discriminada nessa sentença, ao tempo da efetiva liquidação do débito. Ao principal acrescerão juros compensatórios à base de 6% a.a., não-capitalizáveis, tomando-se por termo inicial de sua fluência a data do apossamento administrativo (ocorrido em 05/2019) e por termo final o dia da efetiva liquidação do débito, conforme a base de cálculo explicitada no corpo da sentença. Juros moratórios indevidos, observado o que dispõe o art. 15-B do DL n. 3365/41.*

Arcará o autor com o reembolso das custas e despesas do processo eventualmente adiantadas pela parte contrária, e mais honorários de advogado, que, com fundamento no que dispõe o art. 27, § 1º do DL 3.365/41, estabeleço em 1% sobre o valor atualizado da condenação à data da efetiva liquidação do débito.

Para efeitos do art. 15, § 4º do DL n. 3365/41, expeça-se, *incontinenti*, ofício ao 2º Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Botucatu, para as averbações registros e anotações que se mostrem necessárias, no que pertine à *imissão provisória* na posse deferida nesses autos.

Com o pagamento, extraia-se mandado definitivo de imissão de posse em favor do requerente, oficiando-se à serventia imobiliária competente para fins dos registros aplicáveis nos termos da lei (art. 29 do DL n. 3365/41).

Ciência, por ofício, da presente decisão ao MM. Juiz do Trabalho local.

Para que tomem conhecimento da resposta ao requerimento por eles formulado nos presentes autos, *publique-se* a sentença, também, em nome dos antigos patronos dos requeridos [Drs. *José Eduardo Rodrigues Torres (OAB/SP 78.305)* e *Bráulio Eduardo B. Rodrigues Torres (OAB/SP 375.582)*].

P.R.I.

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE

PROCEDIMENTO COMUM

5007011-16.2018.4.03.6120

Autora: MARIA DE FATIMA LOPES

Réus: EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS ESB LTDA – ME, CASAALTA CONSTRUÇÕES LTDA, CAIXA ECONOMICA FEDERAL - CEF

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

Juiz Federal: MÁRCIO CRISTIANO EBERT

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/05/2020

SENTENÇA

Permite que feche os meus olhos,
pois é muito longe e tão tarde!
Pensei que era apenas demora,
e cantando pus-me a esperar-te.
[Trecho do poema Serenata, de Cecília Meirelles].

I — RELATÓRIO

Trata-se de ação proposta por Maria De Fátima Lopes contra Empreendimento Imobiliário ESB Ltda, Construtora e Incorporadora CasaAlta Ltda e Caixa Econômica Federal por meio da qual a autora pretende (i) a rescisão de contratos atinentes à aquisição de imóvel em construção; (ii) a devolução dos valores pagos; (iii) o ressarcimento com despesas de aluguel e (iv) a condenação das requeridas ao pagamento de indenização por dano moral.

Em resumo, a inicial (Num. 13070681) narra que em 2015 a autora celebrou com a ré Construtora CasaAlta compromisso de promessa de compra de unidade no empreendimento Edifício Residencial Villa Galli 3, Condomínio Cecília Meireles, na modalidade de aquisição de imóvel na planta. O valor ajustado foi de R\$ 99.702,81, dos quais R\$ 494,76 na forma de levantamento do FGTS, R\$ 92.400,00 por financiamento com a Caixa e o restante pago com recursos próprios da autora. Ajustou-se que o prazo para entrega da obra seria de 24 meses, contados da assinatura do financiamento (30/11/2015) e prorrogável por até 180 dias.

Sucedede que até dezembro de 2018, o imóvel ainda não havia sido entregue. Como se não bastasse a caracterização da mora, no momento do ajuizamento da ação as obras estavam praticamente paralisadas, sem perspectiva de entrega da unidade no curto prazo.

Tendo em vista esse atraso, a autora pretende o desfazimento do negócio, com a devolução dos valores pagos, acrescido de multa, juros e correção conforme ajustado nos contratos. Pede também a condenação das requeridas ao pagamento de indenização pelos valores de aluguel dispendidos pela autora após o decurso do prazo para entrega do imóvel e de indenização por danos morais.

Em sede de tutela antecipada, requereu a suspensão do pagamento das prestações, pedido que foi indeferido (Num. 1318601).

Em sua contestação, a ré Empreendimentos Imobiliários ESB Ltda ME (16642827) suscitou preliminares de inépcia da inicial e ilegitimidade passiva, ambas fundadas na alegação de que sua responsabilidade no negócio está limitada à venda do terreno para a construção do empreendimento. No mérito, ponderou que no momento do ajuizamento da ação (e de sua contestação) ainda não havia decorrido o prazo de prorrogação de 180 dias contados da data para conclusão das obras, bem como que as obras não estão paralisadas.

A Caixa (Num. 1698500) arguiu preliminar de ilegitimidade passiva, já que o contrato questionado foi firmado entre a autora e a ré CasaAlta Construções Ltda. Em consequência disso, sustenta a incompetência da Justiça Federal. No mérito, alegou que não há contrato firmado entre a autora e a Caixa que seja causa de alguma obrigação em relação à demandante, já que neste caso a empresa pública atua apenas como agente financeiro. A responsabilidade por eventual indenização pelo atraso na conclusão das obras deve recair inteiramente sobre a construtora. Realçou que fiscaliza a obra apenas com o propósito de aferir a adequada aplicação dos recursos. Alegou que não escolheu a construtora responsável pela obra, tampouco teve qualquer ingerência na eleição do terreno, elaboração do projeto e definição das características do condomínio. Especificamente quanto ao Residencial Villa Galli 3 “Cecília Meirelles”, ponderou que o empreendimento efetivamente teve as obras paralisadas em razão de dificuldades financeiras da construtora, mas que os entraves foram superados e o canteiro de obras foi reativado. Realçou que não estão presentes os requisitos que amparem pedidos de indenização contra a Caixa. Especificamente quanto ao pedido de danos morais, apontou que o valor pleiteado pela autora é desproporcional ao dano alegado.

Em sua contestação, a requerida Construtora e Incorporadora CasaAlta Ltda (Num. 17385756) questionou o valor atribuído à causa, que deveria corresponder ao conteúdo do contrato que se pretende anular acrescido das indenizações que a autora julga ter direito. No mérito, observou inicialmente que o prazo para finalização da construção não é maio de 2018, como informado na inicial, mas sim julho de 2019, já computado a extensão de 60 dias após a finalização das obras para a entrega das chaves. Admitiu que a obra passou por atrasos, porém os clientes foram informados dessas ocorrências. Apontou que a autora renegociou o pagamento de parcelas atinentes à evolução da obra, sendo que as mensagens trocadas entre as partes comprovam que a inadimplência não tem relação com o atraso nas obras, mas sim com dificuldades financeiras da adquirente. Argumentou que, tirante a devolução das parcelas que recebeu diretamente da autora, não tem obrigação a ressarcir outros danos. Destacou que o contrato de aluguel exibido pela autora é prova imprestável, já que não ostenta as formalidades típicas desse tipo de ajuste, como as assinaturas dos locatários e de testemunhas. Além disso, os boletos para o pagamento do aluguel são emitidos em nome de pessoa estranha à relação jurídica. Sustentou que no momento do ajuizamento da ação o prazo para a entrega do imóvel ainda não havia se esgotado, de modo que improcedente o pedido de indenização por danos morais. Anotou que a autora não formulou pedido expresso de condenação da requerida ao pagamento da multa prevista no contrato. Requereu a concessão da assistência judiciária gratuita.

Em réplica (Num. 19832512) a autora impugnou o pedido de assistência judiciária gratuita formulado pela ré CasaAlta Construções Ltda. No mais, reafirmou os argumentos da inicial.

É a síntese do necessário.

II – FUNDAMENTAÇÃO

De largada, indefiro o pedido de assistência judiciária gratuita formulado pela ré CasaAlta Construções Ltda. Em se tratando de pessoa jurídica, a concessão da AJG deve ser reservada aos casos em que a requerente apresenta indícios consistentes de que sua capacidade financeira é tão ruínosa que o risco de ter que arcar com as despesas do processo pode comprometer a continuidade de suas atividades. Sendo assim, a concessão da assistência judiciária depende da conjugação da situação financeira da empresa na perspectiva da provável repercussão dos custos do processo. Sucede que no presente caso o conteúdo econômico da demanda não é dos mais elevados, de modo que mesmo que os pedidos da inicial fossem acolhidos na íntegra e o arbitramento de honorários fosse feito de forma generosa, é improvável que os honorários e

as custas chegassem a R\$ 10 mil. Não é crível que uma cifra dessas coloque em risco a saúde financeira de uma construtora em atividade, que segue tocando empreendimentos em várias cidades do Brasil, conforme se extrai de seu site (<http://www.casaalta.com.br/>).

Cabe acrescentar que entre os documentos apresentados para justificar o pedido de gratuidade constam declarações de pobreza e declarações de ajuste do Imposto de Renda de sócios da requerida. Examinando as declarações, constata-se que a despeito de informarem a percepção de pouco mais de R\$ 10 mil de remuneração no ano-calendário de 2017, ambos os sócios receberam R\$ 410.418,80 a título de lucros e dividendos. Além disso, o sócio Wilson Wieck apresenta patrimônio superior a R\$ 5 milhões, e o sócio Juarez Wieck superior a R\$ 2 milhões. Tudo isso corrobora que a Construtora CasaAlta até pode estar mal das pernas, mas não corre o risco de quebrar por conta desta ação.

A preliminar de falta de interesse processual levantada pela ré CasaAlta Construções Ltda também não procede. A tese sustentada na inicial é a de que no momento do ajuizamento da ação já estava caracterizado o descumprimento do prazo para entrega da unidade, fundada na alegação de que o prazo para conclusão seria de 24 meses contados da assinatura do contrato de financiamento, prorrogável por 180 dias. Ou seja, na perspectiva dos fatos e argumentos expostos na inicial, a pretensão não se fundamenta no temor de evento futuro, mas sim numa situação consolidada — se tais elementos se sustentam é questão afeta ao mérito.

Rejeito também a preliminar de ilegitimidade levantada pela ré Empreendimentos Imobiliários ESB Ltda — ME, uma vez que essa empresa participou da operação de aquisição do imóvel, na condição de proprietária da fração ideal do terreno — do total financiado pela Caixa, R\$ 8.115,72 correspondem ao preço de aquisição do terreno.

Contudo, a despeito do reconhecimento de sua legitimidade, adianto que o pedido deve ser julgado improcedente em relação à ré Empreendimentos Imobiliários ESB Ltda — ME, por duas razões. A primeira é que a requerida não deu causa ao atraso na entrega do imóvel, que constitui o fundamento de todos os pedidos formulados pela autora, incluído aí a pretensão de indenização por danos morais. E a segunda resulta do fato de que o acolhimento do pedido de rescisão do contrato implicará na consolidação da propriedade do imóvel em nome da Caixa ou, feitas as indenizações à empresa pública, retornará ao estoque da ré CasaAlta. Em um ou outro caso, o bem será colocado à venda por preço que embutirá a parcela referente à aquisição do terreno.

Passando para o pedido de rescisão contratual, a primeira questão que deve ser definida é o prazo para conclusão das obras, se é de 24 ou 36 meses contados da assinatura do contrato de financiamento, em ambos os casos prorrogáveis por mais 180 dias. Essa definição depende da conjugação de dois pactos celebrados pela autora, no caso (i) o compromisso particular de adesão com promessa de compra e venda celebrado com a CasaAlta Construções Ltda e (ii) o contrato de financiamento pactuado com a Caixa — os dois contratos acompanham a inicial.

A alínea *a* do Quadro V do compromisso firmado com a CasaAlta Construções Ltda, que versa sobre o prazo para conclusão das obras, estabelece que *“As etapas de medições e o prazo para conclusão das obras serão aqueles estabelecidos no Cronograma físico-financeiro arquivo [sic] junto à CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, que estima o prazo de 24 (vinte e quatro) meses para a conclusão das obras e a consequente entrega das unidades autônomas, inclusive partes comuns do empreendimento, contados a partir da data de assinatura do contrato com a CAIXA”*. Percebe-se que a estimativa para entrega do imóvel é suscetível de variação, que pode se manifestar de duas formas. A primeira resulta do fato de que a projeção para a entrega do imóvel está condicionada a evento futuro sobre o qual o adquirente possui

ingerência limitada, no caso a assinatura do financiamento com a Caixa. E a segunda decorre da subordinação entre o contrato de compromisso de compra e venda e o contrato de financiamento, pois é nesta avença que se ajusta o prazo efetivo para entrega da obra, que pode ser diferente daquele estabelecido anteriormente, segundo o cronograma físico-financeiro em vigor no momento da contratação do financiamento.

E foi exatamente isso que aconteceu. No momento da contratação do financiamento, a previsão para conclusão das obras não era mais 24 meses como estipulado inicialmente, mas sim 36 meses, contados a partir da assinatura desse contrato. Com efeito, o contrato celebrado entre a autora e a Caixa estabelece o prazo de 36 meses para construção e legalização do imóvel, estimativa que pode ser prorrogada em até seis meses, quando restar comprovado caso fortuito, força maior ou outra situação excepcional superveniente à assinatura do financiamento que tenha interferência no ritmo da execução da obra (cláusula 12, c/c Quadro B, alínea B.8.2).

Assim, embora a expectativa inicial para conclusão das obras fosse de 24 meses contados da contratação do financiamento, no contrato em que sacramentou a aquisição do bem a autora aderiu ao prazo ali estipulado, que prorrogou a conclusão das obras em 12 meses. A propósito disso, cabe realçar que tanto no compromisso de compra e venda como no contrato de financiamento o prazo para a conclusão das obras é indicado de forma bastante clara, o que faz supor que a autora estava ciente da prorrogação quando assinou esta última avença.

Considerando que o contrato de financiamento foi assinado em novembro de 2015, o prazo para conclusão da obra era até maio de 2019, já levando em consideração a prorrogação de 180 dias, reservada a situações excepcionais, mas que na prática é aplicada como regra na construção civil; — se há coisa rara neste mundo é uma obra (qualquer uma, do arranha-céu à reforma de banheiro) ser concluída no prazo estimado por quem a executará.

Cabe abrir um parêntese para anotar que não procede a alegação da ré CasaAlta Construções Ltda. de que o prazo final para conclusão definitiva seria julho de 2019. Embora a cláusula 12.2 do contrato de financiamento estipule um prazo adicional de 60 dias para a entrega das chaves, essa extensão está condicionada à conclusão das obras. Ou seja, a ré só poderia invocar a prorrogação da entrega das chaves para julho de 2019 se tivesse comprovado a conclusão das obras até maio daquele ano. Porém, conforme será visto logo mais, as obras não foram concluídas até maio de 2019, nem em julho, nem em setembro... — para encurtar a história, no momento da prolação dessa sentença o condomínio ainda não está finalizado.

Retomando o fio da meada, conclui-se que, de fato, no momento da propositura da ação, em dezembro de 2018, o inadimplemento da obrigação fundado no descumprimento do prazo para finalização das obras ainda não estava caracterizado. Porém, se por um lado o atraso ainda não estava oficializado, já havia indicativos de que dificilmente a construtora entregaria o condomínio até maio de 2019, o que de fato se concretizou.

Essa informação consta no site da Construtora CasaAlta Ltda, onde se informa que o empreendimento Residencial Cecília Meireles — Vila Galli está com 99% da obra¹. Ou seja, passado quase um ano do prazo final para a entrega das unidades, já contemplada aí a prorrogação *excepcional* de seis meses, o empreendimento ainda não foi concluído.

E a julgar pelo conteúdo de matéria publicada há poucos dias no portal de notícias A CidadeOn, sequer há previsão de entrega das unidades². A notícia traz o relato de três adqui-

1 <http://www.casaalta.com.br/galli-03>, acessada em 08/05/2020, às 8h46. Anexarei à sentença as imagens disponíveis no site referente ao estado da obra em abril deste ano.

2 <https://www.acidadeon.com/araraquara/economia/NOT,o,0,1515817,compradores+esperam+obra+de+apartamento+atr>

rentes que, desolados, há mais de um ano aguardam a entrega dos apartamentos, espera que é agravada pela falta de um posicionamento da construtora e da Caixa sobre a finalização do empreendimento — é o caso da coordenadora de eventos Valéria Diógenes, que relatou o seguinte: *“É o sétimo engenheiro que passa pela obra. Cada hora eles falam uma coisa, uma hora é a Caixa que não libera dinheiro, outra hora é má vontade dos órgãos aqui da cidade. A gente já foi atrás da prefeitura, do Daae [Departamento Autônomo de Água e Esgoto], mas até agora nada”*. Também consta na matéria que o DAAE informou que executou as ligações domiciliares do empreendimento, porém não tem como ligar esses ramais às redes principais porque a Construtora CasaAlta abandonou a obra e não providenciou o asfalto das valas.

Em sua contestação a ré CasaAlta admite os atrasos, mas argumenta que manteve os clientes informados sobre o andamento das obras. Porém, a alegação se escora apenas em comunicados genéricos, sem comprovação da notificação pessoal da autora. E mesmo que assim tivesse procedido, isso não a eximiria dos efeitos da mora na entrega do apartamento, o que só seria viável se a adquirente expressamente tivesse concordado com a prorrogação do prazo de entrega, por meio de aditivo contratual.

Em suma, está comprovado que as requeridas Construtora CasaAlta e Caixa descumpriram o prazo de entrega dos apartamentos, o que é causa de rescisão do contrato. E o desfazimento do negócio impõe a devolução de todos os valores despendidos pela adquirente por força do contrato, nos termos da orientação da súmula 543 do STJ: *Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento. (SEGUNDA SEÇÃO, j. em 26/08/2015)*.

Tal obrigação consiste na restituição à mutuária dos valores pagos até o desfazimento do negócio, inclusive da parcela retirada de sua conta no FGTS, e o ressarcimento das despesas com registro e ITBI. Especificamente em relação aos valores retirados da conta do FGTS, o ressarcimento se revela mais útil à autora do que a recomposição do fundo, uma vez que esse montante é inferior ao limite do saque emergencial de até R\$ 1.045,00 autorizado pela Medida Provisória nº 946, de 7 de abril de 2020.

O pedido de indenização pelo pagamento de aluguel também deve ser acolhido, porém em extensão menor do que o proposto na inicial. O negócio ajustado entre as partes garantia que até maio de 2019 a autora teria um teto para chamar de seu, de modo que tinha a expectativa de não pagar mais aluguel ou, no mínimo, de complementar seu orçamento com a locação do novo apartamento. Porém, o descumprimento do prazo para entrega do apartamento frustrou também essa expectativa de melhoria das finanças domésticas, na medida em que obrigou a autora a continuar pagando aluguel e as prestações do financiamento por mais tempo do que o planejado. Essa despesa deve ser colocada no balaio dos prejuízos advindos da inexecução do contrato, de sorte que a autora tem direito ao ressarcimento.

Todavia, embora reconhecido o direito à indenização pelo pagamento de aluguel, o ressarcimento deve ser limitado ao período compreendido entre o prazo final para a entrega do imóvel (maio de 2019) e a prolação desta sentença, quando será proferida tutela para dispensar a autora do pagamento do financiamento. Cabe registrar, ainda, que o ressarcimento fica limitado

ao contrato de locação exibido na inicial e aos pagamentos concomitantes ao adimplemento das prestações do financiamento no mesmo período. Tanto o pagamento dos aluguéis quanto das prestações deverá ser comprovado na fase de cumprimento de sentença.

As reservas levantadas pela ré CasaAlta quanto ao contrato de locação apresentado pela autora (Num.13071486) não se sustentam. Como é praxe nesse tipo de negócio, o locador fica com a via assinada pelo locatário e o locatário com a via assinada pelo locador. Logo, a ausência de assinatura dos locatários não invalida o contrato exibido. Além disso, o pagamento de aluguel também está comprovado pelo pagamento de boleto emitido pela imobiliária que intermediou a locação (Num. 13071492). A despeito de estar em nome de coobrigado da locação, o boleto é tirado de contrato no qual a autora também figura como locatária.

Considerando que o boleto de pagamento do financiamento era emitido pela Caixa e os recursos repassados à Construtora CasaAlta, bem como que ambas concorreram para o descumprimento do prazo para entrega do apartamento (esta por não ter honrado o cronograma de execução e aquela por não ter fiscalizado adequadamente o andamento da obra e, ao que tudo indica, por ter atrasado em algumas fases o repasse de recursos) a responsabilidade pelo ressarcimento dos valores pagos em razão do financiamento e dos aluguéis indenizáveis recairá sobre essas rés de forma solidária.

Especificamente em relação à Caixa, cabe ponderar que a ré não atuou apenas como agente financeiro da operação, uma vez que se trata de empreendimento do Programa Minha Casa Minha Vida. Diferentemente do que consta em sua contestação, a adquirente não escolheu a construtora responsável pela obra, tampouco teve qualquer ingerência na escolha do terreno, elaboração do projeto e definição das características do empreendimento. Tudo isso coube à Caixa, na condição de agente executora do empreendimento, papel que também a obriga a fiscalizar o andamento das obras, em especial no que diz respeito ao cumprimento do cronograma de execução.

Na falta de previsão expressa no contrato de financiamento quanto aos índices de correção e juros na hipótese de inadimplemento da obrigação de entregar a coisa, a restituição dos valores pagos pela autora referentes aos contratos atinentes à aquisição do imóvel deverá ser atualizada desde a data dos pagamentos segundo a regra do art. 406 do Código Civil (*Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional*). E conforme assentado pelo STJ em precedente submetido ao regime dos recursos repetitivos, “Atualmente, a taxa dos juros moratórios a que se refere o referido dispositivo [art. 406 do CC/2002] é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, por ser ela a que incide como juros moratórios dos tributos federais [...] (Corte Especial, REsp 111119/PR, Rel. p/ Acórdão Min. Mauro Campbell Marques, j. em 02/06/2010)”. Assim, o índice aplicável ao ressarcimento pelos pagamentos efetuados pela autora por conta dos contratos será a variação da Selic, segundo o mesmo sistema aplicado à atualização dos débitos tributários da Fazenda Nacional (Selic acumulada mensalmente). O ressarcimento dos aluguéis deverá ser atualizado pelo mesmo índice, igualmente tendo como termo inicial a data dos pagamentos.

Passo ao exame do pedido de indenização por danos morais.

O STJ consolidou o entendimento de que o mero descumprimento contratual na entrega do imóvel no prazo contratual não acarreta, por si só, danos morais. Ocorre que as peculiaridades do caso mostram que o desgosto suportado pela autora ultrapassou a fronteira que separa o simples aborrecimento (dos quais nenhum de nós está livre) do profundo desgosto que caracteriza o abalo moral.

Em primeiro lugar, cabe realçar que o caso não encerra mero atraso na entrega do apartamento, uma vez que até o momento as obras não foram concluídas, o que fundamentou a rescisão do contrato. E há uma diferença muito grande entre receber o imóvel com atraso e não receber o imóvel. Em ambas as situações o consumidor se sente enganado, mas em um caso ele é consolado pelo tinir das chaves, ao passo que no segundo só resta o desgosto de ter aguardado por anos um momento que jamais vai chegar.

As condições pessoais da adquirente indicadas nos documentos que acompanham a inicial reforçam a ideia de que a rescisão do contrato repercutiu de forma especialmente intensa em sua vida. A condição de professora do primário, com modestos rendimentos, conjugado com o longo prazo do financiamento (mais de 24 anos) indica que a aquisição do apartamento não foi um fato banal em sua vida.

Além disso, a circunstância de estar morando de aluguel traz fortes indícios de que a intenção era utilizar o apartamento para a moradia própria. É quase certo que a professora Maria de Fátima se deixou levar pela sugestão de “*compre para fugir do aluguel*” que é clichê nos outdoors que anunciam a venda de imóveis na planta, isso se não foi seduzida pelo mote “*conquistar sua liberdade nunca foi tão fácil*” anunciado assim que se abre o site da ré CasaAlta.

Tudo somado, tem-se por comprovado que o descumprimento do contrato pela construtora e pela CAIXA resultou em abalo moral à autora, de modo que resta apenas quantificar a indenização justa para compensar o sofrimento experimentado.

Como se sabe, a indenização por dano moral serve para atenuar por meio de pecúnia o sofrimento 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.

Está certo que o desgosto experimentado pela autora foi mais que um mero aborrecimento, porém o caso não deixou consequências mais graves que não a perda de três anos e meio em expectativas que acabaram não se confirmando. Não deixa de ser desagradável, é claro, mas dentre o rol de ocorrências que costumam caracterizar o dano moral, a perda de tempo está na coluna das desgraças menos funestas.

Tampouco há motivos para a exasperação da indenização na perspectiva da função dissuasória de comportamento futuro. Embora se reconheça que esse não é um caso isolado, deve ser levado em consideração que o cronograma de execução da obra foi atravessado por severa crise econômica sistêmica, que talvez só rivalize com a debacle que se anuncia em razão da pandemia da COVID-19. Segundo apurei em inspeção que realizei no mesmo empreendimento para a instrução de outro caso³, no curso da obra a Caixa atrasou o repasse dos recursos, o que também contribuiu para o atraso.

Sopesadas essas circunstâncias, entendo que o valor da indenização deve ficar bem abaixo do pleiteado na inicial (15 salários mínimos), aproximando-se mais do valor que costuma ser arbitrado em casos de abalo moral de escassa repercussão (por exemplo, inscrição indevida em cadastros de restrição ao crédito sem comprovação de exposição do consumidor a situação vexatória), que gira em torno de R\$ 5 mil. Tudo bem pesado e medido, fixo a indenização por

3 Tanto a CAIXA quanto a ré CasaAlta anexaram cópia do relatório dessa diligência.

danos morais em R\$ 8.000,00, a ser pago de forma solidária pelas requeridas Caixa e Construtora CasaAlta. A indenização por danos morais deverá ser atualizada pela variação da Selic, segundo o mesmo sistema aplicado à atualização dos débitos tributários da Fazenda Nacional (Selic acumulada mensalmente), a contar desta data.

Por conseguinte, a ação deve ser julgada parcialmente procedente.

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:

decretar a rescisão dos contratos de promessa de compra e venda e de financiamento celebrados entre a autora e as rés;

Condenar solidariamente as rés Construtora CasaAlta e Caixa Econômica Federal a (i) restituir à autora todos os valores pagos na evolução desses contratos, (ii) ressarcir as despesas de registro e de ITBI, (iii) indenizar ao alugueis pagos pela autora entre maio de 2019 e a data de prolação desta sentença e (iv) pagar indenização por danos morais no valor de R\$ 8 mil. Os itens i, ii e iii deverão ser atualizados pela variação da Selic, segundo o mesmo sistema aplicado à atualização dos débitos tributários da Fazenda Nacional (Selic acumulada mensalmente), a contar da data dos respectivos pagamentos. A indenização por dano moral deverá ser atualizada por esse mesmo índice a contar desta data.

Conforme detalhado na fundamentação, julgo o pedido IMPROCEDENTE em relação à ré Empreendimento Imobiliário ESB Ltda.

Condeno a autora ao pagamento de honorários à ré Empreendimento Imobiliário ESB Ltda no valor de 10% do valor do contrato de financiamento referente à aquisição do terreno, e às rés Construtora e Incorporadora CasaAlta Ltda e Caixa Econômica Federal no montante equivalente a 10% da diferença entre o ressarcimento dos alugueis propostos na inicial e o efetivamente fixado na sentença. Todavia, fica suspensa a exigibilidade dos honorários devidos pela autora enquanto persistirem as condições que ensejaram a concessão da AJG.

Condeno as rés Construtora e Incorporadora CasaAlta Ltda e Caixa Econômica Federal, de forma solidária, ao pagamento de honorários à autora no montante equivalente a 10% da condenação.

As custas deverão ser rateadas entre a autora e as rés Construtora e Incorporadora CasaAlta Ltda e Caixa Econômica Federal, tocando 1/3 para cada. Fica suspensa a exigibilidade das custas em relação à autora, em razão da concessão da AJG.

A fim de assegurar o resultado útil ao provimento, antecipo a tutela para o fim de suspender o pagamento do financiamento a partir desta data, sem que isso caracterize mora por parte da autora. Da mesma forma, suspendo os efeitos da mora referentes a eventual prestação em aberto anterior a prolação da sentença.

Caso interposto recurso, vista à parte contrária para contrarrazões e encaminhe-se o feito ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Embora já tenha sido prolatada sentença, nada impede que as partes negociem outra saída para o imbróglia, talvez construindo solução mais satisfatória que a engendrada nesta sentença. Caso alguma das partes tenha interesse na tentativa de conciliação, deverá se manifestar nesse sentido nos autos para consulta à contraparte. Havendo interesse recíproco, os autos serão encaminhados à CECON para a realização de audiência. *Registro, contudo, que o eventual interesse de alguma das partes na realização de audiência NÃO suspenderá ou interromperá o prazo para interposição de recurso.* Assim, se a parte tem interesse na con-

ciliação e, subsidiariamente interesse em recorrer, deverá apresentar sua apelação dentro do prazo regular para o recurso.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Araraquara, 14 de maio de 2020.

Juiz Federal MÁRCIO CRISTIANO EBERT

AÇÃO PENAL PÚBLICA

5000558-41.2019.4.03.6129

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réus: ANDERSON LUIZ DA SILVA, CÍCERO JOSÉ MACIEL, DAVI RAMOS, DOMINGOS MESQUITA DE CARVALHO, ISAÍAS GALE, SAMUEL RICARDO LOURENÇO

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

Juiz Federal: GABRIEL HILLEN ALBERNAZ ANDRADE

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/04/2020

SENTENÇA

Vistos.

O Ministério Público Federal denunciou Anderson Luiz da Silva, Cícero José Maciel, Davi Ramos, Domingos Mesquita de Carvalho, Isaías Gale e Samuel Ricardo Lourenço, já qualificados nos autos, acusando-os da prática dos crimes previstos no Código Penal, art. 157, §3º, II c/c art. 14, II e parágrafo único por 11 (onze) vezes, em concurso formal impróprio (art. 70, “caput”, segunda parte, CP); art. 311, da Lei nº 9.503/97 (CTB); art. 16, da Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento); art. 148, *caput*, do Código Penal; e art. 2º, §2º da Lei nº 12.850/2013.

Consta da denúncia que em 09/07/2019 os denunciados, de forma consciente e voluntária, tentaram subtrair coisas alheias móveis, mediante violência à pessoa que, por circunstâncias alheias à vontade dos agentes, não resultou em morte. Além disso, conduziram veículo automotor em velocidade incompatível com a segurança em logradouro estreito, gerando perigo de dano; portavam armas de fogo de uso restrito, sem autorização; privaram a liberdade de diversas vítimas e integravam organização criminosa (id. 21038273, fls. 7).

Com efeito, narra a acusação que aproximadamente às 09:45hr os réus, a bordo de dois veículos Toyota Corolla, placas de identificação FMP-0455 e QIY-2075, teriam interceptado o caminhão VW/15.180, placa de identificação EOF-1607, que transportava carga de defensivos agrícolas, e fazendo uso de grave ameaça empregada através de armas de fogo, teriam forçado o motorista Bruno Vaitiekunas a sair do caminhão, colocando-o em um dos carros e restringindo sua liberdade.

Afirma que enquanto os réus se organizavam para sair do local em posse do caminhão subtraído, passou pelo trecho uma viatura da Polícia Rodoviária Federal, ocupada pelos agentes Emerson Peretto Medina, Augusto Takaia e Bruno Gonçalves.

Os policiais, notando a estranheza da situação, pararam a viatura próximo ao caminhão, momento em que um dos Corollas se aproximou, e os réus teriam efetuado diversos disparos de fuzil contra os agentes, alvejando Bruno Gonçalves e Augusto Takaia. Emerson Peretto Medina foi capaz de sair do veículo e trocar tiros com os réus, que teriam fugido em seguida, levando a vítima Bruno Vaitiekunas consigo.

A peça acusatória diz que os réus seguiram sentido Piedade/SP, ingressando na rodovia SP-79, onde, no quilômetro 201, abordaram o veículo Ford/Ranger, placa de identificação DKT-3968, que era conduzido por Aquilino Rodrigues Hernandes e ocupada também por Fábio Salim Maluf, Raphael Luis Cocco, Paulo Sérgio Sabino da Silva e Carlos Alberto Ghiraldi. Nesse local Bruno Vaitiekunas foi libertado.

Afirma que os autores teriam continuado fugindo pela SP-79, conduzindo a Ford/Ranger de forma irresponsável, colocando os demais veículos que transitavam pela rodovia em risco. Nesse ponto foram localizados por policiais militares que haviam sido acionados, sendo perseguidos por viaturas e até mesmo por um helicóptero da Polícia Militar.

Um bloqueio foi montado na rodovia, o que forçou os denunciados a retornar o veículo e seguir, em direção a seus perseguidores. Nesse ponto, afirma a denúncia, teriam disparado dezenas de tiros de fuzil contra o helicóptero da Polícia Militar e contra a viatura que os perseguia, que continham, no total, 8 (oito) policiais.

Os réus conseguiram passar pelos militares, invadindo então o posto de gasolina “Refúgio da Neblina”, onde teriam feito, dentro do restaurante ali existente, 4 (quatro) reféns, quais sejam, Danilo Salvetti Nogueira Ramos, Valdete Dias de Moraes, Tassiana Pereira Alves dos Santos e Mariana Ortis de Moraes.

As vítimas teriam sido mantidas sob cárcere por cerca de 3 (três) horas, durante as quais foram encetadas negociações com a Polícia Militar, libertando os réus então os reféns, e se entregando (id. 21038273).

Os réus foram presos em flagrante delito, lavrando-se o respectivo auto perante a Polícia Civil do Estado de São Paulo, em Sorocaba. Na ocasião, foram indiciados pelos crimes previstos no Código Penal, arts. 121, §2, VII, 148, 157, §2, II, §2-A.

Audiência de custódia realizada em 10.07.2019, perante a Justiça estadual de São Paulo, homologando-se a prisão em flagrante delito e convertendo-a em prisão preventiva (id. 20808031, fls. 12).

Os autos foram remetidos à Justiça Federal por decisão prolatada em 12.07.2019, homologando e mantendo, este juízo, a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva (fls. 20808039, fls. 11-12).

A denúncia foi recebida em 04.05.2019. Na mesma oportunidade, homologou-se pedido de arquivamento de inquérito policial em relação a Robson Pereira da Silva e ao responsável legal pela sociedade empresária Guia Locadora de Veículos Ltda (id. 21486307).

Os réus foram citados por carta precatória (ids. 21691375, 22445857, 21876069).

Id. 21113466, informação da Polícia Federal esclarecendo a existência de confusão quanto a um dos veículos utilizados pelos réus, indicando que o Toyota/Corolla, placa de identificação QIY-2075 é, na verdade, a viatura da Polícia Rodoviária Federal que foi alvejada, indicando, assim, a existência de um terceiro veículo Toyota/Corolla envolvido nos fatos, placa de identificação FTC-5134, para o qual existia sinalização de furto/roubo.

Os réus Isaías Gale e Samuel Ricardo Lourenço apresentaram resposta à acusação, afirmando, preliminarmente, ser inepta a denúncia (id. 23115539), uma vez que não teria o Ministério Público Federal - MPF individualizado as condutas dos acusados.

No mesmo sentido, as respostas à acusação de Domingos Mesquita de Carvalho (id. 22838146), Davi Ramos (id. 22822462), Cícero José Maciel e Anderson Luiz da Silva (id. 23018694), todas afirmando a inépcia da denúncia.

As alegações de inépcia da denúncia foram afastadas por este Juízo, que manteve o recebimento da denúncia (id. 23260747).

Em 24.10.2019 foi realizada a primeira audiência de instrução, ouvindo-se as vítimas Augusto Takaya, Bruno Gonçalves, Benedito Donizete Ribeiro e Pedro Rodrigues Junior (id. 23912853).

Em 25.10.2019 foi realizada nova audiência de instrução, tomando-se os depoimentos de João Paulo da Silva Moreira, Luciano Vieira Ramos, Danilo Salvetti Nogueira Ramos, Mariana Ortis de Moraes, Aquilino Rodrigues Hernandez Junior e Fábio Salim Maluf (id. 23912599).

Em 22.11.2019, realizou-se nova audiência de instrução, ouvindo-se a vítima Bruno Vaitiekunas e Emerson Peretto Medina (id. 25045039).

Finalmente, em 05.12.2019, realizou-se a derradeira audiência de instrução, interrogando-se os 6 (seis) réus (id. 25685558).

Alegações finais, apresentadas por memoriais, do Ministério Público Federal (id. 25993880).

Os réus apresentaram seus memoriais (id. 27377198, 27207450 e 27200055), requerendo, em síntese, a desclassificação dos crimes de latrocínio tentado para roubo circunstanciado, a consunção da conduta de porte de arma de fogo de uso restrito pelo roubo, e a absolvição pelos crimes de cárcere privado, organização criminosa e associação criminosa.

Vieram os autos conclusos para sentença.

É o relatório.

Fundamento e Decido.

1. Preliminares

1.1. Da Competência da Justiça Federal.

Inicialmente reafirmo a competência da Justiça Federal para apreciar os fatos em tela, tendo em vista a vulneração, pela conduta dos réus, de serviço da União, representado pelos policiais rodoviários federais alvo de disparos de arma de fogo, nos termos da CRFB, art. 109, IV.

Destaco, jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HIPÓTESE DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA JULGAR CRIME DE LATROCÍNIO.

Compete à Justiça Federal processar e julgar crime de latrocínio no qual tenha havido troca de tiros com policiais rodoviários federais que, embora não estivessem em serviço de patrulhamento ostensivo, agiam para reprimir assalto a instituição bancária privada. O art. 109 da CF prevê que compete à Justiça Federal processar e julgar “os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral”. Assim, se um servidor público federal é vítima de um delito em razão do exercício de suas funções, tem-se que o próprio serviço público é afetado, o que atrai a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito (Súmula 147 do STJ). No caso, observa-se que, embora os policiais rodoviários federais não estivessem em serviço de patrulhamento ostensivo, possuem, como agentes policiais, o dever legal de prender em flagrante quem estiver praticando crime, nos termos do art. 301 do CPP: “Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”. Assim, o certo é que era incumbência dos policiais rodoviários federais, naquele momento, reprimir a prática criminosa, motivo pelo qual não há dúvidas de que agiram no exercício de suas funções, o que revela a competência da Justiça Federal. Precedente citado: RHC 31.553-MT, Quinta Turma, DJe 26/8/2013. HC 309.914-RS, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 7/4/2015, DJe 15/4/2015. Grifei.

1.2. Da Inépcia da Denúncia.

As defesas dos réus afirmam, todas elas, a inépcia da denúncia apresentada pelo Ministério Público Federal, dizendo que faltaria à peça a individualização das condutas dos

réus, o que os impediria de exercer sua ampla defesa, em violação ao Código de Processo Penal – CPP, art. 41.

Em que pese já ter este Juízo afastado tais alegações, por ocasião da confirmação ao recebimento da denúncia, penso ser válido revisitar a matéria, uma vez que as alegações foram renovadas por alguns dos réus em suas alegações finais.

Não se vislumbra vício na denúncia apresentada pelo Ministério Público Federal.

Com efeito, a peça descreve os fatos criminosos denunciados, e imputa-os, em sua inteireza, a todos os réus, em regime de coautoria.

Os fatos são narrados de forma suficientemente clara e detalhada, possibilitando aos réus o pleno exercício da ampla defesa, que deverá cobrir toda a empreitada delituosa, e não apenas atos singulares praticados por cada um deles. O MPF afirma que todos os réus praticaram os fatos unidos por liame subjetivo, sendo eles penalmente responsáveis pela totalidade dos resultados a eles imputados.

Relembre-se, neste ponto, a distinção doutrinária entre as denúncias *genéricas* e as denúncias *gerais*. Aquelas se fazem presentes quando se aponta fato incerto e imprecisamente descrito, nestas “se atribui a mesma conduta a mais de um dos denunciados, desde que seja impossível, ao tempo do oferecimento da denúncia, a delimitação pormenorizada dos atos praticados pelos envolvidos e haja indícios de acordo ou concorrência de vontades para o mesmo fim” (STF, HC 98840. 2ª Turma. Rel. Min. Joaquim Barbosa. DJe 24.04.2009).

Nesse sentido:

“*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA. NÃO CONHECIMENTO. AÇÃO PENAL. DELITO SOCIETÁRIO. CRIME DE AUTORIA COLETIVA. DENÚNCIA GENÉRICA. INÉPCIA. INOCORRÊNCIA. OBSERVÂNCIA DO ART. 41 DO CPP. SUFICIENTE DESCRIÇÃO DO FATO TIDO COMO CRIMINOSO. PODER DE GESTÃO NA PESSOA JURÍDICA. INDÍCIO MÍNIMO DE AUTORIA. NÃO CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Não se admite *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, sob pena de ofensa ao regramento do sistema recursal previsto na Constituição Federal.

2. Não há abuso de acusação na denúncia que, ao tratar de crimes de autoria coletiva, deixa, por absoluta impossibilidade, de esgotar as minúcias do suposto cometimento do crime.

3. Há diferença entre denúncia genérica e geral. Enquanto naquela se aponta fato incerto e imprecisamente descrito, na última há acusação da prática de fato específico atribuído a diversas pessoas, ligadas por circunstâncias comuns, mas sem a indicação minudente da responsabilidade interna e individual dos imputados.

4. Nos casos de denúncia que verse sobre delito societário, não há que se falar em inépcia quando a acusação descreve minimamente o fato tido como criminoso.

5. O poder de gestão configura indício mínimo da autoria das práticas delitivas realizadas, em tese, por meio de pessoa jurídica.

6. *Habeas corpus* não conhecido.”.

STF, HC 118891/SP. 1ª Turma. Rel. Min. Edson Fachin. DJe 19.10.2015. Grifei.

Percebe-se que, no caso concreto, se está diante de denúncia geral, ou seja, peça acusatória que imputa a todos os réus a prática de toda a conduta delitiva e resultados típicos, observados no caso concreto, a partir da existência de um liame comum a todos, tendo em vista a impossibilidade fática de individualização pormenorizada da conduta de cada um dos agentes.

A denúncia geral é amplamente aceita pela jurisprudência dos tribunais brasileiros, entendendo-se não haver, aí, prejuízo ao exercício da ampla defesa e do contraditório processuais.

Essa conclusão encontra confirmação na própria dialética desenvolvida concretamente neste processo, em que as defesas apresentaram inúmeros argumentos obstativos à condenação, sem que a forma de apresentação dos fatos pelo MPF fosse empecilho para o exercício da ampla defesa.

Assim, afasto a preliminar de inépcia da denúncia.

1.3. Do Suposto Aditamento da Denúncia pelo Ministério Público Federal.

A defesa de Davi Ramos e Domingos Mesquita de Carvalho afirmam que o Ministério Público Federal teria feito um “aditamento às avessas” da denúncia, pedindo a condenação dos réus por fatos não contidos na inicial.

Não assiste razão à defesa.

Com efeito, é bem sabido que a condenação segue o princípio da correlação, ou congruência, que determina que qualquer juízo condenatório deve se ater, estritamente, aos fatos que foram imputados ao réu na peça acusatória.

Observe-se que a tipificação é irrelevante para esse fim, sendo os fatos em si, trazidos e debatidos no processo, o único norte que deve guiar o magistrado na prolação da sentença.

Assim, a mudança na tipificação, por ocasião do pedido de condenação do MPF em alegações finais, sem que se mudem os fatos já trazidos na denúncia, é irrelevante para o processo, sendo somente mais um requerimento dirigido ao Juízo, que aplicará o direito aos fatos, de acordo com a Lei.

No caso concreto percebe-se que o MPF estendeu a tipificação dos fatos nas alegações finais, tendo inicialmente imputado aos réus a prática do crime de latrocínio tentado (CP, art. 157, §3, II c/c art. 14, II) por 11 (onze) vezes em concurso formal impróprio (CP, art. 70, segunda parte), mas afirmando, no pedido de condenação em alegações finais, que teriam sido 15 (quinze) crimes de latrocínio tentado praticados.

O *parquet* não estendeu, entretanto, os fatos imputados aos réus, mantendo estes nos estritos limites da denúncia. A mudança se deu em razão de entender o Procurador da República signatário dos memoriais que as vítimas que tiveram seus bens móveis subtraídos, quais sejam, Bruno Vaitiekunas, Aquilino Rodrigues Hernandez Junior, Fabio Salim Maluf, Raphael Luis Cocco, Paulo Sérgio Sabino da Silva e Carlos Alberto Ghiraldi, integrariam crimes autônomos de latrocínio.

Não há, assim, qualquer fato novo apurado no curso do processo que seja imputado aos réus no pedido de condenação do MPF. Afasto a preliminar.

1.4. Dos Pedidos de Provas Negados.

A defesa de Domingos Mesquita de Carvalho requereu, em sua resposta à acusação, a “(expedição de) ofício ao Departamento de Polícia Federal e do Comando Geral da Polícia Militar de São Paulo para que remeta cópia dos prontuários funcionais dos policiais federais e militares que participaram da ocorrência, com anotações de penalidades administrativas, sindicâncias ou processos administrativos disciplinares que eles tenham sofrido”, e “(expedição de) ofício ao Instituto de Criminalística de Sorocaba pedindo laudo complementar com fotos para poder esclarecer que arma que atingiu os policiais federais (BRUNO GONÇALVES e AUGUSTO TAKAYA).” (id. 22838146, fls. 03-04).

O pedido foi negado por este Juízo (id. 23260747), o que causa irresignação à defesa, que reitera a afirmação em alegações finais, ressaltando, ainda, que “tudo que a defesa pede é negado” (id. 27200060, fls. 21).

A afirmação não possui fundamento, assim como não possuem fundamento os pedidos de expedição de ofícios.

A presente ação penal tem por escopo apurar a suposta ocorrência de crimes praticados pelos réus, e não por policiais militares, que figuram no processo como vítimas. Tentativas de subverter essa realidade, transferindo aos militares a responsabilidade pelos fatos documentados, devem ser acompanhadas de forte suporte probatório, capaz de vencer o ônus argumentativo imposto pela realidade até aqui retratada, o que não ocorreu.

Assim, pedidos de acesso a registros funcionais dos policiais militares em nada contribui para o deslinde do processo, apresentando-se como diligências meramente protelatórias e retóricas, com escopo de jogar fumaça sobre os fatos aqui tratados, e devem ser rechaçadas. Não foram retratados, objetivamente, quaisquer indícios de má-conduta policial no caso concreto.

Igualmente, impertinente o pedido de expedição de ofício ao Instituto de Criminalística de Sorocaba, exigindo-se a lavratura de laudo pericial complementar que ateste de qual ou quais armas saíram os tiros que vitimaram os policiais rodoviários federais Bruno Gonçalves e Augusto Takaya.

Novamente, a defesa não se desincumbiu do ônus de expor, ao Juízo, a pertinência da prova pretendida, correlacionando-a aos fatos trazidos ao processo de forma coerente e razoável.

Relembre-se que o que está sob prova, no processo, é o fato de disparos de arma de fogo terem sido realizados, ferindo os policiais rodoviários federais Bruno Gonçalves e Augusto Takaya.

Já foi dito aqui que a falta de exata identificação, pelo Ministério Público Federal, da conduta de cada um dos réus, não é empecilho ao exercício da ampla defesa ou do contraditório. Não se sabe qual dos réus empunhava cada um dos fuzis apreendidos. Assim, é irrelevante saber de qual fuzil partiu o disparo, uma vez que essa informação não poderá ser concatenada a nenhuma outra que aponte, ao fim, quem foi o autor dos disparos.

Assim, não sendo o escopo de prova pretendida demonstrar, exatamente, quem realizou os disparos, restaria, como utilidade derivada de sua produção, esclarecer se os tiros poderiam ter sido disparados pelos próprios policiais rodoviários federais, em caso de “fogo amigo”.

Entretanto, para que essa tese se mostrasse viável, deveria a defesa ter demonstrado, concretamente, a possibilidade de sua ocorrência, o que não foi feito. Crédito a essa tese significaria acreditar que Bruno Gonçalves, que estava no banco de trás do carro, teria sido capaz de atingir, ele mesmo, com um único tiro, suas duas pernas, uma vez que nenhum dos PRFs que estava no banco da frente da viatura realizou disparos em direção à porção traseira do automóvel.

Finalmente, não possui fundamento na realidade, também, a assertiva de que todos os pedidos feitos pela defesa são negados.

O escudo contra desequilíbrios no princípio da imparcialidade não é outro senão a fundamentação que deve arrimar todas as decisões judiciais, por imperativo constitucional (Constituição da República Federativa do Brasil, - CRFB, art. 93, IX), que possibilita às partes exercer o controle racional das ditas decisões.

E mais. A fundamentação abre a porta para o sistema de recursos e o manejo de ações autônomas de impugnação, estruturado justamente para corrigir erros judiciais que prejudiquem direitos das partes ou de terceiros, dentre os quais se coloca a violação à imparcialidade.

Percebe-se que todas as decisões exaradas no presente processo foram acompanhadas de adequada fundamentação, bastando aos réus que recorressem para que sua irresignação fosse apreciada.

Afasto a preliminar.

2. Mérito

2.1. Dos Latrocínios Tentados (Código Penal, art. 157, §3º, II c/c art. 14, II).

Inicialmente, cabe tecer alguns comentários acerca da tipificação dos fatos aqui tratados, bem como sobre a incidência do instituto da *emendatio libelli* (CPP, art. 383).

É bem sabido que o latrocínio é crime pluriofensivo, tutelando dois bens jurídicos distintos, quais sejam, o patrimônio, prioritariamente, e a vida reflexamente.

Esse caráter secundário da proteção à vida no tipo não reflete, obviamente, um juízo de valor que coloca o patrimônio à sua frente, mas sim o fato de o resultado morte, no crime de latrocínio, ocorrer de forma acessória à subtração do patrimônio. Trata-se, assim, de crime de crime qualificado pelo resultado.

A jurisprudência, entende que no caso do latrocínio, o determinante, para fins de tipificação, é que o resultado morte tenha se orientado a assegurar a subtração patrimonial previamente ocorrida. Ou seja, ainda que o agente tenha agido com a intenção de matar a vítima, tratar-se-á de latrocínio, desde que essa intenção sirva ao propósito, prioritário, de assegurar a prática do crime contra o patrimônio.

Por essa razão se afasta a argumentação defensiva acerca da tipificação, requerendo sua readequação para os crimes de roubo circunstanciado (CP, art. 157, §2, II e III e 2-A, I) e resistência (CP, art. 329). Não há crimes autônomos, mas sim crimes de latrocínio, em sua modalidade tentada.

Determinada a tipificação dos fatos, cabe discorrer, ainda, sobre o número de crimes de latrocínio tentado praticados pelos autores.

O Ministério Público Federal, em suas alegações finais, requer a condenação dos autores pela prática do crime de latrocínio por 15 (quinze) vezes, indicando como vítimas os motoristas e ocupantes dos automóveis subtraídos, bem como os policiais rodoviários federais e militares que foram alvo de disparos de armas de fogo efetuados pelos autores.

Percebe-se, assim, que o MPF entende que para cada pessoa vitimada na conduta delitiva dos autores, estaria presente um crime de latrocínio tentado.

Esse entendimento, entretanto, não pode prosperar.

Como afirmado, o crime de latrocínio é pluriofensivo, devendo estar presente, para que sua materialidade delitiva se caracterize, ofensas ao patrimônio e à vida.

No caso concreto, é sabido que nenhuma das vítimas que sofreu subtração patrimonial – Bruno Vaitiekunas, Aquilino Rodrigues Hernandez Junior, Fábio Salim Maluf, Raphael Luis Cocco, Paulo Sérgio Sabino da Silva e Carlos Alberto Ghiraldi - foi alvo de violência física que colocou em risco sua vida, não havendo que se falar, assim, em crimes de latrocínio praticados isoladamente contra esses indivíduos.

De fato, os latrocínios só se caracterizaram pela integração, à subtração patrimonial das vítimas supracitadas, da violência física, expressada através de disparos de armas de fogo do tipo pistola e fuzil, contra policiais que foram acionados para deter os autores, colocando a vida desses, assim, em risco.

Assim, o que deve orientar a quantidade de crimes de latrocínio praticados é o número de vítimas que teve sua vida concreta e dolosamente posta em risco pelos autores, através dos

disparos de arma de fogo realizados, *desde que presente o elemento subjetivo especial da intenção de garantir a subtração patrimonial*.

Finalmente, afasta-se o argumento trazido pela defesa de alguns dos réus, de que não poderia estar caracterizado o crime de latrocínio tentado contra os policiais, uma vez que não houve lesão corporal grave ou morte (id. 27377198, fls. 9).

Lembre-se que a figura da tentativa se orienta pelo elemento subjetivo do autor que pratica a conduta. Na tentativa, há pleno perfazimento do tipo penal subjetivo, e não atingimento do tipo objetivo, por razões alheias à vontade do agente.

Assim, presente o dolo, é dispensável que haja resultado material, para fins de caracterização do crime tentado. É esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

LATROCÍNIO TENTADO (ARTIGO 157, § 3º, COMBINADO COM O ARTIGO 14, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL). DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE ROUBO. NULIDADE DO LAUDO DE EXAME DE CORPO DE DELITO. AUSÊNCIA DE ASSINATURA. DESNECESSIDADE DE OCORRÊNCIA DE LESÕES CORPORAIS LEVES OU GRAVES PARA A CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DE LATROCÍNIO TENTADO. EXISTÊNCIA DE OUTROS DOCUMENTOS QUE PERMITEM A IDENTIFICAÇÃO DA MÉDICA RESPONSÁVEL PELA PERÍCIA REALIZADA NA VÍTIMA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO.

1. A figura típica do latrocínio se consubstancia no crime de roubo qualificado pelo resultado, em que o dolo inicial é de subtrair coisa alheia móvel, sendo que as lesões corporais ou a morte são decorrentes da violência empregada, atribuíveis ao agente a título de dolo ou culpa.

2. *Embora haja discussão doutrinária e jurisprudencial acerca de qual delito é praticado quando o agente logra subtrair o bem da vítima, mas não consegue matá-la, prevalece o entendimento de que há tentativa de latrocínio quando há dolo de subtrair e dolo de matar, sendo que o resultado morte somente não ocorre por circunstâncias alheias à vontade do agente.*

3. *Por esta razão, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça pacificou-se no sentido de que o crime de latrocínio tentado se caracteriza independentemente da natureza das lesões sofridas pela vítima, bastando que o agente, no decorrer do roubo, tenha agido com o desígnio de matá-la.* Precedentes do STJ e do STF.

(...)

8. *Habeas corpus* não conhecido. STJ, HC 201175/MS. Quinta Turma. Rel. Min. Jorge Mussi. Julgado em 23.04.2013.

Os fatos trazidos na denúncia, assim, devem ser divididos em dois conjuntos separados: o primeiro, referente à subtração do caminhão de Bruno Vaitiekunas e o ataque a tiros contra os policiais rodoviários federais Emerson Peretto Medina, Augusto Takaya e Bruno Gonçalves; o segundo, a subtração do veículo Ford/Ranger, propriedade de Aquilino Rodrigues Hernandez Junior, e dos bens pessoais de Fábio Salim Maluf, Raphael Luis Cocco, Paulo Sérgio Sabino da Silva e Carlos Alberto Ghiraldi, e os disparos de arma de fogo efetuados contra os policiais militares Uelton Rodrigues dos Santos, Thiago Alessandro Soares, Márcio Rogério Ferreira, João Paulo da Silva Oliveira, Luciano Vieira Ramos e Ricardo Camargo.

Vislumbra-se, pois, em tese, a prática de 9 (nove) crimes de latrocínio tentado, referentes aos 9 (nove) policiais que foram alvejados ou alvo de disparos de arma de fogo, pelos autores.

Não é outro o entendimento de ambas as turmas especializadas em matéria penal do Superior Tribunal de Justiça. Em tempo:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. LATROCÍNIO. RECONHECIMENTO DE CONDUTA ÚNICA. CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO. MAIS DE UMA VÍTIMA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PENA-BASE. CONDUTA SOCIAL. MOTIVAÇÃO IDÔNEA DECLINADA. AGRAVO DESPROVIDO.

(...)

2. *Descabe falar em reconhecimento de crime único de latrocínio. Isso porque as instâncias ordinárias adotaram entendimento em consonância com a jurisprudência prevalente neste Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que há concurso formal impróprio na prática de latrocínio quando a conduta do agente tenha por escopo mais de um resultado morte, ainda que a subtração recaia sobre os bens de uma única vítima, na medida em que ficam evidenciados desígnios autônomos, atraindo, portanto, o comando legal disposto no art. 70, segunda parte, do Código Penal.*

(...)

5. Agravo regimental desprovido.

STJ, AgRg no HC 531133/MS. 5ª Turma. Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 12.11.2019.

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. LATROCÍNIO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. DOSIMETRIA. RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO. PLURALIDADE DE VÍTIMAS. VIOLAÇÃO DE UM ÚNICO PATRIMÔNIO. AUTONOMIA DE DESÍGNIOS RECONHECIDA PELA INSTÂNCIA A QUO. DESCARACTERIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. DECISÃO MANTIDA. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

(...)

2. *O entendimento adotado no acórdão impugnado, ao afastar a tese defensiva de que houve crime único de latrocínio, em razão da violação de um só patrimônio, ainda que com pluralidade de vítimas, com fundamento na autonomia de desígnios, está em harmonia com a jurisprudência desta Corte de Justiça. Precedentes.*

3. A discussão acerca da existência de desígnios autônomos em relação aos resultados alcançados pela conduta da paciente refoge ao âmbito da ação constitucional de *habeas corpus*, que não admite o revolvimento de matéria fático-probatória, providência necessária para descaracterizar o concurso formal impróprio reconhecido pela instância de origem.

4. Mantém-se a decisão singular que não conheceu do *habeas corpus*, por se afigurar manifestamente incabível, e não concedeu a ordem de ofício, em razão da ausência de constrangimento ilegal a ser sanado.

5. Agravo regimental desprovido.

STJ, AgRg no HC 534618 5ª Turma. Rel. Min. Jorge Mussi. Julgado em 22.10.2019.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DE ROUBO MAJORADO E LATROCÍNIO TENTADO. CRIME PRATICADO CONTRA DIVERSAS VÍTIMAS MEDIANTE UMA SÓ AÇÃO. CONCURSO FORMAL DE CRIMES. CRIME DE RECURSO PROVIDO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. DELITO DE PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. POSSIBILIDADE. GARRUCHA.22. APREENSÃO LOGO APÓS A PRÁTICA DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. DEPENDÊNCIA CONFIGURADA. DELITO PRATICADO NO MESMO CONTEXTO FÁTICO. AGRAVO PROVIDO.

1. *Não obstante configurado concurso formal impróprio, e não concurso material, quando praticado os crimes de roubo e latrocínio tentado em um mesmo contexto fático, mediante uma só ação, contra vítimas diferentes, inexistente reflexo na dosimetria da pena, por ser idêntica à regra do concurso material, nos termos do art. 70, segunda parte, do CP.*

(...)

4. Agravo regimental provido para redimensionar a pena.

STJ, AgRg no AREsp 1395908/MG. 6ª Turma. Rel. Min. Néfi Cordeiro. Julgado em 05.09.2019.

Destaque-se a defesa de Anderson Luiz da Silva e Cícero José Maciel em suas alegações finais, afirma que o Tribunal Regional Federal da 3ª Região entendeu, “em caso análogo”, “que a conduta não se enquadra em tentativa de latrocínio, mas sim de roubo seguindo de resistência”, colacionando a seguinte ementa:

PENAL. PROCESSO PENAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. CRIME DE RESISTÊNCIA CONTRA AGENTE DA POLÍCIA FEDERAL. ROUBO. CONSUMAÇÃO. PORTE DE ARMA DE NUMERAÇÃO RASPADA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONFISSÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A imputação do delito de resistência perpetrado contra agentes da Polícia Federal que se encontravam no exercício da respectiva função atrai a competência da Justiça Federal (CR, art. 109, IV).

2. Materialidade e autoria comprovadas pela prova documental e testemunhal.

3. Conforme a jurisprudência dos tribunais superiores, considerase consumado o crime de roubo no momento em que o agente obtém a posse da res, ainda que não seja mansa e pacífica e que haja perseguição policial, sendo prescindível, ademais, que o objeto do crime saia da esfera de vigilância da vítima.

4. Incabível a absorção do crime de porte de arma de fogo de numeração raspada pelo crime de roubo, na medida em que a arma não foi usada somente para a consumação do roubo mas também para resistir à prisão. Trata-se, portanto, de conduta autônoma, a obstar, por essa razão, a absorção.

5. O réu negou que tivesse praticado o crime de roubo com outro indivíduo e que tivesse apontado a arma para os policiais, circunstâncias que restaram provadas pelas declarações dos policiais federais e das vítimas. Não configura a confissão.

6. A conduta do réu de fazer uso da arma de fogo, adquirida informalmente em uma feira que vende produtos objetos de crimes, para subtrair bens e para resistir à prisão se revestiu de intensa gravidade, a revelar sua periculosidade, o que aconselha que continue a responder ao processo preso para a garantia da ordem pública (CPP, art. 312).

(APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0008378-47.2010.4.03.6119/SP) – id. 27208353, fls. 5-6.

Entretanto, a análise do inteiro teor do julgado revela que os fatos que lhe são subjacentes são, ao contrário do afirmado pela defesa, inteiramente distintos dos aqui tratados, uma vez que naquele caso não houve, por parte do autor, qualquer ato orientado concretamente a matar os policiais que lhe perseguiam, se limitando o agente a apontar a arma de fogo para o policial, que em resposta atirou, alvejando-o no rosto.

Cito trecho do voto do eminente relator, Desembargador Federal André Nekatschalow, que descreve os fatos:

“Os agentes Eduardo e Kevin partiram em perseguição aos assaltantes. Na fuga, o denunciado, ao tentar subir em um barranco, tropeçou em uma valeta, desequilibrou-se e se virou em direção ao agente Kevin, *apontando contra o policial a arma de fogo. Kevin então efetuou um disparo contra o acusado, atingindo-o na face, próximo à boca. Não obstante, o denunciado novamente mirou em direção aos policiais, mas sua agressão foi impedida pelo policial Eduardo que, deferindo um chute, o desarmou.* ‘Rafael’ conseguiu evadir-se do local dos fatos, levando consigo os pertences subtraídos à vítima Jesus.”

(APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0008378-47.2010.4.03.6119/SP).

Percebe-se, assim, que não existe identidade de fatos entre os julgados.

Passo, assim, à análise dos dois conjuntos de fatos identificados, referentes à suposta prática de crimes de latrocínio tentado.

2.1.1. Primeiro Conjunto de Fatos – Vítimas Bruno Vaitiekunas, Emerson Peretto Medina, Augusto Takaya e Bruno Gonçalves.

2.1.1.1. Da Materialidade Delitiva.

A materialidade delitiva restou amplamente demonstrada, para o primeiro conjunto de fatos.

Com efeito, a vítima Bruno Vaitiekunas relata que em 09.07.2019, aproximadamente às 9:45hr, na rodovia Régis Bitencourt, km 346, conduzia seu caminhão VW/15.180, placa de identificação EOF-1607, carregado com defensivos agrícolas, quando foi surpreendido por 2 (dois) veículos Toyota/Corolla, um de cor branca e outro de cor azul escura, tendo o primeiro lhe fechado na rodovia enquanto o segundo emparelhou com seu caminhão, tendo um de seus ocupantes lhe apontado uma arma longa, do tipo fuzil, e ordenado que parasse.

A vítima assevera ter obedecido a ordem de parada dos bandidos, tendo dois indivíduos descido do Toyota/Corolla branco e, armas em punho, mandado que o declarante descesse do caminhão pela *janela do passageiro*.

Bruno Vaitiekunas assevera que, após ser retirado do caminhão pela janela, foi encapuzado e colocado no Toyota/Corolla azul, tendo o veículo saído do local transportando a vítima e, após um breve período, parado. Afirma então que passados alguns minutos, o veículo “saiu em disparada”, andando por mais cerca de 15 (quinze) minutos e parando na entrada de um sítio, onde foi libertado (id. 25993880).

Relata que os autores atearam fogo ao automóvel Toyota/Corolla de cor branca antes de saírem da entrada do sítio onde foi libertado, não mencionando a existência de um terceiro veículo envolvido nos fatos (id. 2599388).

As provas indicam que, após tomarem a posse do caminhão carregado de defensivos agrícolas, os autores teriam permanecido no local, com objetivo de desabilitar os mecanismos de segurança e rastreio do caminhão, e lhe dar partida direta, nos termos do laudo pericial lavrado sobre o veículo, que consigna a “ausência de rastreador, danos e fraturas em painel e ligações elétricas” (id. 25993881, fls. 8).

Importante observar que a subtração do caminhão se consumou, uma vez que houve inversão da posse da coisa, que saiu da esfera de disponibilidade imediata da vítima e passou aos autores. Lembre-se que, para fins penais, a posse abarca tanto a posse civil (Código Civil, art. 1.196) quanto a detenção (CC, art. 1.198).

O Superior Tribunal de Justiça adota, quanto ao momento de consumação de crimes contra o patrimônio, a teoria da *amotio*, que afirma que o crime se aperfeiçoa com a mera inversão da detenção da coisa, com o apossamento físico da *res*.

Nesse sentido, o tema 934 dos recursos repetitivos do Superior Tribunal de Justiça: “consume-se o crime de furto com a posse de fato da *res* furtiva, ainda que por breve espaço de tempo e seguida de perseguição ao agente, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada.”.

Enquanto um dos autores trabalhava no caminhão, com escopo de viabilizar sua subtração sem rastreio, passou pelo local uma viatura da Polícia Rodoviária Federal, ocupada pelos policiais Emerson Peretto Medina, Augusto Takaya e Bruno Gonçalves.

Os policiais, estranhando a presença do veículo no local, decidiram averiguar o que ocorria, estacionando sua viatura atrás do caminhão. Entretanto, antes que pudessem descer

do veículo para iniciar a fiscalização, o Toyota/Corolla de cor branca emparelhou com o carro oficial e, imediatamente, diversos tiros de fuzil foram disparados contra os PRFs.

Destacam-se, nesse sentido, as declarações prestadas pelos três policiais, durante o inquérito policial e em audiência de instrução e julgamento, corroborando, integralmente, os fatos aqui narrados:

“Nós estávamos compondo uma ronda com três policiais na viatura, em que eu era o motorista, no patrulhamento aproximadamente no Km 352 da pista sul nós avistamos um caminhão, parado em acostamento. Nisso, nós paramos a viatura, atrás do caminhão, um pouco distante, não tão perto e *passados poucos segundos já veio um veículo Toyota Corolla branco, em que o passageiro do lado direito traseiro com o vidro meio aberto efetuou vários disparos na viatura*” – Augusto Takaya – id. 23912859.

“Gerou uma suspeita, encostamos para averiguar e no momento que encostamos para averiguar passei a escutar sons de tiros repetitivos. E, na sequência, o colega que estava atrás, o BRUNO, reclamou que foi atingido e o motorista, o TAKAYA, também foi atingido, reclamou que foi atingido. E daí eu percebi que o Corolla branco que estava [antes] atrás estava na frente da viatura. *Aí que eu percebi que nós estávamos sendo alvo de um ataque.*” – Emerson Peretto Medina – id. 25045039.

“A viatura tinha acabado de parar, *a gente não tinha nem desembarcado ainda, e o Corolla que estava atrás emparelhou com a viatura e começou a disparar disparos de arma de fogo.*” – Bruno Gonçalves – id. 23912859.

“Acho que o objetivo deles era resgatar um integrante do grupo que estava dentro do caminhão. Feito isso aí eles saíram em disparada (...)” – Emerson Peretto Medina – id. 25045039.

Os tiros disparados contra a viatura atingiram dois policiais rodoviários federais. Augusto Takaya foi atingido de raspão na panturrilha esquerda, sendo ferido sem maior gravidade; Bruno Gonçalves, por sua vez, foi atingido por um tiro que penetrou em sua perna esquerda, a transfixou, penetrou na perna direita, fraturou sua fíbula, saindo pela porção externa da parte inferior da panturrilha (id. 25993883).

De fato, foram trazidos aos autos, pelo policial, laudos médicos que atestam a presença de “trauma grave em ambos os membros inferiores, associação à lesão extensão muscular e fratura parcial de ossos longos”, além de “múltiplos focos de material metálico, devendo corresponder a estilhaços por ferimento com arma de fogo.” (id. 20808040).

Os ferimentos, e sua gravidade, foram testemunhados também pelos demais policiais que foram vítimas dos disparos de arma de fogo. Em tempo:

“Eu olhei para trás pensando no Corolla, não o localizei, olhei para frente e não o localizei, tentando localizar de onde estavam vindo os tiros, foi aí que eu senti que eu já tinha sido atingido. *Aí eu comecei a gritar para os colegas essa informação, que ‘eu fui atingido, fui atingido.’*” – Bruno Gonçalves – id. 23912859.

“(...) o disparo que me atingiu a gente conseguiu apurar depois que foi o primeiro, entrou pela porta da viatura, me atingiu na panturrilha esquerda, saiu, me atingiu na panturrilha direita, acertou a fíbula, fraturando-a, e saiu da panturrilha direita, ou seja, atingiu as duas panturrilhas. (...) Voltei a trabalhar essa semana, segunda-feira só, fiquei 97 dias afastado.

(Houve alguma debilidade permanente?) Somente de sensibilidade, eu perdi a sensibilidade e a força da perna eu não sei se vai ser recuperada. (Ainda não está recuperada) Não está 100%, não. Eu não tenho tanta força na perna esquerda quanto eu tenho na direita” – Bruno Gonçalves – id. 23912859.

“(...) ele estava atrás na viatura, eu estava na frente e a gente se deslocou para fazer o socorro médico naquela muvuca e eu não vi mais ele. Mas pelo *comportamento dele via-se que era grave, porque ele gritava, sentia dor.*” – Emerson Peretto Medina – fls. 25045039.

“Efetuaram vários disparos contra a guarnição, *eu fui ferido na perna esquerda e o meu colega atrás ele foi ferido nas duas pernas, um projétil que transfixou.* O outro colega do lado do passageiro conseguiu desembarcar e se abrigar atrás de uma mureta e conseguiu responder aos disparos.” – Augusto Takaya – id. 23912859.

Atingidos antes que pudessem se defender, Augusto Takaya e Bruno Gonçalves não conseguiram sequer se engajar no confronto. Emerson Peretto Medina, entretanto, que estava sentado no assento do carona, conseguiu realizar disparos de dentro da viatura, sair do carro, e se abrigar atrás da mureta da rodovia, trocando tiros com um dos bandidos que saiu do Corolla, usando máscara e portando um fuzil.

“Portavam máscaras, usavam armas longas, acredito eu que fuzil, pelas características dos disparos e usavam máscaras. Quantidade eu não faço ideia, porque eu vi um que desembarcou do veículo e um que estava dentro do caminhão. Mas não consegui ver a feição deles, porque usavam máscaras” – Emerson Peretto Medina – fls. 25045039.

“Não teve tempo, nem desembarcar nem nada. Paramos a viatura e em praticamente em questão de segundos já vieram efetuando os disparos de trás. – Augusto Takaya – id. 23912859.

“Consegui identificar que era um fuzil” – Augusto Takaya – id. 23912859.

“Ele desembarcou para continuar disparando contra o colega que estava na mureta, o EMERSON MEDINA.”. – Augusto Takaya – id. 23912859.

Após um breve confronto com o policial rodoviário federal Emerson Peretto Medina, durante o qual o indivíduo que trabalhava na violação do sistema de rastreamento do caminhão voltou ao Corolla branco, os autores fugiram.

Os vestígios do tiroteio foram bem documentados pelos trabalhos periciais realizados sobre os veículos envolvidos no confronto.

O Toyota/Corolla branco foi encontrado carbonizado, no quilômetro 201 da rodovia SP-79. O exame pericial constatou a presença de duas perfurações oriundas de disparos de arma de fogo na lataria do automóvel (id. 25993881).

A viatura da Polícia Rodoviária Federal vistoriada, por sua vez, apresentava (id. 21113498):

- Região frontal, terço inferior, quatro perfurações de entrada de projétil de arma de fogo, com diâmetro médio de 1,0 cm (n. 1, 2, 3 e 4);
- Flanco anterior esquerdo, uma perfuração de entrada de projétil de arma de fogo no para-lamas (n. 5);

- Flanco esquerdo, terço médio, duas perfurações de entrada de projétil de arma de fogo na porta dianteira (n. 6 e 7);

- Porta dianteira região interna do veículo, orifício de saída n. 6.1, continuidade do orifício n. 6; orifício de saída 7.1, continuidade do orifício n. 7; flanco esquerdo do painel do veículo, orifício de entrada n. 6.2, continuidade do orifício n. 6.1;

- Flanco direito, orifício de saída de projétil n. 7.2 no túnel central do veículo, continuidade do n. 7.1;

- Flanco esquerdo, terço posterior, uma perfuração de entrada de projétil de arma de fogo na porta traseira (n. 8);

- Flanco esquerdo, orifício de saída n. 8.1, na região interna da porta traseira esquerda, continuidade do orifício n. 8;

- Flanco esquerdo terço posterior, uma perfuração de entrada de projétil de arma de fogo no para-choque (n. 9);

- Flanco direito, terço médio, marca de projétil sem transfixar (raspão) que se inicia na parte superior do capô e termina no para-lamas dianteiro direito (n. 10);

- Vidro para-brisa dianteiro, cinco orifícios de projéteis de arma de fogo direcionadas do interior do veículo para fora, n. 11, n. 12, n.13, n. 14, n. 15 (id. 21113498).

Foram registrados, assim, ao menos 10 (dez) disparos de arma de fogo que atingiram a viatura policial, além de 5 (cinco) disparos feitos do interior da viatura, através do para-brisa, realizados pelo PRF Emerson Peretto Medina.

Como já afirmado, os policiais relatam terem visto que a arma empregada pelos autores do crime nos disparos era um fuzil, assertiva compatível com a natureza dos danos observados na viatura policial, notadamente com o poder transfixante dos disparos, suficiente não só para atravessar a lataria do automóvel, mas para fazê-lo com força suficiente para transfixar também as duas pernas do policial Bruno Gonçalves, quebrando uma de suas fíbula.

O poder de destruição de armas do tipo fuzil é amplamente conhecido, especialmente por aqueles que lidam com armas de fogo. São artefatos de guerra, que não podem ser empregados de forma moderada. Um tiro de fuzil, disparado contra uma pessoa, sempre se reveste do dolo, direto ou eventual, de matar.

O disparo de *10 (dez) tiros de fuzil* contra a viatura dos policiais rodoviários federais, em situação de emboscada, não deixa dúvidas de que a intenção dos autores era matar os agentes públicos, o que não ocorreu por razões alheias à sua vontade. Caracteriza-se, assim, o crime na forma tentada (CP, art. 14, II).

Relembre-se, ainda, que havia 3 (três) policiais rodoviários federais no interior da viatura policial, o que, aliado à prévia subtração patrimonial, perfaz a materialidade de 3 (três) crimes autônomos de latrocínio, em sua modalidade tentada.

Percebe-se, também, que os 3 (três) crimes foram praticados através de uma única ação, o que caracteriza o concurso formal de crimes (CP, art. 70).

Entendo estarem ausentes os desígnios autônomos citados pelo Ministério Público Federal. A intenção dos autores era garantir a subtração do caminhão e sua fuga, e não simplesmente matar os policiais rodoviários federais, autonomamente. A viatura policial se apresentava, naquele momento, como um único obstáculo para aqueles objetivos. O concurso formal de crimes é, assim, simples.

2.1.1.2. Da Autoria.

Restou demonstrado que, no momento dos disparos de arma de fogo realizados contra

os policiais rodoviários federais, um dos veículos Toyota/Corolla, de cor azul, já havia saído do local, levando consigo a vítima Bruno Vaitiekunas.

Isto indica que alguns dos autores não estavam mais no local quando ocorreram os fatos que transmutaram o crime de roubo pretendido em latrocínio tentado.

Não obstante, essa ausência não é empecilho para que o crime mais grave seja imputado a todos os réus, conjuntamente.

O Código Penal afirma, em seu art. 29, que aquele que “de qualquer modo concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”, ressaltando que “se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave” (art. 29 §2º)

O Código segue, assim, o imperativo de presença de elemento subjetivo para que se possa punir o agente pelo resultado (art. 18, p. único), ou seja, deve estar presente a intenção, guiada pela consciência dos fatos que permeiam a conduta, para que o resultado possa ser imputado ao agente.

A norma prevista no CP, art. 29, §2º incrementa, ainda, a pena do crime menos grave, praticado dolosamente, em até metade no caso do *resultado mais grave ter sido previsível*.

Essa não é senão uma modalidade culposa de punição daquele que, negligentemente, deixa de prever resultado mais grave que era previsível, ou que, prevendo esse resultado, acredita piamente em sua não ocorrência, residindo aí o desvalor incrementado de sua conduta.

Não é esse, entretanto, o caso dos autos. O caso é de dolo eventual.

O dolo eventual se caracteriza pela previsibilidade do resultado lesivo, e a assunção do risco de sua produção (CP, art. 18, I). Haverá dolo eventual, assim, nos casos em que o autor prevê a possibilidade de ocorrência de um resultado e, sem se importar, assume o risco de sua consumação.

A distinção entre a norma positivada no CP, art. 29, §2º, e a produção do resultado por dolo eventual é justamente a assunção do risco de ocorrência do resultado, presente no último, em contraste com a mera previsibilidade de sua ocorrência, sem assunção de risco pelo autor, na primeira.

No caso concreto, é evidente a previsão do resultado pelos réus, e a assunção desse risco, por todos.

Essa conclusão é extraída dos equipamentos de guerra que foram empregados pelos réus na ação criminosa, que revelam preparo muito além do necessário para a subtração de um caminhão.

Foram apreendidos com os autores, além de armas curtas, 3 (três) fuzis calibre .556, armas longas cujo poder de fogo é notoriamente desproporcional àquele ordinariamente observado em pistolas e espingardas calibre .12.

Tais armas são de difícil acesso, uma vez que sua comercialização e porte são restritos, seu preço é altíssimo, e seu manejo, específico. A introdução de fuzis na ação criminosa não se deu com escopo de amedrontar caminhoneiros, tarefa para qual pistolas seriam mais do que suficientes, mas sim para garantir vantagem tática em eventual enfrentamento com forças de segurança.

Perceba-se que essa vantagem foi efetivamente obtida, não só no confronto com os policiais rodoviários federais, que foram rapidamente neutralizados pelos tiros de fuzil que

atingiram sua viatura, mas também na perseguição e confronto com policiais militares.

Destacam-se, aqui, trechos do depoimento do policial militar Benedito Donizete Ribeiro de Castro e Campos, que participou do bloqueio policial que forçou os autores a retornar na rodovia SP-79, parafraseado nas alegações finais oferecidas pelo MPF:

“(...) No momento que eles trombaram no contrafluxo, eles iniciaram o acompanhamento à distância, *porque sabiam que eles estavam com fuzil.*” (id. 23912853).

“(...) deu para visualizar que eles fizeram meia-volta e já abriram os vidros, que até então estavam fechados, quando eles retornaram nós subimos na viatura e recomeçamos o acompanhamento. Porém, logo teve aquele entrevero com o Comando, nós demos aquela parada, *porque contra um fuzil não tem como você bater de frente*, até porque só na viatura do tenente tinha dois fuzis, *a minha era só uma pistola e uma 12, então não iria fazer diferença o confronto direto com eles.*” (id. 23912853).

Ao emprego de fuzis se soma o uso de coletes balísticos por todos os autores. Instrumentos de defesa, coletes não se orientam a outro fim senão evitar a morte de seu usuário durante um confronto armado.

Coletes são artigos de acesso tão difícil quanto fuzis, e sua obtenção pelos réus revela inequívoca antecipação de eventual confronto armado com policiais, visando, também, conceder vantagem tática aos seus usuários.

Ressalte-se que foram apreendidos, ao fim da ação criminosa, 6 (seis) coletes balísticos, no interior do restaurante do posto “Refúgio da Neblina”, de acordo com auto de apreensão lavrado pela Polícia Civil do Estado de São Paulo (id. 20807093). Submetidas a exame pericial, verificou-se que alguns dos coletes tinham mais de uma placa balística em seu interior, o que reforça o argumento de que teriam os réus antecipado e assumido o risco de eventual confronto com policiais (id. 21114416).

Assim, definida a presença de dolo eventual dos autores, resta reconhecê-los, todos, como autores dos fatos analisados.

Quanto à identidade dos autores em si, não restam dúvidas. A cadeia de eventos que terminou com a prisão em flagrante delito dos réus os coloca, de forma direta, no primeiro conjunto de fatos, que culminou com os disparos de fuzil contra os policiais rodoviários federais.

Incide, aqui, a teoria do domínio do fato. Relembre-se que por esta teoria autor é aquele que detém o domínio funcional do fato, dentro de um critério de divisão de tarefas, e não apenas aquele que realiza a conduta típica. O autor não precisa dominar toda a empreitada criminosa, todo o fato criminoso, mas apenas a tarefa que lhe foi atribuída, desde que essencial à prática do fato.

Cabe frisar, ainda, a inverossimilhança da tese de defesa sustentada pelos réus, de que os reais organizadores e executores do crime teriam sido outros indivíduos, dentre eles pessoas conhecidas como “Paulo” e “Buiu”.

Não existem, nos autos, quaisquer elementos de informação ou provas que corroborem essa versão dos fatos, que basicamente exime os réus de responsabilidade pelos tiros disparados contra os policiais rodoviários federais.

Ao contrário, todas as provas coligidas no processo apontam no sentido contrário.

Com efeito, a testemunha Bruno Vaitiekunas, em suas declarações prestadas em Juízo, citou ter sido libertado “numa entradinha em um sítio”, local onde todos os autores se encon-

traram após o tiroteio com a PRF, e os integrantes do Toyota/Corolla de cor branca passaram para o automóvel de cor azul, sendo o primeiro incendiado. Em nenhum momento a vítima cita a existência de um terceiro veículo, que não foi visto por nenhum dos envolvidos nos fatos (id. 2599388).

De fato, ao contrário do afirmado pelos réus durante seu interrogatório, a abordagem do caminhão de Bruno Vaitiekunas ocorreu com participação de ambos os veículos Toyota/Corolla. A vítima afirmou em suas declarações prestadas em juízo, expressamente, que “primeiro um veículo branco me fechou, eu quase bati nele, e o segundo emparelhou comigo, mostrou a arma e mandou eu encostar” (id. 25045039).

Igualmente descolada da realidade é a assertiva dos réus de que “Paulo”, “Buiú” e “dois outros indivíduos” teriam ordenado que os seis acusados entrassem no Toyota/Corolla azul, jogado todas as armas de fogo e coletes balísticos no interior desse automóvel, contra a vontade dos réus, e fugido em um suposto Fiat/Doblò branco.

Essa narrativa não só caracteriza os réus como vítimas silenciosas de outros supostos autores dos crimes, mas também força a crença de que, após a fuga de “Paulo” e “Buiú”, o automóvel dos réus teria sido alvo de disparos gratuitos feitos pela Polícia Militar, disparos estes que teriam não só atingido os autores, mas também a própria viatura da PM, que foi alvejada por diversos tiros.

Finalmente, destaca-se que, frente à ausência de indícios da participação de outros agentes no crime, esperar-se-ia que os réus fornecessem aos órgãos policiais informações que conduzissem à adequada identificação dos supostos outros autores dos crimes aqui tratados. Entretanto, os autores se mostraram incapazes de sequer identificar esses indivíduos adequadamente, citando apenas um nome próprio, “Paulo”, e um apelido, “Buiú”, reforçando a tese de que esses são personagens fictícios, que não participaram efetivamente do crime.

Assim, não resta outra conclusão senão a de que os seis réus, Anderson Luiz da Silva, Cícero José Maciel, Davi Ramos, Domingos Mesquita de Carvalho, Isaías Gale e Samuel Ricardo Lourenço eram os indivíduos diretamente envolvidos com o roubo do caminhão da Bruno Vaitiekunas, sua manutenção em cárcere, e com os disparos de arma de fogo que vitimaram dois policiais rodoviários federais.

2.1.2. Segundo Conjunto de Fatos – Vítimas Aquilino Rodrigues Hernandez Junior, Fábio Salim Maluf, Raphael Luis Cocco, Paulo Sérgio Sabino da Silva, Carlos Alberto Ghiraldi, Uelton Rodrigues dos Santos, Thiago Alessandro Soares, Márcio Rogério Ferreira, João Paulo da Silva Oliveira, Luciano Vieira Ramos e Ricardo Camargo.

2.1.2.1. Da Materialidade Delitiva.

A materialidade delitiva do segundo conjunto de fatos foi igualmente demonstrada de forma exauriente, a partir dos elementos de informação e provas produzidas durante o processo.

Como já exposto, após a troca de tiros que vitimou os policiais rodoviários federais, os autores que ocupavam o Corolla de cor branca se dirigiram ao local em que a vítima Bruno Vaitiekunas seria libertada, localizada no quilômetro 201 da rodovia SP-79, reunindo-se com os autores que ocupavam o Corolla azul.

Ali, após incendiarem o automóvel branco e se reunirem, os 6 (seis), no Corolla azul, os autores retornaram à rodovia SP-79, dando continuidade à fuga, seguindo sentido Piedade/SP.

Logo após retornarem à rodovia, ainda no quilômetro 201, abordaram o veículo Ford/Ranger, placa de identificação DKT-3968, que era conduzida por Aquilino Rodrigues Hernandez

Junior e ocupada também por Fábio Salim Maluf, Raphael Luis Cocco, Paulo Sérgio Sabino da Silva e Carlos Alberto Ghiraldi, forçando-os a sair do veículo, e subtraindo-o.

Com efeito, as vítimas afirmam que os autores teriam emparelhado o Corolla azul com a picape e, através de grave ameaça instrumentalizada por armas de fogo, os forçado a parar, sair do veículo e correr para um matagal próximo (id. 23912559).

Observe-se que as 5 (cinco) vítimas da subtração afirmam que os autores, empunhando fuzis, teriam realizado um disparo de arma de fogo para o alto, como forma de forçá-los a parar a Ford/Ranger, e desocupar o automóvel, para que dele se apossassem.

Importante ressaltar ainda que, muito embora o veículo fosse propriedade de Aquilino Rodrigues Hernandez Junior, ele não é o único ocupante do automóvel que teve seu patrimônio atingido.

Os demais passageiros, Fábio Salim Maluf, Raphael Luis Cocco, Paulo Sérgio Sabino da Silva e Carlos Alberto Ghiraldi, também tiveram objetos pessoais, que estavam no interior da picape, subtraídos.

Fábio Salim Maluf afirmou:

“No interior do veículo estava o aparelho celular do declarante, um Motorola G5, cor grafite, além de uma mala de viagem cor marrom, contendo roupas, carregador de celular, caixa pequena de som, alguns remédios e itens de higiene pessoal” – id. 20807093, fls. 10.

Raphael Luis Cocco, por sua vez, disse:

“O declarante tinha dentro do veículo roubado uma mochila de viagem da marca Modec, com roupas e pertences pessoais, e uma pasta com certificados de cursos referentes a seu trabalho.” – id. 20807093, fls. 11.

Paulo Sérgio Sabino da Silva, relatou que:

“No interior da camionete havia maleta, cor preta, com roupas, objetos pessoais, um ponche, carregador de celular, lanterna, canivete e um facão” – id. 20807093, fls. 12.

Carlos Alberto Ghiraldi, afirmou:

“O declarante tinha dentro do veículo roubado uma maleta de viagem vermelha, com roupas e pertences pessoais” – id. 20807093, fls. 13.

Lembre-se que o valor dos bens subtraídos é irrelevante, uma vez que a jurisprudência superior entende, há muito, ser inaplicável o princípio da insignificância nos casos de crimes praticados com violência ou grave ameaça:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO AGRAVADA. NÃO CONHECIMENTO. IMPUGNAÇÃO SUFICIENTE. RECONSIDERAÇÃO. ROUBO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA EM CRIME DE ROUBO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA TENTATIVA. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA 582/STJ. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA CONHECER DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL, MAS LHE NEGAR PROVIMENTO.

(...)

3. Mantida a condenação pelo delito de roubo, *não há falar na incidência do princípio da insignificância, porquanto não se aplica aos delitos cometidos mediante violência ou grave ameaça a pessoa.*

4. A teor da Súmula 582/STJ, tem-se a consumação do crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada.

5. Agravo regimental provido para conhecer do agravo em recurso especial, mas lhe negar provimento.”

Afasta-se, desde logo, a tese defensiva, de que os autores não teriam realizado disparo de arma de fogo ou exercido grave ameaça contra as cinco vítimas, e que somente um dos pneus do automóvel Toyota/Corolla que conduziam teria estourado, produzindo um barulho que assustou as vítimas, que teriam então voluntariamente parado o carro e fugido para o matagal próximo, aproveitando-se os réus para furtar o veículo.

A tese contraria os depoimentos das cinco vítimas, que afirmaram que os autores teriam não só utilizado as armas de fogo que portavam para ameaçá-los, mas também realizado um disparo, para o alto, com escopo de potencializar a ameaça.

De fato, relatam as vítimas que tiveram contato direto com o autores, que chegaram a revistá-los ao saírem do carro, ordenando então que corressem para o mato:

“Um dos ocupantes revistou a todos, e em seguida mandaram que todos entrassem no mato. Todos entraram no mato sem olhar para trás. Os autores ligaram a caminhonete e seguiram sentido Socorro.” – Raphael Luis Cocco, id. 20807093, fls. 11.

Observe-se, também, que o exame pericial realizado sobre o veículo Toyota/Corolla, placa de identificação FTC-5134, revelou que “seus pneumáticos encontravam-se em bom estado de conservação para o uso” (id. 21114055, fls. 3), ou seja, não houve estouro do pneu do carro, como afirmado pela defesa.

Além disso, percebe-se que tanto o local onde foi incendiado o Corolla branco e libertado Bruno Vaitiekunas quanto aquele em que foi subtraída a Ford/Ranger se localizam no quilômetro 201 da SP-79, ou seja, os réus praticamente não transitaram na rodovia até o momento da subtração, o que também indica que esta foi intencional e deliberada.

Após a subtração da Ford/Ranger, os réus continuaram sua fuga, seguindo pela SP-79, sentido Piedade/SP.

Os depoimentos dos policiais envolvidos nos fatos indicam que os PRFs, após o confronto armado com os autores, teriam notificado a Polícia Militar da fuga e dos detalhes da ocorrência.

Assim, a Polícia Militar acionou diversos policiais, além de um helicóptero, para localizar e prender os réus. Algumas dessas viaturas passaram pelo local em que ocorrera, há pouco, a subtração da Ford/Ranger, fazendo contato com as vítimas e tomando ciência, assim, que os fugitivos haviam mudado de veículo.

O helicóptero, que era tripulado pelos policiais militares João Paulo Oliveira, piloto, Ricardo Camargo e Luciano Vieira Ramos, localizou a caminhonete na altura do município de Tapiraí/SP, passando então a acompanhá-la. A perseguição seguiu também por terra, com uma viatura da PM, placa de identificação EEF-9619, ocupada pelos policiais Uelton Rodrigues, Márcio Ferreira e Thiago Soares (id. 20807091, fls. 19-41 e 20807093).

Ressalte-se que, segundo depoimento dos policiais, o acompanhamento era feito à distância, em razão de estarem os autores armados com fuzis, o que reforça o argumento, supracitado, de que o emprego de armas longas tinha por escopo obter vantagem tática contra as forças policiais. Em tempo:

“No momento que eles trombaram no contrafluxo, eles *iniciaram o acompanhamento à distância, porque sabiam que eles estavam com fuzil*” – Benedito Donizete Ribeiro de Castro e Ramos, id. 23912859.

“Que eram armas longas, possivelmente fuzis. Desconhecimento do calibre, ou 762 ou 556. (Quando recebem essa informação já recebem orientação para manterem certa distância ou não?) *Quando recebemos essa informação nós atuamos conforme o procedimento pela utilização de fuzil. Nós temos uma velocidade mínima, distanciamento.*” – Luciano Vieira Ramos, id. 23912859.

Durante a perseguição, a Polícia Militar montou um bloqueio na rodovia SP-79, próximo ao município de Piedade/SP, do qual participavam os policiais militares Benedito Donizete Ribeiro de Castro e Ramos e Pedro Rodrigues de Abreu Junior.

Ao avistarem o bloqueio, os réus, ainda a bordo da Ford/Ranger, deram meia-volta, retornando na rodovia. Isso os colocou de frente com a viatura policial e com o helicóptero que os perseguia.

Todos os depoimentos de policiais presentes nesse momento, colhidos durante o inquérito policial e a instrução processual, narram os fatos de modo semelhante e sem contradições.

Afirmam os policiais que, ao retornarem na rodovia, os réus teriam aberto as janelas traseiras de ambos os lados da caminhonete, colocado dois fuzis para fora do carro, um de cada lado, e efetuado diversos disparos contra o helicóptero da Polícia Militar e a viatura que os perseguia.

Com efeito, os integrantes do helicóptero relatam ter visto o momento em que as janelas do automóvel foram abertas, e os tiros disparados em direção à aeronave, o que teria forçado o piloto, inclusive, a realizar diversas manobras evasivas, com escopo de evitar ser atingido. Em tempo:

“Próximo a Piedade/SP, na estrada mesmo, o policiamento terrestre fez um bloqueio, para evitar que o veículo ultrapassasse, continuasse o deslocamento. Nisso eles retornaram sentido novamente Tapiraí/SP. Foi aí que houve a troca de tiros que consta nos autos. *Os indivíduos começaram a disparar contra a aeronave que eu estava pilotando e contra a viatura em solo.* Isso perdurou um certo tempo, eles continuaram até um posto antes de Tapiraí/SP, salvo engano chamado Neblina, não lembro exatamente, e foi quando eles saíram do veículo e entraram no posto e ali ficaram contidos.” – João Paulo da Silva Oliveira – id. 23912859.

“*Eles colocaram o cano do fuzil para fora e começaram a efetuar disparo. Contra a aeronave. Pelo menos na minha visão eu vi os dois canos de fuzil para a aeronave. Mas depois eu também fiquei sabendo que eles deram tiros contra a viatura que estava em solo.* Efetuamos disparos e fizemos manobras evasivas a fim de não sermos atingidos pelos disparos deles.” – Luciano Vieira Ramos – id. 23912859.

“*O declarante informa que, na ocasião da manobra de retorno, os indiciados efetuaram vários disparos de arma de fogo contra o helicóptero ‘Águia’, que estava no ar em apoio.*” – Thiago Alessandro Soares, id. 20807091, fls. 30.

Os réus realizaram disparos, ainda, contra os policiais militares que ocupavam a viatura que os perseguia em terra, como afirmado pelas vítimas e testemunhas:

“Nesta ocasião, o declarante narra que os indiciados iniciaram os disparos de arma de fogo contra sua guarnição (...), de maneira que revidaram à ação, também efetuando disparos de suas armas de fogo. (...) No mais, o declarante informa que, em virtude da troca de tiros entre a guarnição e os indiciados, restou danificada a viatura n. I40307, placa EEF9619, atingida por diversos disparos de arma de fogo (...).” – Thiago Alessandro Soares, id. 20807091, fls. 30.

“Sim, eu ouvi muitos disparos, até porque o Tenente e o Águia revidaram. O primeiro embate foi ali, com a Força [viatura do Comando] que de cara a gente achou que fossem tiros em direção da gente, mas não, o foco deles era o Comando de Força.” – Benedito Donizete Ribeiro de Castro e Campos, id. 23912859.

Destaque-se que os réus empregaram violência extrema, assumindo o risco de matar os policiais militares que eram alvo de seus disparos, com escopo de garantir a subtração da Ford/Ranger e, assim, dar continuidade à sua tentativa de fuga, o que efetivamente ocorreu, uma vez que, obrigados a se abrigar dos tiros, os policiais da viatura que os perseguia não conseguiram impedir que os réus fugissem.

Aplica-se, nesse ponto, todo o raciocínio já exposto, no tópico anterior, acerca do dolo eventual que revestiu a conduta dos autores, extraído do emprego de armas longas na ação criminosa, de coletes balísticos, e da forma da qual se deu o ataque aos policiais, que foram alvos indiscriminados de disparos de armas longas.

A viatura que era ocupada pelos policiais militares Uelton Rodrigues, Márcio Ferreira e Thiago Soares, um Volkswagen/Spacefox, placa de identificação EEF-9619, foi submetida a exame pericial, consignando-se a presença dos “seguintes danos de aspecto recente” (id. 21113478, fls. 4):

- Orifício em seu flanco anterior esquerdo, sendo relativo à entrada de projétil de arma de fogo;
- Abaulamento em sua porta dianteira direita, provocado pelo embate de projétil de arma de fogo;
- Cinco orifícios em seu para-brisa, terço direito, sendo relativos a saídas de projéteis de arma de fogo, bem como fraturas;
- Três orifícios em seu flanco posterior direito, sendo relativos a entradas de projéteis de arma de fogo;
- Fratura dos vidros das portas dianteira e traseira direitas;
- Solução de continuidade no cinto de segurança dianteiro direito e em sua coluna de inserção;
- Três regiões com atritamentos ou vestígios de embate de projéteis de arma de fogo em seu flanco posterior direito (borracha de vedação);
- Estilhaços de vidro no interior do veículo;
- Um orifício em sua porta dianteira direita, sendo relativo à entrada de projétil de arma de fogo;
- Fragmentos de revestimento de projéteis no interior do veículo, sendo um coletado que acompanha o presente laudo;

- Fratura da fechadura de sua porta dianteira direita;
- Fratura da calha de chuva da porta dianteira direita;
- Dois orifícios localizados em seu terço superior, sendo um no terço posterior esquerdo e um no anterior direito, ambos ocasionados por projéteis de arma de fogo;
- Orifício localizado na região central de seu painel;
- Fratura no terço central de seu para-brisa;
- Fratura no terço central de seu console;
- Vazamento de água visualizado no terço anterior do veículo, ocasionado por provável fratura de seu radiador;

Conclui-se, do laudo, que foram diversos os disparos que atingiram a viatura policial, registrados nas fotografias que foram acostadas ao documento, retratando os tiros, inclusive muitos deles no para-brisas dianteiro do automóvel, colocando em gravíssimo risco os policiais (id. 21113478, fls. 21-30).

Não existem dados que suportem a afirmação da defesa de que os policiais militares teriam, gratuitamente, disparado contra os réus em fuga.

Todos os policiais militares ouvidos no curso das apurações, no inquérito policial e durante a instrução processual, afirmaram, de maneira uniforme, que os réus teriam, após retornarem na rodovia SP-79 para evitar o bloqueio policial, disparado diversos tiros de fuzil contra o helicóptero da Polícia Militar, bem como contra os policiais em terra, que os perseguiram.

Observe-se que a defesa de alguns dos réus afirma não só que a Polícia Militar teria atirado primeiro, mas que os acusados sequer teriam disparado em resposta (*v.g.* id. 27200060, fls. 10), fundamentando sua assertiva na palavra dos réus, e no exame residuográfico realizado sobre todos, à exceção de Isaías Gale, que se recusou a fazê-lo, cujo resultado foi negativo para vestígios de pólvora (ids. 21114060, 21114062, 21114072, 21114076, 21114087).

Deve ser observado, entretanto, que o próprio laudo pericial lavrado ressalva, em seu corpo, a não definitividade dos resultados, consignando-se que “deve-se deixar aqui consignado que o exame residuográfico microquímico metálico, por si só, não pode ser considerado como uma prova técnica contundente, única e definitiva para se estabelecer a correlação existente ou não entre o vestígio detectado e o fato questionado.” (id. 21114062).

O Ministério Público Federal aponta, ainda, em suas alegações finais, que por ocasião de sua prisão em flagrante delito os réus foram mantidos, por quase em uma hora, em uma sala com banheiro, onde era possível lavar as mãos (id. 25993880, fls. 67).

Não se pode ignorar, ainda, que os exames residuográficos realizados sobre os policiais militares Márcio Rogério Ferreira, Luciano Vieira Ramos, Uelton Rodrigues dos Santos, Thiago Alessandro Soares e Ricardo Camargo, que confessadamente dispararam suas armas de fogo em resposta aos tiros efetuados pelos réus, *também tiveram resultados negativos* (id. 21114058, 21114063, 21114074, 21114080).

Além disso, foram apreendidos diversos estojos de munições de fuzil, calibre .556, deflagrados, no interior da Ford/Ranger subtraída (id. 21113478, fls. 19). O calibre é compatível com os 3 (três) fuzis encontrados em poder dos réus, e reforça a tese de que eles teriam disparado contra a Polícia.

Essa conduta se coloca em harmonia com aquela observada no primeiro conjunto de fatos, quando alguns dos réus abriram fogo contra policiais rodoviários federais que chegaram ao local da subtração do caminhão, sem que fosse dada a eles chance de defesa.

O que se nota é que os militares *reagiram* aos tiros disparados pelos autores em sua direção, o que caracteriza cenário de legítima defesa. Tentar equacionar a conduta daquele que atira sem provocação, e aquele que atira em reação à injusta agressão, é ato normativo e axiologicamente impróprio, e deve ser rejeitado.

Conclui-se, assim, que 6 (seis) policiais militares, quais sejam, Uelton Rodrigues dos Santos, Thiago Alessandro Soares, Márcio Rogério Ferreira, que estavam na viatura em terra, e João Paulo da Silva Oliveira, Luciano Vieira Ramos e Ricardo Camargo, que tripulavam a aeronave, foram alvo de disparos de fuzil, feitos com dolo direto ou eventual de matá-los, pelos réus.

A esse fato se soma a subtração do veículo Ford/Ranger e dos pertences individuais de Aquilino Rodrigues Hernandez Junior, Fábio Salim Maluf, Raphael Luis Cocco, Paulo Sérgio Sabino da Silva e Carlos Alberto Ghiraldi, sendo certo que os disparos foram realizados com escopo de garantir a posse do bens móveis e a fuga dos autores.

A resultante dessas premissas é a existência, comprovada, de 6 (seis) crimes de latrocínio, em sua modalidade tentada.

No que tange o concurso de crimes, aqui também se faz presente na modalidade formal (CP, art. 70), uma vez que os resultados observados derivam, todos eles, de uma única conduta dos réus.

Vislumbra-se, entretanto, desígnios autônomos entre os crimes praticados contra os policiais militares que tripulavam o helicóptero, e contra os que ocupavam a viatura que perseguiu os réus em terra.

Perceba-se que os veículos policiais representavam obstáculos distintos à garantia da subtração da Ford/Ranger e à fuga dos réus, havendo, assim, intenções autônomas para eliminá-los com os disparos.

2.1.2.2. Da Autoria.

A autoria restou plenamente demonstrada para os 6 (seis) réus.

Não existem controvérsias reais sobre a identidade dos ocupantes da Ford/Ranger. A presença de Anderson Luiz da Silva, Cícero José Maciel, Davi Ramos, Domingos Mesquita de Carvalho, Isaías Gale e Samuel Ricardo Lourenço no momento da subtração do veículo, e na posterior perseguição pela Polícia Militar, não é disputada pela defesa.

O que se controverte é, ao contrário, a conduta dos réus nos eventos descritos, tema que já foi tratado no tópico referente à materialidade delitiva.

Importante observar que após a troca de tiros com os policiais militares, os autores conseguiram dar continuidade à sua fuga, acabando por invadir um posto de gasolina localizado à beira da rodovia 79-SP, fazendo ali 4 (quatro) reféns, fatos que serão objeto do próximo tópico.

Nesse passo, todos os reféns reconheceram, em sede policial, os réus como sendo os autores que, armados e vestidos com coletes balísticos, invadiram o posto de gasolina e os mantiveram em cárcere (id. 20807098, fls. 16).

Cabe frisar, ainda, que os autores foram perseguidos continuamente desde o momento em que realizaram os disparos de fuzil contra os policiais militares, até o momento de sua rendição, no posto de gasolina, e sua subsequente prisão em flagrante delito. Assim, não há possibilidade fática de que os ocupantes da Ford/Ranger, de onde saíram os tiros contra os policiais, fossem outros senão os réus.

2.1.3. Do Concurso de Crimes.

Há concurso de crimes quando o agente pratica, mediante uma ou várias condutas, duas ou mais infrações penais.

O Código Penal positiva a existência de duas espécies de concursos de crime, o material (CP, art. 69) e o formal (CP, art. 70).

No concurso material, o agente, mediante *duas ou mais ações ou omissões*, pratica dois ou mais crimes, ou seja, no concurso material há pluralidade de condutas adotadas pelo agente, com dolos individualizados para cada uma delas. Nesse caso, as penas cominadas aos crimes praticados são aplicadas cumulativamente, somando-se.

O concurso formal se divide em duas espécies: próprio e impróprio.

No concurso formal próprio o agente, mediante uma só ação, pratica mais de um crime. Nesse caso, há uma única conduta, revestida de um único dolo, que produz mais de um crime como resultado. Nesse caso, aplica-se a pena mais grave dentre as cabíveis, aumentada, em qualquer caso, de um sexto até a metade.

O concurso formal impróprio, por sua vez, ocorrerá quando, mediante uma só conduta, o autor dá causa a vários resultados típicos, idênticos ou não, mas *age com autonomia de desígnios, vontade de praticar cada um dos diferentes crimes*. Nesse caso, a pena dos crimes será aplicada somando-se as penas individualizadas para cada um dos delitos, como na regra do concurso material.

Destaque-se que o conceito de conduta, para fins penais, não se limita a atos isolados, como o puxar de um gatilho, devendo ser analisado sob uma ótica finalista, ou seja, fazem parte da mesma conduta todos os atos que se colocam dentro de um mesmo contexto e uma mesma finalidade, desde que não haja ruptura temporal entre eles.

No caso em tela, restou demonstrado que os réus praticaram 9 (nove) crimes de latrocínio, em sua modalidade tentada. Esses crimes derivam de 2 (*duas*) condutas, autônomas entre si.

A primeira conduta teve, como vítimas, os policiais rodoviários federais, e produziu 3 (três) crimes de latrocínio tentado. Presente uma só conduta, e sem que se possa falar em desígnios autônomos, esses 3 (três) crimes foram praticados em concurso formal próprio.

A segunda conduta teve, como vítimas, os policiais militares, e produziu 6 (seis) crimes de latrocínio tentado. Perceba-se que, aqui, os crimes também foram praticados mediante uma única conduta. Entretanto, vislumbra-se desígnios autônomos entre os tiros que foram disparados em direção ao helicóptero da Polícia Militar, e os tiros que foram disparados contra a viatura policial que perseguia os autores em terra.

Assim, na segunda conduta foram praticados 6 (seis) crimes, para os quais vislumbram-se desígnios autônomos que os dividem em 3 (três) crimes praticados contra os policiais do helicóptero, e 3 (três) crimes praticados contra os policiais da viatura terrestre. Há, pois, concurso formal impróprio entre os 2 (dois) grupos de 3 (três) crimes praticados contra os militares.

Finalmente, incide sobre os fatos, também, a figura da continuidade delitiva (CP, art. 71).

A continuidade delitiva é benefício de política criminal, positivado pelo Código Penal, e tem por escopo amenizar a punição daquele que pratica crimes da mesma espécie, em condições de tempo, lugar e maneira de execução semelhantes.

Nesse caso, afasta-se a regra de soma autônoma das penas, prevista para o concurso material e para o concurso formal impróprio, aplicando-se apenas a pena do crime mais grave praticado, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços (CP, art. 71).

O Código faz a ressalva, ainda, de que “nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.”.

No caso em tela, percebe-se estarem presentes os pressupostos objetivos e subjetivos da continuidade delitiva.

Com efeito, todos os crimes foram praticados pelos mesmos autores, em rodovias próximas umas às outras, dentro de curto intervalo de tempo, e com modo de execução idêntico, qual seja, subtração de veículos com grave ameaça, e disparos de fuzil feitos contra policiais, do interior de veículos que eram usados para fuga.

Assim, deve ser aplicado o benefício da continuidade delitiva aos autores, por ocasião da dosimetria da pena.

2.2. Do Cárcere Privado (CP, art. 148, caput).

2.2.1. Da Materialidade Delitiva.

A materialidade delitiva foi demonstrada, com grau de certeza, pela acusação no curso do processo.

Dos depoimentos prestados durante o inquérito policial e produzidos durante a instrução criminal extrai-se que, após trocarem tiros com os policiais militares os réus continuaram sua fuga, invadindo o posto de gasolina “Refúgio da Neblina”, localizado na rodovia SP-79, quilômetro 139, sentido Sorocaba.

No local há um restaurante no qual os autores, que ainda portavam suas pistolas e fuzis e vestiam os coletes balísticos, fizeram reféns as 6 (seis) pessoas que estavam no local naquele momento.

Nesse passo, 2 (dois) reféns foram libertados após curto período de tempo, restando em cárcere apenas Danilo Salvetti Nogueira Ramos, Valdete Dias de Moraes, Tassiana Pereira Alves dos Santos e Mariana Ortis de Moraes.

Destacam-se algumas das declarações colhidas das vítimas:

“Por volta do meio-dia o declarante ouviu a princípio um forte ruído de um helicóptero voando baixo, e devido à intensidade do som acreditou que a aeronave estava caindo; imediatamente começou a ouvir sons de tiros, o que fez com que todos os presentes saíssem de onde estavam e se postassem mais para o fundo do restaurante, próximo ao depósito, e *cerca de um minuto depois, muito rápido, notaram a entrada intempestiva de seis indivíduos, todos fortemente armados, sendo que três estavam usando coletes balísticos de cor verde (...)*” – Danilo Salvetti Nogueira Ramos, id. 20807091, fls. 16.e

“Que estava trabalhando normalmente na cozinha do estabelecimento, por volta de meio-dia, quando ouviu a princípio alguns sons que acreditou serem estouros de bombas juninas, mas logo em seguida viu seu patrão Danilo correr, dizendo que era um helicóptero sobrevoando o local, e que estava ocorrendo um tiroteio, fazendo com que a declarante saísse da cozinha e se dirigisse, com todos os outros presentes – funcionários e clientes – para os fundos, próximo ao depósito do restaurante. Que *notou em seguida a presença de seis indivíduos desconhecidos, todos armados e usando coletes, e estes pediam calma a todos, dizendo que ninguém iria se machucar.*” – Valdete Dias de Moraes, id. 20807091, fls. 24.

“Que tinha acabado de chegar ao trabalho, por volta de meio-dia, quando ao descer de sua motocicleta, ainda no estacionamento, ouviu barulho de tiros, entrou correndo no restaurante, ao mesmo tempo em que *notou um grupo de seis indivíduos, que também adentraram o restaurante, e ao colocar seu capacete sobre a mesa, foi levada por um deles até a cozinha do estabelecimento. Esses indivíduos estavam todos armados, e pediam calma a todos, dizendo eu ninguém iria se machucar (...)*” – Tassiana Pereira Alves dos Santos, id.. 20807091, fls. 28.

“Que por volta do meio-dia, ao descer de sua motocicleta, ainda no estacionamento, viu um helicóptero, e em seguida ouviu o barulho de tiros, e depois viu várias pessoas correndo, entrou correndo no banheiro do restaurante, que fica do lado de fora, e enquanto estava trancada pensou que poderia ser atingida por tiros, decidindo sair do banheiro e bater na porta dos fundos do restaurante. Depois de bater na porta, ela foi aberta pela cozinheira Valdete, *notando ao entrar a presença de um grupo de seis indivíduos, todos armados, usando coletes, sendo levada por um deles até a cozinha do estabelecimento, onde já estavam os demais funcionários e clientes.*” – Mariana Ortis de Moraes, id. 20807091, fls. 34.

Os reféns foram mantidos em cárcere no interior do restaurante por cerca de 3 (três) horas, durante as quais os réus negociaram sua rendição com os policiais militares.

Não há relato de ameaças, agressões ou maus-tratos durante o tempo em que as vítimas foram mantidas em cárcere. Ao contrário, todas relatam que os réus frisaram, por diversas vezes, que ninguém se machucaria, e que sua única intenção era saírem vivos do local.

Daí não se extrai, entretanto, a descaracterização do tipo penal de cárcere privado, como pretendem as defesas dos autores.

O tipo previsto no Código Penal, artigo 148, incrimina a conduta de “privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado”. Para a forma básica do tipo não é necessário que exista violência física, lesões, maus-tratos ou mesmo grosseria, bastando que a conduta do agente se oriente à privação da liberdade vítima, à revelia da vontade desta.

No caso concreto, essa ação se faz presente de forma clara, ainda que não necessariamente explícita. As vítimas relatam terem sido arrebanhadas pelos réus e mantidas na cozinha do estabelecimento comercial por toda a duração do episódio, até a rendição dos agentes à Polícia Militar.

Não é indispensável que haja uma declaração formal de encarceramento pelo agente que pratica o crime de cárcere privado, bastando que se possa extrair de sua conduta, de forma inequívoca, a intenção e a capacidade de restringir a liberdade da vítima.

Lembre-se que se trata de 6 (seis) agentes, todos com armas de fogo, algumas do tipo fuzil, utilizando coletes balísticos, que invadiram subitamente um estabelecimento comercial, após um confronto armado com policiais. É evidente que, nessa situação, são absolutamente desnecessárias palavras de ordem àqueles que são feitos reféns, que entendem, sem dificuldades, a natureza criminosa da situação.

Inverossímil a alegação da defesa de que os autores não teriam forçado as vítimas a permanecerem no local, e que elas poderiam ter saído dali a qualquer momento durante o período de negociação com a Polícia Militar, permanecendo no restaurante voluntariamente.

Ninguém permaneceria, voluntariamente, à mercê de 6 (seis) indivíduos armados, fugitivos da polícia, logo após um confronto armado.

Não convence, também, o argumento de que as vítimas teriam permanecido no interior do restaurante por estarem com medo de saírem e serem alvejadas pela Polícia Militar. A assertiva revela uma inversão de papéis na equação do combate à criminalidade, e se coloca

diretamente contrária à lógica do caso concreto, uma vez que 2 (dois) indivíduos, um idoso e uma criança, foram libertados pelos autores logo se iniciou a ação criminosa, saindo do local sem que fossem baleados pela Polícia.

A manutenção dos reféns foi testemunhada, também, pelos policiais militares que perseguiam os autores e, ao notar a invasão do restaurante, o cercaram.

“Sim, eu fiquei até o final, até a rendição e liberação de todos os reféns. *Durou quase a tarde inteira, várias horas, foi só no final da tarde que eles se renderam.* Eles tinham várias exigências: mídia, eles só ficaram tranquilos quando assistiram na TV que estava sendo gravado; a presença dos advogados, que sem a presença deles eles não iriam se render.” – Benedito Donizete Ribeiro de Castro e Campos, id. 23912859.

“(…) após verificar que nenhum membro de sua equipe policial e nem o declarante foram atingidos pelos disparos efetuados pelos indiciados, rumaram em sua perseguição, de forma que *os avistaram adentrando em um posto de gasolina, denominado ‘Refúgio da Neblina’ e que, naquele estabelecimento comercial, os indiciados fizeram os funcionários ali presentes como reféns.* O declarante alega que, naquele momento, a guarnição isolou o local e estabeleceu contato com um dos indiciados, Isaías, o qual após uma negociação, libertou dois dos reféns. Narra ainda o declarante que a equipe do GATE aportou no local e, então se iniciou uma nova negociação com os indiciados, sendo que fora solicitada por eles a presença de seus advogados, sob a condição de que os reféns fossem libertados e eles se entregassem às autoridades. Diante disto, o declarante relata que os advogados compareceram ao referido posto de combustível e, somente então, houve a libertação dos reféns por partes dos indiciados e feita sua rendição (...).” – Uelton Rodrigues dos Santos, id. 20807091, fls. 20.

O que se percebe é que os réus utilizaram as vítimas, mantidas em cárcere, como instrumento de barganha no atendimento às suas exigências, empregando-os como um escudo que impedia que a Polícia invadisse o restaurante e os prendesse, até que suas condições fossem atendidas. Daí se extrai a presença inequívoca do dolo, ou seja, a vontade consciência e voluntária de praticar o tipo objetivo de cárcere privado (CP, art. 148).

A manutenção dos reféns em cárcere serviu também para dar tempo aos réus para que fizessem ligações telefônicas a conhecidos, instruindo-os a esconder valores pecuniários ilícitos, destruir documentos, ou mesmo justificando o fracasso da empreitada criminosa, dando garantias de ressarcimento do valor das armas a terceiros.

No total, as vítimas foram mantidas em cárcere por aproximadamente 3 (três) horas.

Assim, restou plenamente caracterizada a materialidade delitiva de 4 (quatro) crimes de cárcere privado, praticados em concurso formal, uma vez que derivaram de uma só conduta, sem que se possa falar em desígnios autônomos.

2.2.2. Da Autoria.

A autoria está igualmente demonstrada.

Observe-se que aqui também não existe controvérsia quanto à autoria. Os réus não negam que foram eles que invadiram o restaurante “Refúgio da Neblina”, e que permaneceram no local durante algumas horas, em companhia de Danilo Salvetti Nogueira Ramos, Valdete Dias de Moraes, Tassiana Pereira Alves dos Santos e Mariana Ortis de Moraes.

O que os réus controvertem é a materialidade delitiva, afirmando a ausência de dolo e, por consequência, da própria conduta criminosa. Não obstante, as teses defensivas já foram analisadas no tópico anterior, concluindo-se, pela existência de materialidade delitiva.

Destaque-se, finalmente, que Anderson Luiz da Silva, Cícero José Maciel, Davi Ramos, Domingos Mesquita de Carvalho, Isaías Gale e Samuel Ricardo Lourenço foram expressamente reconhecidos, em sede policial, pelas vítimas, como sendo os autores que, armados e vestidos com coletes balísticos, invadiram o posto de gasolina e os mantiveram em cárcere (id. 20807098, fls. 16).

2.3. *Do Tráfego em Velocidade Incompatível Com as Condições de Segurança (L9503, art. 311).*

2.3.1. *Da Materialidade Delitiva.*

Não se faz presente a materialidade delitiva.

De fato, foram trazidas aos autos diversas declarações de policiais militares que descrevem como o veículo que era ocupado pelos réus era conduzido, na rodovia, de forma irresponsável e perigosa aos demais usuários. Em tempo:

“Quando eles viram as viaturas da PM eles começaram a empreender fuga, aí eles *começaram a se deslocar rapidamente, fazendo ultrapassagens em locais proibidos, em curvas, em alta velocidade, estavam totalmente imprudentes na rodovia.*” – Luciano Vieira Ramos, id. 23912859.

“Nesse momento que eles visualizaram a viatura eles começaram a empreender uma velocidade muito acima da via, para o local ali, então eles *começaram a efetuar manobras perigosas, ultrapassar em local proibido, curvas que eram para direita eles ultrapassaram pela esquerda, em certo momento eles quase colidiram com veículos que vinham no sentido contrário, e em uma velocidade altíssima (...)*” – João Paulo da Silva Oliveira, id. 23912859.

“Embora a gente tenha se deslocado um pouco atrás, *eles agiram de maneira totalmente imprudente na rodovia*, desde a hora que eles estavam subindo, até o momento que eles estavam retornando.” – Pedro Rodrigues de Abreu Junior, id. 23912859.

Entretanto, deve ser observado que o tipo penal previsto no Código Penal, art. 311, imputado aos réus, é integrado por elementos normativos, ou seja, elementos que requerem do intérprete uma valoração.

Assim, a norma só pune aquele que trafega com seu veículo em velocidade incompatível com a segurança “nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros, *logradouros estreitos*, ou onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas, gerando perigo de dano”.

A denúncia pretende imputar aos réus a prática do referido crime, afirmando que a condução imprudente e perigosa teria ocorrido em via “estreita e sinuosa”, referindo-se à rodovia SP-79, por onde transitavam (id. 21038273, fls. 14).

Não obstante, não há que se confundir os conceitos de “rodovia estreita” e “logradouro estreito”, elemento normativo do tipo. A própria L9503/97, Código de Trânsito Brasileiro, em seu art. 2º, lista as “vias terrestres urbanas e rurais”, diferenciando os conceitos:

Art. 2º São vias terrestres urbanas e rurais as ruas, as avenidas, os *logradouros*, os caminhos, as passagens, as estradas e as *rodovias*, que terão seu uso regulamentado pelo órgão ou entidade com circunscrição sobre elas, de acordo com as peculiaridades locais e as circunstâncias especiais.

Parágrafo único. Para os efeitos deste Código, são consideradas vias terrestres as praias abertas

à circulação pública, as vias internas pertencentes aos condomínios constituídos por unidades autônomas e as vias e áreas de estacionamento de estabelecimentos privados de uso coletivo.

O Anexo I da L9503, “Dos Conceitos e Definições”, distingue, derradeiramente, os conceitos de logradouro e rodovia:

Para efeito deste Código adotam-se as seguintes definições:

(...)

LOGRADOURO PÚBLICO - espaço livre destinado pela municipalidade à circulação, parada ou estacionamento de veículos, ou à circulação de pedestres, tais como calçada, parques, áreas de lazer, calçadões.

(...)

RODOVIA - via rural pavimentada.

Destarte, considerando a interpretação restritiva e literal que deve ser dada aos elementos do tipo penal, não é cabível a extensão do elemento normativo do tipo “logradouro”, presente no tipo penal previsto no CTB, art. 311, para abarcar também o conceito de “rodovia”.

A acusação não demonstrou a existência de nenhuma das demais circunstâncias presentes no tipo, não se tendo notícia de que os réus tenham trafegado em velocidade incompatível com a segurança viária nas proximidades de quaisquer dos lugares citados na norma.

Dessa forma, a absolvição é imperativa para o crime previsto no CTB, art. 311.

Ausente a materialidade delitiva, resta prejudicada a análise da autoria.

2.4. Do Porte de Arma de Fogo de Uso Restrito (L10826, art. 16).

2.4.1. Da Materialidade Delitiva.

Está presente a materialidade delitiva para o crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito.

Com efeito, foram apreendidas pela Polícia Militar, ao fim da ação criminosa, quando já realizadas as prisões em flagrante delito, 03 (três) armas de fogo do tipo fuzil, calibre .556, além de diversos carregadores para fuzil e munições do mesmo calibre.

As apreensões foram consignadas em auto lavrado pela Polícia Civil do Estado de São Paulo, em que constam (id. 20807093, fls. 25):

- Um fuzil calibre .556, sem marca aparente, com 318 (trezentos e dezoito) munições íntegras;

- Um fuzil calibre .556, marca Windham, número de série LC932524, equipado com luneta e onze carregadores;

- Um fuzil calibre .556, marca Colt, número de série SNCHT776657, com luneta e lanterna acoplados.

Além disso, foram apreendidas duas pistolas (id. 20807093, fls. 26):

- Uma pistola calibre .380, marca Glock, com 2 (dois) carregadores e 27 (vinte e sete) munições íntegras;

- Uma pistola calibre 9mm, marca Glock, com 1 (um) carregador e 1 (uma) munição íntegra.

Foi apreendida ainda uma terceira pistola Glock, carbonizada, no interior do automóvel Toyota/Corolla de cor branca (id. 20807098, fls. 9).

As armas de fogo foram submetidas a exame pericial, que constatou que todas, à exceção do artefato carbonizado, tinham plenas condições de operabilidade e funcionamento, sendo capazes de disparar projéteis (id. 21114092, fls. 8 e ss.).

A mesma conclusão pericial foi traçada quanto às munições apreendidas, apresentando-se, todas elas, com plenas condições de funcionamento (id. 21114092, fls. 12).

Observe-se que fuzis calibre .556 são, de acordo com a Portaria 1.222/19, editada pelo Exército Brasileiro, armas de uso restrito, não havendo sequer possibilidade de emissão, para o cidadão comum, de licença ou autorização legal para seu uso ou porte.

Cabe tecer comentários, ainda, sobre a possível aplicação do princípio da consunção entre as condutas dos autores, invocada pelas defesas de todos os réus, que afirmam que o crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito teria sido absorvido pelo crime de roubo circunstanciado.

Não há que se falar em consunção no caso concreto.

O princípio da consunção se aplica quando uma conduta, que pode ser considerada autonomamente criminosa, se coloca como meio necessário à prática de outra conduta, também criminosa, que a engloba.

Nesses casos, considera-se que a lesividade da conduta-meio resta inteiramente absorvida pela conduta-fim praticada, cujo desvalor já é punido considerando aquela.

De fato, o crime de porte de arma de fogo de uso restrito pode ser visto, em alguns casos, como meio para a prática de crime de latrocínio tentado, sendo absorvido por este.

Doutrina e jurisprudência entendem, entretanto, que a absorção fica subordinada à demonstração de que o uso da arma de fogo se resumiu, estritamente, ao crime-fim praticado, não havendo extensão da potencialidade lesiva da conduta de porte de arma de fogo para além daquelas fronteiras. Em tempo:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. HOMICÍDIO E PORTE DE ARMA DE FOGO. CONSUNÇÃO. RECONHECIMENTO. INVIABILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Esta Corte Superior de Justiça é firme na compreensão de que o crime de homicídio absorve o de porte ilegal de arma de fogo *quando as duas condutas delituosas guardem, entre si, uma relação de meio e fim estreitamente vinculadas*. STJ, HC 42153. 6ª Turma. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. DJe 22.09.2008.

No caso em tela percebe-se que as armas de fogo de uso restrito foram empregadas em diversos crimes de latrocínio praticados em sucessão, além de crimes de cárcere privado, praticados contra vítimas distintas.

Nesse sentido, destaca-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E USO DE ACESSÓRIO RESTRITO (COLETE BALÍSTICO). ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA (ART. 288, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL). ALEGAÇÃO DE ABSORÇÃO DOS DELITOS PREVISTOS NO ESTATUTO DO DESARMAMENTO PELO CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONTEXTOS FÁTICOS DISTINTOS. PREMISSA ASSENTADA PELA CORTE ORIGINÁRIA. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

(...)

III - Não há se falar em *bis in idem*, ante a imputação concomitante da majorante do emprego de arma no roubo (art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal) e o delito de porte ilegal de arma de fogo (art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 10.826/2003), pois o acórdão recorrido assentou que os crimes foram autônomos, cometidos em momentos distintos, sem nexo de dependência ou subordinação.

IV - Além disso, na hipótese em análise, não se aplica o princípio da consunção, de forma que a conduta de portar ilegalmente arma de fogo não pode ser absorvida pelo crime de roubo, na medida em que se tratam de crimes autônomos e independentes, cujos objetos jurídicos são distintos - quanto ao crime de roubo: o patrimônio, a integridade jurídica e a liberdade do indivíduo e, em relação ao crime de porte ilegal de arma de fogo: a segurança pública e a paz social -, com diferenças quanto à natureza jurídica de cada um, sendo o primeiro material, de perigo concreto, e o segundo formal, de perigo abstrato.

V - Ademais, o acolhimento da pretensão posta no writ demanda rever as premissas fáticas delineadas pelo aresto impugnado, circunstância vedada no âmbito do *habeas corpus*, tendo em vista a necessidade de revolvimento do acervo-fático probatório dos autos. *Habeas corpus* não conhecido.

No mesmo sentido, a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO QUALIFICADO PELA LESÃO CORPORAL GRAVE. PORTE OU POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. RESISTÊNCIA. MATERIALIDADES E AUTORIA DELITIVAS DEMONSTRADAS. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DOS ANTECEDENTES. IRRELEVÂNCIA DE DOLO OU CULPA QUANTO À QUALIFICADORA. CRIME PRETERDOLOSO. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENAS-BASE MANTIDAS. ATENUANTES DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO “EX OFFICIO”. PENAS REDUZIDAS. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. RECURSO IMPROVIDO. (...)

2. Materialidades e respectiva autoria delitivas dos delitos de roubo e resistência indubitáveis, já que restou demonstrado pelas provas produzidas em juízo, em especial depoimentos testemunhais, que o réu, juntamente com outros dois agentes, subtraiu, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, bens da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT, bem como de funcionários, usuários e transeuntes que estavam na agência dos Correios e aos arredores, sendo que durante a execução dos roubos foram surpreendidos por policiais militares, razão pela qual, opondo-se ao cumprimento de ordem legal, empreenderam fuga, tendo feito refém uma das vítimas, iniciando-se então a perseguição policial, em cujo decorrer ocorreram troca de tiros, sendo que um deles atingiu a refém, causando-lhe grave lesão corporal.

3. Materialidade e autoria delitiva do delito de porte ou posse ilegal de arma de fogo de numeração suprimida igualmente demonstrada através de laudos periciais e depoimentos testemunhais, demonstrando que o réu portava 1 (uma) espingarda de numeração suprimida no momento do assalto à agência dos Correios e posterior fuga, utilizando-a para alvejar as viaturas policiais. (...)

9. Inaplicável à espécie o princípio da consunção, pois os tipos penais de roubo, posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito e resistência, além de tutelarem bens jurídicos distintos, decorreram de desígnios autônomos. (...)

Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Apelação Criminal 50900/SP. 2ª Turma. Rel. Des. Fed. Antonio Cedenho. DJF3 30.07.2015. Grifei.

Finalmente, destaca-se que a própria jurisprudência colacionada pela defesa, em suas alegações finais, oriunda do egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, faz a mesma afirmação, acerca da inaplicabilidade do princípio da consunção, em casos em que a arma de fogo empregada na subtração foi utilizada para a prática de outros crimes.

PENAL. PROCESSO PENAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. CRIME DE RESISTÊNCIA CONTRA AGENTE DA POLÍCIA FEDERAL. ROUBO. CONSUMAÇÃO. PORTE DE ARMA DE NUMERAÇÃO RASPADA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONFISSÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A imputação do delito de resistência perpetrado contra agentes da Polícia Federal que se encontravam no exercício da respectiva função atrai a competência da Justiça Federal (CR, art. 109, IV).

2. Materialidade e autoria comprovadas pela prova documental e testemunhal.

3. Conforme a jurisprudência dos tribunais superiores, considera-se consumado o crime de roubo no momento em que o agente obtém a posse da res, ainda que não seja mansa e pacífica e que haja perseguição policial, sendo prescindível, ademais, que o objeto do crime saia da esfera de vigilância da vítima.

4. *Incabível a absorção do crime de porte de arma de fogo de numeração raspada pelo crime de roubo, na medida em que a arma não foi usada somente para a consumação do roubo mas também para resistir à prisão. Trata-se, portanto, de conduta autônoma, a obstar, por essa razão, a absorção.*

5. O réu negou que tivesse praticado o crime de roubo com outro indivíduo e que tivesse apontado a arma para os policiais, circunstâncias que restaram provadas pelas declarações dos policiais federais e das vítimas. Não configura a confissão.

6. A conduta do réu de fazer uso da arma de fogo, adquirida informalmente em uma feira que vende produtos objetos de crimes, para subtrair bens e para resistir à prisão se revestiu de intensa gravidade, a revelar sua periculosidade, o que aconselha que continue a responder ao processo preso para a garantia da ordem pública (CPP, art. 312). (APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0008378-47.2010.4.03.6119/SP) – id. 27208353, fls. 5-6.

A despeito da inaplicabilidade do princípio da consunção, a presença de múltiplas armas de fogo de uso restrito não caracteriza crimes autônomos para essa espécie de arma (L10836, art. 16), havendo crime único.

Não é outro o entendimento da jurisprudência superior:

A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido da existência de um delito único quando apreendidas mais de uma arma, munição, acessório ou explosivo em posse do mesmo agente, dentro do mesmo contexto fático, não havendo que se falar em concurso material ou formal entre as condutas, pois se vislumbra uma só lesão de um mesmo bem tutelado (Precedentes). STJ, HC 362157/RJ. 5ª Turma. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. DJE 23.05.2017.

Assim, resta demonstrada a ocorrência de um único crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito.

Finalmente, percebe-se que foram apreendidas, também, armas de fogo do tipo pistola, fato consignado nos já citados auto de apreensão e laudo pericial.

Entretanto, não consta da denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal menção a tais armas que, lembre-se, são de uso permitido. O MPF cita tão somente o porte de armas de fogo de uso restrito.

Importante frisar que o Superior Tribunal de Justiça entende que, havendo porte simultâneo de armas de fogo de uso permitido (L10826, art. 14) e armas de fogo de uso restrito (L10826, art. 16), não há crime único, mas sim concurso formal de crimes. Em tempo:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO E PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. DELITOS DIVERSOS. ART. 14 E 16 DA LEI Nº 10.826/2003. RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO. IMPOSSIBILIDADE. CONCURSO FORMAL CARACTERIZADO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. *“A prática, em um mesmo contexto fático, dos delitos tipificados nos artigos 14 e 16 da Lei n. 10.826/2003, configuram diferentes crimes porque descrevem ações distintas, com lesões à bens jurídicos diversos, devendo ser somados em concurso formal”* (AgRg no REsp 1.588.298/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 12/05/2016).

Agravo regimental a que se nega provimento.

STJ, AgRg no AREsp 1258199. 5ª Turma. Rel. Min. Ribeiro Dantas. DJe 24.08.2018.

Assim, considerando que as referidas armas de fogo, do tipo pistola, não foram referidas na denúncia, elas não serão consideradas para fins de condenação ou dosimetria, devendo o Ministério Público, caso deseje, apresentar futuramente denúncia autônoma para o referido crime.

1. Da Autoria.

A autoria do crime de porte de arma de fogo de uso restrito está plenamente demonstrada nos autos.

Com efeito, as armas foram apreendidas em posse dos autores, por ocasião de sua prisão em flagrante delito no restaurante “Refúgio da Neblina”, após terem sido elas empregadas para efetuar disparos contra policiais rodoviários federais e policiais militares, como instrumento de ameaça contra as vítimas que ocupavam o caminhão subtraído, a caminhonete Ford/Ranger, e as que foram feitas reféns no restaurante.

Os fuzis foram vistos, ainda, em posse dos autores, por todas as vítimas dos crimes neste processo tratados, desde o motorista Bruno Vaitiekunas (id. 20807293), passando pelos policiais rodoviários federais (id. 20808040), os ocupantes da Ford/Ranger subtraída (id. 23912859), os policiais militares (id. 23912859) e, finalmente, pelas vítimas do cárcere privado no restaurante “Refúgio da Neblina” (id. 20807091).

Importante salientar que a quantidade de armas de uso restrito, 3 (três), não impede que o crime seja estendido a todos os 6 (seis) réus.

Isso se torna possível nos casos em que se vislumbra a posse compartilhada das armas de fogo por todos os agentes, também conhecida como composses.

A composses se caracteriza pela disponibilidade física da arma de fogo para todos os agentes, ou seja, a possibilidade de uso imediato da arma de fogo, um dos elementos caracterizadores da posse, se estende a todos os agentes que agem em unidade de desígnios.

No caso em tela percebe-se justamente esse cenário, em que as armas de fogo, que eram transportadas nos mesmos veículos, estavam disponíveis para emprego imediato por todos os réus. Estende-se, assim, a conduta delitiva a todos eles.

Nesse sentido, destaco, novamente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ART. 14, *CAPUT*, DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO. CRIME DE MÃO PRÓPRIA. CONCURSO DE PESSOAS. POSSE COMPARTILHADA. PLURALIDADE DE AGENTES. ATUAÇÃO CONJUNTA NA CONDUTA TÍPICA. UNIDADE DE DESÍGNIOS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

(...)

II - *In casu*, as instâncias ordinárias decidiram que ambos os corréus adquiriram, portavam e transportavam conjuntamente arma de fogo de uso permitido sem autorização legal e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, com unidade de desígnios e ampla liberdade no emprego do artefato bélico.

III - Extraí-se da redação do art. 14, *caput*, do Estatuto do Desarmamento que não se exige, no crime de porte de arma de uso permitido, condição especial do sujeito ativo ou que a conduta seja praticada pessoal e exclusivamente por um único agente para o aperfeiçoamento da figura delitiva. Cuida-se, no caso, de crime unissubjetivo, que, *embora possa ser praticado pelo agente individualmente, não é refratário ao concurso eventual de pessoas*.

IV - *Assim, comprovada a existência de pluralidade de agentes que atuaram conjuntamente na realização de uma única e mesma conduta típica - compra, posse compartilhada e transporte do artefato -, com identidade de propósitos e divisão dos atos de execução, os quais dispunham, ambos, de ampla liberdade em eventual emprego da arma de fogo - que se encontrava no interior de veículo ocupado por eles -, preenchidos estão os requisitos para o reconhecimento do concurso de pessoas na modalidade coautoria, não havendo que se falar em constrangimento ilegal no v. acórdão impugnado. Habeas corpus não conhecido. - STJ, HC 477765/SP. 5ª Turma. Rel. Min. Félix Fischer. DJe 19.02.2019.*

Finalmente, destaque-se que ainda que fosse verdadeira a tese defensiva, que afirma que as armas de fogo do tipo fuzil seriam dos agentes identificados como “Buiú” e “Paulo”, que as teriam jogado no automóvel Corolla de cor azul, no qual fugiam os réus, e ordenado que estes as levassem consigo, haveria crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito.

Muito embora os réus, em seus interrogatórios, afirmem que as armas foram colocadas no carro em que fugiam contra sua vontade, não chegam, nenhum deles, ao ponto de afirmar que houve ameaça ou qualquer outra conduta que caracterize inexibibilidade de conduta diversa.

Assim, houve, em qualquer dos cenários em debate no processo, posse e porte das armas de fogo do tipo fuzil pelos autores, o que é suficiente para perfectibilizar o tipo penal previsto na L10826, art. 16.

2.5. Da Organização Criminosa (L12850, art. 2) e da Associação Criminosa (CP, art. 288, parágrafo único)

2.5.1. Da Materialidade Delitiva.

O Ministério Público Federal imputou aos réus, na denúncia, a prática do crime de organização criminosa (L12850, art. 2).

A materialidade desse crime não foi demonstrada.

Com efeito, a organização criminosa é definida na L12850, art. 1º, §1º como “a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.”.

No caso concreto, entendo que a acusação não se desincumbiu do ônus de demonstrar a presença dos elementos normativos do tipo penal sob análise.

Não existem nos autos provas de que os réus se organizavam de maneira coordenada, ou de que existia, efetivamente, divisão de tarefas ou hierarquia entre eles, elementos indispensáveis à transmutação de uma mera associação criminosa em organização criminosa.

As vítimas que foram mantidas sob cárcere no posto de combustíveis “Refúgio da Neblina”, questionadas sobre a existência de um líder entre os réus afirmaram, todas elas, que aparentemente o grupo não possuía um líder definido:

“Não, parecia até que eles estavam um pouco confusos, não sei quem mandava, uma hora um, uma hora outro. Depois, teve uma hora que falava no celular a negociação que chamou um pouco mais a responsabilidade, mas no início parecia um pouco confuso quem estava mandando.” – Danilo Salvetti Nogueira Ramos, id. 23912859.

Não se ignora que a caracterização de uma organização criminosa não depende, necessariamente, da existência de um líder entre seus membros, uma vez que o tipo penal fala tão somente em divisão de tarefas, o que pode ocorrer em um contexto de coordenação entre os integrantes, e não de subordinação.

Entretanto, devem estar presentes elementos que indiquem a existência de uma estrutura organizacional bem definida, em que cada integrante tem um papel pré-determinado no preparo e execução de crimes cuja pena privativa de liberdade seja superior a 4 (quatro) anos de reclusão, ou praticados com elemento de internacionalidade (L12850, art. 1, §1).

Não entendo serem suficientes para formação desse juízo as ligações telefônicas feitas pelos réus, durante o tempo de manutenção das vítimas em cárcere no posto “Refúgio de Neblina”, para supostos parceiros criminosos, afirmando que os valores das armas de fogo e da operação seriam pagos. Isso indica uma dedicação a atividades criminosas e a existência de conexões com criminosos que financiaram ou colaboraram materialmente com os crimes aqui julgados, mas não indica a existência de divisão de tarefas ou de estrutura organizacional definida.

Resta analisar, pois, subsidiariamente, a imputação de crime de associação criminosa circunstanciada (CP, art. 288, parágrafo único), aos réus.

O *modus operandi* empregado nos crimes revela profissionalismo na prática criminosa, com planejamento detalhado e execução especializada, incluindo instrumentos muito específicos que auxiliariam na impunidade do crime.

Inicialmente, lembre-se que, segundo a vítima Bruno Vaitiekunas, os réus, ao abordarem seu caminhão, teriam tomado o cuidado de força-lo a sair do veículo pela janela do lado do carona, com escopo de evitar o disparo de sistemas de alarme, que indicassem que o caminhão poderia estar sendo alvo de ação criminosa (id. 25045039 e 20807093, fls. 5).

Foi apreendida com os autores, ainda, uma mala contendo diversas ferramentas, dentre elas (laudo pericial n. 265.095/2019, itens 22, 23, 24, 27 e 29 – id. 21114425):

- 01 (um) objeto com características de ser um estojo plástico de medidas máximas aproximadas de 7,8 X 8,5 X 3,6 cm, contendo em seu interior circuito eletrônico e apresentando em uma das faces um conector macho com 24 conexões metálicas semelhantes às utilizadas nos sistemas de injeção / ignição de veículos;

- 01 (um) objeto com características de ser um estojo plástico de medidas máximas aproximadas de 6,5 X 6 X 2,5 cm, contendo em seu interior circuito eletrônico e apresentando em

uma das faces um conector macho com 24 conexões metálicas semelhantes às utilizadas nos sistemas de injeção / ignição de veículos;

- 01 (um) conector bipolar composto por um fio vermelho e outro vermelho e preto, apresentando nas extremidades terminais metálicos soldados e na extremidade oposta um conector metálico com rosca e três polos modelo fêmea, medindo de comprimento 1,86 cm;

- 01 (um) objeto com características de ser uma solenoide elétrica, medindo 3,6X2,9X3,6 cm, apresentando adesivo com as inscrições “frequência”, “COD 150508F”, “TEMPO”, “12VCC 10W”, “corrente partida”, “ED 100%” e 10/16”;

- 02 (dois) lacres plásticos aparentemente de placas de veículos de cor amarela, na posição “fechados”, um deles contendo um pedaço de arme, possuindo as inscrições: em alto relevo “DETRAN SP” e em baixo relevo pintado na cor preta um deles “262936193” e o outro “261442980”.

O laudo pericial afirma que as ferramentas apreendidas “encontravam-se em bom estado para uso, não sendo específicas para crimes mas podendo auxiliar na execução destes como na instalação de equipamentos fraudulentos, remoção de acessórios e outras ações.”, e que “os itens “22” e “23”, por apresentarem conectores similares aos utilizados pelos módulos de injeção / ignição de veículos, guardam a possibilidade de serem ferramentas para burlar sistemas de segurança eletrônicos relacionados aos sistemas originais de veículos.”.

Foi apreendido ainda um aparelho chamado *jammer*, ou “capetinha”, instrumento tecnológico “do tipo bloqueador/atenuador de sinais de radiofrequência e utilizado para bloquear, por exemplo, sinais de controles remotos de alarmes, rastreadores, sistemas de celulares, sinais de comandos remotos, GPS e outros.”.

Conclui o laudo que “em testes realizados durante o exame os aparelhos funcionaram convenientemente, interrompendo, a exemplo, sinais de “GPS”, “Wi-fi” e operadoras de telefonia celular. Tais aparelhos podem ser utilizados para bloquear dispositivos de acesso remoto de veículos equipados com rastreadores, e ou carga contendo dispositivos rastreadores, auxiliando nas operações de furto ou roubo”.

Ou seja, os réus possuíam grande quantidade de instrumentos especializados para a subtração de veículos, chegando mesmo a empregar um aparelho que visa bloquear o sinal de rastreamento de caminhões, com escopo impedir a localização do veículo e de sua carga, antecipando, assim, as medidas antirroubo das empresas transportadoras, e neutralizando-as.

Não se pode olvidar, igualmente, que os autores fizeram uso também de armas de fogo de uso restrito do tipo fuzil, munindo-se ainda de acessórios como lunetas e lanterna, além de diversos carregadores, munição e coletes balísticos.

Daí se extrai, também, o grande preparo e profissionalização da atividade criminosa, antecipando eventuais confrontos com forças policiais com escopo de obter vantagem nessa eventualidade, o que de fato ocorreu, como já demonstrado.

Destaca-se também o uso de automóvel roubado na ação criminosa, o Toyota/Corolla azul, mais uma marca da especialização dos réus na prática de crimes, rotineiramente observada em roubos.

As ligações telefônicas realizadas pelos réus, a parentes e supostos comparsas, durante o período de manutenção dos reféns em cárcere e negociação com a Polícia Militar, também revela uma dedicação a atividades criminosas.

As vítimas descreveram terem sido realizadas ligações em que os autores asseguravam os interlocutores que as armas de fogo seriam pagas, que o custo da operação seria ressarcido,

e pediam que cuidassem de suas famílias ou mesmo pagassem seus aluguéis, além de pedirem que escondessem documentos e dinheiro (id. 20807091, fls. 16 e 24 e 23912859).

Essa íntima relação com outros criminosos, que supostamente lhes forneceram armas de fogo e financiamento para a operação criminosa, aliado aos instrumentos utilizados na prática delitiva, ao *modus operandi*, e aos pedidos feitos às famílias para que escondessem documentos e dinheiro, indica, de maneira inequívoca, que os réus se dedicavam a atividades criminosas.

Não obstante, concluir que os réus se dedicavam a atividades criminosas não significa dizer que existia, entre eles, uma associação estável e permanente, requisitos inafastáveis para que se caracterize o crime de associação criminosa.

Cabia ao órgão acusador transmutar o juízo de probabilidade, extraído dos elementos de informação e provas supracitados, em juízo de certeza, o que não foi feito. Assim, a absolvição se faz imperativa para este crime.

Ausente a materialidade delitiva do crime de associação criminosa, resta prejudicada a análise de eventual autoria.

2.6. Da Receptação (CP, art. 180, caput)

Observe-se que, no curso do processo, a Polícia Federal trouxe aos autos informação de que o automóvel Toyota/Corolla, cor azul, placa de identificação FTC-5134, utilizados pelos réus na ação criminosa até o momento da subtração da caminhonete Ford/Ranger, era roubado (id. 21113466).

Com efeito, a Polícia Federal afirma, ainda, que o veículo teve suas placas de identificação adulteradas, retirando-se as placas originais, cuja sequência alfanumérica era GEL-4146, e substituindo-as pelas de alfanumérico FTC-5134.

Conclui-se, assim, que os réus tinham a posse direta de automóvel produto de dois crimes antecedentes, quais sejam, roubo (CP, art. 157), e adulteração de sinal identificador de veículo automotor (CP, art. 311).

Destaque-se que o Superior Tribunal de Justiça entende que “no crime de receptação, se o bem houver sido apreendido em poder do acusado, caberá à defesa apresentar prova acerca da origem lícita da *res* ou de sua conduta culposa (art. 156 do CPP), sem que se possa falar em inversão do ônus da prova.”¹

Assim, vislumbra-se a possível prática de crime de receptação pelos réus.

Entretanto, observa-se que a denúncia não imputa aos réus a prática desse crime, não tendo o Ministério Público Federal se manifestado no curso do processo sobre os fatos, cujo surgimento se deu após a acusação inicial.

Não obstante, não enxergo aí omissão capaz de fazer incidir o disposto no Código de Processo Penal, art. 28.

Isso porque o suposto crime de receptação não seria da competência da Justiça Federal, uma vez que para ele não se vislumbra quaisquer das espécies de conexão previstas no CPP,

¹ Jurisprudência em teses, edição n. 87 – Crimes contra o patrimônio IV, item 13. Precedentes citados: HC 388640/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, Julgado em 13/06/2017, DJE 22/06/2017 HC 392201/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Julgado em 06/06/2017, DJE 13/06/2017 HC 376964/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, Julgado em 23/05/2017, DJE 31/05/2017 HC 366639/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, Julgado em 28/03/2017, DJE 05/04/2017.

capazes de atrair o julgamento dos fatos à Justiça Federal, nos termos do enunciado 122 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça².

Assim, resta o encaminhamento de cópia dos autos ao Ministério Público do Estado de São Paulo, para que lá se analisem os fatos.

3. Dosimetria.

A dosimetria das penas concretamente impostas será feita conjuntamente para crimes da mesma espécie que tenham sido praticados de forma idêntica, com escopo de facilitar e racionalizar a compreensão da sentença.

Assim, os crimes de latrocínio praticados de maneira idêntica serão objeto de uma única dosimetria para cada um dos réus.

Destaco, ainda, que para os crimes praticados em concurso formal será feita a dosimetria de cada um dos delitos, com a determinação do respectivo regime inicial de cumprimento de pena, a despeito da posterior aplicação da regra prevista no Código Penal, art. 70.

É certo que a Lei de Execuções Penais, art. 111, determina a soma das penas para fixação do regime inicial de cumprimento de pena. Contudo, de rigor observar que esse dispositivo se dirige fundamentalmente à necessidade de tornar viável a correta execução das penas fixadas na sentença, nos termos do disposto no art. 110 da mesma lei.

Tratando-se de processo de individualização de penas de delitos praticados em concurso de crimes, a boa técnica recomenda que o juiz submeta cada uma das infrações ao sistema trifásico consagrado no Código Penal, art. 68, e ao final de cada análise fixe o regime adequado de cumprimento de pena, levando em consideração os critérios previstos legalmente.

Isso é feito com escopo de evitar-se que eventual reforma da sentença, por juízo *ad quem*, que absolva o réu de alguns dos crimes acabe por forçar este juízo a fixar, *ex novo*, o regime inicial de cumprimento de pena.

Passo à dosimetria.

3.1. Anderson Luiz da Silva;

3.1.1. *Do Crime de Latrocínio Tentado (Código Penal, art. 157, §3, II c/c art. 14, II) Praticado Contra o Policial Rodoviário Federal Bruno Gonçalves.*

Pena-Base.

A primeira fase da dosimetria penal, no contexto do critério trifásico positivado no Código Penal brasileiro (art. 68), consiste na análise das ditas “circunstâncias judiciais”: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias, consequências do crime e comportamento da vítima (CP, art. 59.).

Quanto à culpabilidade, doutrinariamente definida como a reprovabilidade concreta da conduta do agente, entendendo-a normal ao tipo penal, que já recebeu, objetivamente, uma severa sanção pelo legislador.

Quanto aos antecedentes, entendidos como condenações penais pretéritas, transitadas em julgado, impassíveis de consideração como causas de reincidência (CP, arts. 63-64), a despeito da existência de registro de 3 (três) processos penais em que o réu é acusado da prática de crimes de homicídio, 2 (dois) deles com condenação, não existe registro de trânsito em julgado para os processos, até o momento (id. 26165574, fls. 20-25).

² “Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, a, do Código de Processo Penal.”.

Não existem quaisquer informações concretas que permitam valoração negativa da personalidade do réu ou de sua conduta social.

Quanto às circunstâncias do crime, existem considerações a serem feitas.

Com efeito, existe, pelo *modus operandi* empregado, um substantivo grau de profissionalização da atividade criminosa, com emprego de técnicas e equipamentos especializados, que atraem maior reprovação.

Igualmente, relevante a circunstância da manutenção da vítima Bruno Vaitiekunas em cárcere após o crime, sendo ele colocado, encapuzado, em um dos carros utilizados no crime, e levado do local da subtração, sendo libertado, cerca de uma hora depois, em uma estrada vicinal.

Assim, consideradas as circunstâncias do crime citadas, exaspero a pena privativa de liberdade cominada ao delito em 1/5.

As consequências do crime merecem, igualmente, valoração negativa. Um dos disparos de arma de fogo efetuados pelos réus atingiu ambas as pernas da vítima Bruno Gonçalves, transfixando-as e causando fratura exposta da fíbula direita. O policial ficou com sequelas em uma das pernas, relatando diminuição da sensibilidade e da capacidade de movimento do membro (id. 20808040, fls. 31), além de ter ficado 97 (noventa e sete) dias afastado de seu trabalho (id. 23912859).

Destaque-se ainda que o paciente apresentou quadro de ansiedade e estresse pós-traumático, após o crime (id. 25993883, fls. 3).

Assim, considerando as consequências do crime, exaspero a pena-base em 1/8.

No que se refere aos motivos do crime, não se vislumbra outro senão o lucro, sendo esse o escopo comum dos crimes contra o patrimônio.

O comportamento das vítimas não teve relevância no caso concreto.

Assim, fixo a pena-base em 26 (vinte e seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 318 (trezentos e dezoito) dias-multa, em proporcionalidade à pena privativa de liberdade.

Pena Intermediária.

Na segunda fase, se analisa a existência de circunstâncias atenuantes ou agravantes da pena (CP, arts. 61-65).

Não existem circunstâncias atenuantes incidentes sobre o caso.

Observe-se que não houve confissão. Ao contrário, a defesa buscou, reiteradamente, construir teses que excluam a participação do réu no crime de latrocínio, negando que estivesse no local do crime por ocasião dos disparos de arma de fogo, que estivesse armado, ou mesmo que soubesse do emprego de armas de fogo na ação criminosa.

Ressalto que o fato de ter admitido, em seu interrogatório, que participaria do roubo não atrai a atenuante da confissão no caso concreto. Como dito, a assertiva se deu cercada de inúmeras qualificadoras que, essencialmente, eximiriam o réu de responsabilidade pelo crime em tela, qual seja, latrocínio.

Invoco, nesse ponto, o enunciado 545 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, que afirma que “quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal.”, aplicada a *contrario sensu*, uma vez que os autores foram presos em flagrante.

Presente a agravante da impossibilidade de defesa da vítima (CP, art. 61, II, “c”, uma vez que os disparos foram feitos contra os policiais rodoviários federais de dentro de outro veículo, surpreendendo-os e impossibilitando reação de Bruno Gonçalves. Exaspero a pena, em consequência disso, em 1/6.

Presente, também, a agravante da reincidência, uma vez que o réu foi condenado, em dois processos, por crimes de homicídio, um deles tentado, o outro qualificado e consumado, a uma pena total de 16 (dezesseis) anos de reclusão, cujo cumprimento ainda não foi colhido pelo período depurador (CP, art. 61, I, e id. 20808009, fls. 1-6). Por esta razão, aumento a pena em 1/6.

Assim, resta a pena intermediária fixada em 35 (trinta e cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 424 (quatrocentos e vinte e quatro) dias-multa.

Pena Definitiva.

Na terceira fase computam-se as causas de diminuição ou aumento da pena.

Não existem causas de aumento de pena incidentes sobre o caso concreto.

Presente a causa de diminuição da tentativa (CP, art. 14, parágrafo único), que enseja diminuição da pena de 1/3 a 2/3.

Ressalto que, segundo a jurisprudência, a fração de diminuição se orienta pela proximidade da consumação do crime, no caso concreto. Ou seja, quanto mais perto da consumação plena do crime se colocar a conduta do agente, menor será a fração de diminuição.

No caso em tela, observo que um tiro de fuzil calibre .556 atingiu a vítima Bruno Gonçalves, transfixando suas duas pernas e causando uma fratura exposta da fíbula direita. O ferimento causou longa convalescença para a vítima, que até o momento ainda não recuperou totalmente as funcionalidades de suas pernas.

De outro vértice, a consumação da subtração patrimonial se consumou plenamente, uma vez que houve inversão da posse da coisa, que passou aos réus. O embate com os policiais rodoviários federais se deu após a subtração, não havendo que se falar em tentativa nesse ponto.

Assim, considerando ter a conduta imputada ao réu se aproximado razoavelmente da consumação do crime, diminuo a pena em 2/5.

Resta a pena definitiva fixada, para este crime, em 21 (vinte e um) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, e 254 (duzentos e cinquenta e quatro) dias-multa.

O regime inicial de cumprimento, para esse crime isoladamente considerado, é o fechado (CP, art. 33, §2, "a").

3.1.2. Dos Crimes de Latrocínio Tentado (Código Penal, art. 157, §3, II c/c art. 14, II) Praticado Contra os Policiais Rodoviários Federais Augusto Takaia e Emerson Peretto.

Pena-Base.

Quanto à culpabilidade, antecedentes, motivos, consequências, personalidade do réu, conduta social e comportamento da vítima, não há comentários a serem feitos no sentido da exasperação da pena.

Quanto às circunstâncias do crime, repete-se aqui, parcialmente, a fundamentação já exposta no tópico anterior.

Com efeito, percebe-se, pelo *modus operandi* empregado, um substantivo grau de profissionalização da atividade criminosa, com emprego de técnicas e equipamentos especializados, que atraem maior reprovação à conduta.

Igualmente, relevante a circunstância da manutenção da vítima Bruno Vaitiekunas em cárcere após o crime, sendo ele colocado, encapuzado, em um dos carros utilizados no crime, e levado do local da subtração, sendo libertado, cerca de uma hora depois, em uma estrada vicinal.

Assim, consideradas as circunstâncias do crime citadas, exaspero a pena privativa de liberdade cominada ao delito em 1/5.

Assim, fixo a pena-base em 24 (vinte quatro) anos de reclusão, e 288 (duzentos e oitenta e oito) dias-multa, em proporcionalidade à pena privativa de liberdade.

Pena Intermediária.

Na segunda fase, se analisa a existência de circunstâncias atenuantes ou agravantes da pena (CP, arts. 61-65).

Não existem circunstâncias atenuantes incidentes sobre o caso.

Presente a agravante prevista no CP, art. 61, II, “c”, em razão da qual agravo a pena em 1/6.

Presente a agravante da reincidência, uma vez que o réu foi condenado, em dois processos, por crimes de homicídio, um deles tentado, o outro qualificado e consumado, a uma pena total de 16 (dezesseis) anos de reclusão, cujo cumprimento ainda não foi colhido pelo período depurador (CP, art. 61, I, e id. 20808009, fls. 1-6). Por esta razão, aumento a pena em 1/6.

Fica a pena intermediária fixada em 32 (trinta e dois) anos de reclusão, e 384 (trezentos e oitenta e quatro) dias-multa.

Pena Definitiva.

Na terceira fase computam-se as causas de diminuição ou aumento da pena.

Presente a causa de diminuição da tentativa (CP, art. 14, parágrafo único), que enseja diminuição da pena de 1/3 a 2/3.

Ressalto que, segundo a jurisprudência, a fração de diminuição se orienta pela proximidade da consumação do crime, no caso concreto. Ou seja, quanto mais perto da consumação plena do crime se colocar a conduta do agente, menor será a fração de diminuição.

No caso em tela, houve, como já afirmado, consumação da subtração patrimonial. Não obstante, não houve aproximação significativa do resultado morte, uma vez que Augusto Takaia foi atingido de raspão, enquanto Emerson Peretto não foi atingido, tendo inclusive disparado, em resposta, contra os réus.

Assim, diminuo a pena em 2/3.

Resta a pena definitiva fixada, para cada um dos crimes de latrocínio tentado praticados contra os policiais rodoviários federais Augusto Takaia e Emerson Peretto, em 10 (dez) anos e 8 (quatro) meses de reclusão, e 128 (cento e vinte e oito) dias-multa.

O regime inicial de cumprimento, para esse crime isoladamente considerado, é o fechado (CP, art. 33, §2, “a”).

3.1.3. Do Concurso Formal de Crimes.

Como afirmado, os 3 (três) crimes de latrocínio tentado que compõe o primeiro conjunto de fatos, que vitimaram Bruno Vaitiekunas, Bruno Gonçalves, Augusto Takaia e Emerson Peretto, foram praticados através de uma única conduta, caracterizando-se, assim, o concurso formal de crimes (CP, art. 70).

Não obstante, deixo de aplicar a exasperação de pena prevista no Código Penal, artigo 70, em razão da incidência concomitante da figura do crime continuado (CP, art. 71). Nesses casos, o Superior Tribunal de Justiça entende que se aplica somente o aumento de pena da última figura. Em tempo:

DOSIMETRIA. ROUBO MAJORADO. CONCURSO DE CRIMES. CONCURSO FORMAL E CONTINUIDADE DELITIVA. DUPLO AUMENTO. ALEGADO *BIS IN IDEM*. OCORRÊNCIA.

PRECEDENTES. COAÇÃO ILEGAL PATENTEADA.

1. Segundo orientação deste Superior Tribunal de Justiça, quando configurada a concorrência de concurso formal e crime continuado, aplica-se somente um aumento de pena, o relativo à continuidade delitiva. Precedentes.
2. Ocorre *bis in idem* quando há majoração da reprimenda primeiramente em razão do concurso formal, haja vista o cometimento de um delito roubo contra vítimas diferentes num mesmo contexto fático, e, em seguida, em função do reconhecimento do crime continuado em relação aos outros crimes praticados em situação semelhante de tempo e modo de execução.
3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para afastar a exasperação imposta pelo reconhecimento do concurso formal, reduzindo-se a reprimenda para 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão. STJ, HC 162987. 5ª Turma. Rel. Min. Jorge Mussi. DJe 08.10.2013.

O mesmo entendimento está consignado na “Jurisprudência em Teses” do Superior Tribunal de Justiça, afirmando-se que “caracterizado o concurso formal e a continuidade delitiva entre infrações penais, aplica-se somente o aumento relativo à continuidade, sob pena de *bis in idem*”³.

3.1.4. Dos Crimes de Latrocínio Tentado (Código Penal, art. 157, §3, II c/c art. 14, II) Praticado Contra os 6 (seis) Policiais Militares.

Pena-base.

Quanto à culpabilidade, antecedentes, motivos, consequências, personalidade do réu, conduta social e comportamento da vítima, não há comentários a serem feitos no sentido da exasperação da pena.

Quanto às circunstâncias do crime, repete-se aqui parte da fundamentação já exposta nos tópicos anteriores.

Com efeito, percebe-se, pelo *modus operandi* empregado, um substantivo grau de profissionalização da atividade criminosa, com emprego de técnicas e equipamentos especializados, que atraem maior reprovação.

Assim, consideradas as circunstâncias do crime citadas, exaspero a pena privativa de liberdade cominada ao delito em 1/6.

Assim, fixo a pena-base em 23 (vinte e três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 280 (duzentos e oitenta) dias-multa, em proporcionalidade à pena privativa de liberdade.

Pena Intermediária.

Ausentes circunstâncias atenuantes.

Repisa-se aqui a fundamentação já exposta, que afasta a incidência da atenuante da confissão.

Observe-se que no caso dos policiais militares o réu não se limitou a negar a autoria dos disparos, como fez no caso do PRFs, negando mesmo que tenham ocorrido disparos em direção dos policiais, afirmando ter sido vítima de uma ação arbitrária da Polícia Militar.

3 Superior Tribunal de Justiça. “Jurisprudência em Teses”. Edição 20 – Do Crime Continuado – II, item 10. Precedentes citados: HC 178499/MT, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, Julgado em 28/06/2011, DJe 01/08/2011; REsp 1459401/MG, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, Julgado em 01/08/2014, Publicado em 13/08/2014; HC 278622/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Julgado em 01/08/2014, Publicado em 06/08/2014; HC 271494/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, Julgado em 22/08/2013, Publicado em 27/08/2013; REsp 1273773/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, Julgado em 20/06/2012, Publicado em 22/06/2012.

Presente a agravante da reincidência, uma vez que o réu foi condenado, em dois processos, por crimes de homicídio, um deles tentado, o outro qualificado e consumado, a uma pena total de 16 (dezesseis) anos de reclusão, cujo cumprimento ainda não foi colhido pelo período depurador (CP, art. 61, I, e id. 20808009, fls. 1-6). Por esta razão, aumento a pena em 1/6.

Fica a pena intermediária fixada, assim, em 27 (vinte e sete) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 326 (trezentos e vinte e seis) dias-multa.

Pena Definitiva.

Ausentes causas de aumento de pena.

Presente a causa de diminuição da tentativa (CP, art. 14, parágrafo único), que enseja diminuição da pena de 1/3 a 2/3.

Ressalto que, segundo a jurisprudência, a fração de diminuição se orienta pela proximidade da consumação do crime, no caso concreto. Ou seja, quando mais perto da consumação plena do crime se colocar a conduta do agente, menor será a fração de diminuição.

No caso concreto, houve consumação da subtração, uma vez que os autores adquiriram, mediante emprego de grave ameaça, a posse do automóvel Ford/Ranger.

Não obstante, não houve consumação do resultado morte, ou mesmo qualquer policial militar que tenha sido atingido pelos disparos de arma de fogo realizados pelos réus. Assim, aplico o gradiente de diminuição máximo, de 2/3.

Fica a pena definitiva fixada, assim, para cada um dos 6 (seis) crimes de latrocínio tentado praticados contra policiais militares, em 9 (nove) anos e 26 (vinte e seis) dias de reclusão, e 108 (cento e oito) dias-multa.

O regime inicial de cumprimento de pena, para cada um desses crimes isoladamente considerados, é o fechado, considerada a circunstância judicial desfavorável (CP, art. 33, §2, “b” e §3).

3.1.5. Do Crime Continuado e Unificação Parcial das Penas.

Como já afirmado, foram praticados, pelos réus, 9 (nove) crimes de latrocínio tentado, divididos em 2 (dois) conjuntos de fatos.

No primeiro conjunto de fatos foram vítimas, além de Bruno Vaitiekunas, que teve seu caminhão subtraído, os policiais rodoviários federais Bruno Gonçalves, Augusto Takaia e Emerson Peretto.

No segundo conjunto de fatos, foram vítimas Aquilino Rodrigues Hernandez Junior, Fábio Salim Maluf, Raphael Luis Cocco, Paulo Sérgio Sabino da Silva e Carlos Alberto Ghiraldi, que tiveram seus bens móveis subtraídos, e Uelton Rodrigues dos Santos, Thiago Alessandro Soares, Márcio Rogério Ferreira, João Paulo da Silva Oliveira, Luciano Vieira Ramos e Ricardo Camargo, policiais militares.

Como já afirmado, aplica-se ao caso a figura do crime continuado (CP, art. 71), uma vez que os crimes, da mesma espécie, foram praticados nos exatos termos descritos na norma, quais sejam, com identidade de tempo, lugar e maneira de execução.

A exasperação da pena cominada ao crime continuado se dá pela consideração do número de crimes praticados em continuidade. Nesse sentido, cita-se, novamente, a “Jurisprudência em Teses” do Superior Tribunal de Justiça:

“Na continuidade delitiva prevista no *caput* do art. 71 do CP, o aumento se faz em razão do número de infrações praticadas e de acordo com a seguinte correlação: 1/6 para duas infrações;

1/5 para três; 1/4 para quatro; 1/3 para cinco; 1/2 para seis; 2/3 para sete ou mais ilícitos.”⁴

Deixo de aplicar a regra prevista no Código Penal, art. 71, parágrafo único, que faculta ao magistrado, nos casos de crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, aumentar em até o triplo a pena imposta, por entender que a incidência de norma se mostra desproporcional e desnecessária à adequada punição do réu, considerados os fins do direito penal.

Assim, considerando que foram praticados 9 (nove) crimes de latrocínio em sua forma tentada, a pena unificada para os crimes decorrerá da aplicação da fração de aumento de 2/3 sobre a pena mais grave cominada, que foi de 21 (vinte e um) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão (item 3.1.1).

A pena privativa de liberdade unificada para os crimes de latrocínio tentado resta fixada, assim, em 35 (trinta e cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

As penas de multa devem ser, no caso de concurso de crimes, somadas distinta e integralmente. Assim, fica a pena de multa fixada em 1.158 (mil, cento e cinquenta e oito) dias-multa.

Considerada a precária condição econômica do réu, por ele declarada durante seu interrogatório, fixo o valor do dia-multa em 1/30 (um trinta-avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos (CP, art. 60, *caput*).

O regime inicial de cumprimento de pena, para esses crimes, deverá ser o fechado (CP, art. 33, §2, “a”).

3.1.6. Do Crime de Cárcere Privado (Código Penal, art. 148).

Pena-Base.

As circunstâncias judiciais apresentam-se, todas elas, favoráveis.

Assim, fixo a pena-base no mínimo legal, em 1 (um) ano de reclusão.

Pena Intermediária.

Ausentes circunstâncias atenuantes.

Aqui também está ausente a confissão, uma vez que o réu, em suas peças defensivas e interrogatório, afirmou que não houve cárcere privado, dizendo que teria sido facultado às vítimas sair do local, livremente.

Presente a agravante da reincidência, uma vez que o réu foi condenado, em dois processos, por crimes de homicídio, um deles tentado, o outro qualificado e consumado, a uma pena total de 16 (dezesseis) anos de reclusão, cujo cumprimento ainda não foi colhido pelo período depurador (CP, art. 61, I, e id. 20808009, fls. 1-6). Por esta razão, aumento a pena em 1/6.

4 Superior Tribunal de Justiça. “Jurisprudência em Teses”. Edição 20 – Do Crime Continuado – II, item 8. Precedentes citados: HC 107443/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, Julgado em 03/06/2014, DJE 20/06/2014; REsp 981837/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, Julgado em 24/04/2014, DJE 05/05/2014; HC 265385/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, Julgado em 08/04/2014, DJE 24/04/2014; HC 238262/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, Julgado em 18/03/2014, DJE 28/03/2014; HC 127463/MG, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, Julgado em 05/12/2013, DJE 16/12/2013; HC 231864/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, Julgado em 06/06/2013, DJE 21/06/2013; HC 184816/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, Julgado em 25/06/2013, DJE 01/07/2013; HC 190471/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, Julgado em 19/02/2013, DJE 01/03/2013.

Fixa-se a pena intermediária, assim, em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão.

Pena Definitiva.

Ausentes causas de aumento ou diminuição de pena, consolida-se a pena definitiva, para cada um dos crimes de cárcere privado, em 1 (um) ano e dois (dois meses) de reclusão.

O regime inicial de pena para este crime, isoladamente considerado, é o fechado, considerada a reincidência e as circunstâncias judiciais favoráveis (CP, art. 33, §2º, “c”).

3.1.6.4. Do Concurso Formal.

Os 4 (quatro) crimes de cárcere privado foram praticados em concurso formal (CP, art. 70).

Assim, a unificação das penas se dará com exasperação da pena de um só dos crimes, fixada em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, em 1/3.

Fica a pena final dos crimes de cárcere privado fixada, assim, em 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

O regime inicial de pena para este crime, isoladamente considerado, é o fechado, considerada a reincidência e as circunstâncias judiciais favoráveis (CP, art. 33, §2º, “c”).

3.1.7. Do Porte Ilegal de Arma de Fogo de Uso Restrito (L10826, art. 16)

Pena-Base.

Quanto à culpabilidade, antecedentes, motivos, consequências, personalidade do réu, conduta social e comportamento da vítima, não há comentários a serem feitos no sentido da exasperação da pena.

Quanto às circunstâncias do crime, são duas as considerações a serem tecidas.

Primeira, quanto à natureza das armas de fogo, do tipo fuzil, que revela potencial de lesividade exponencialmente maior do que aquele observado em armas curtas, do tipo revólver e pistola.

Segunda, a quantidade de armas apreendidas, 3 (três), o que também revela maior gravidade da conduta dos autores, quando comparada àquele que porta uma única arma de fogo.

Assim, consideradas as circunstâncias especialmente gravosas do crime, exaspero a pena-base em 1/3, fixando-a em 4 (quatro) anos de reclusão, e 48 (quarenta e oito) dias-multa.

Pena Intermediária.

Presente a agravante da reincidência, uma vez que o réu foi condenado, em dois processos, por crimes de homicídio, um deles tentado, o outro qualificado e consumado, a uma pena total de 16 (dezesseis) anos de reclusão, cujo cumprimento ainda não foi colhido pelo período depurador (CP, art. 61, I, e id. 20808009, fls. 1-6). Por esta razão, aumento a pena em 1/6.

Quanto às atenuantes, entendo presente a confissão.

Observe-se que, conquanto os réus tenham afirmado, em seus interrogatórios, que não fizeram uso das armas de fogo, e que estas teriam sido colocadas no automóvel Toyota/Corolla em que fugiram pelos indivíduos supostamente conhecidos como “Buiú” e “Paulo”, sua narrativa não chegou ao ponto de englobar causas excludentes de ilicitude ou culpabilidade.

Assim, ainda que não tivessem feito uso das armas de fogo ou desejado, diretamente, carregá-las consigo, a narrativa dos réus engloba o porte voluntário das armas de fogo, que perfaz o tipo penal.

Seguindo orientação jurisprudencial, em se tratando de circunstâncias preponderantes, compensam-se a confissão e a reincidência, ficando a pena intermediária fixada em 4 (quatro) anos de reclusão, e 48 (quarenta e oito) dias-multa.

Pena Definitiva.

Ausentes causas de aumento e diminuição de pena.

Fica a pena definitiva estabilizada, assim, em 4 (quatro) anos de reclusão, e 48 (quarenta e oito) dias-multa.

O regime inicial de cumprimento de pena, para esse crime considerado isoladamente, é o fechado (CP, art. 33, §2, “c”).

3.1.8. Unificação Definitiva das Penas.

Fixadas individualmente as penas para os crimes praticados, devem elas ser somadas, para fins de fixação do regime inicial de cumprimento (L7210, art. 111), e verificação da viabilidade de substituição da pena privativa de liberdade por substitutiva de direitos (CP, art. 44), ou da suspensão condicional da pena (CP, art. 77).

Somadas, as penas privativas de liberdade cominadas ao réu totalizam 40 (quarenta) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 1.206 (mil, duzentos e seis) dias-multa no valor de 1/30 salário-mínimo à época dos fatos, cada.

O regime inicial de cumprimento de pena será o fechado (CP, art. 33, §2, “a”).

Incabível, em razão do tempo de pena privativa de liberdade concretamente imposto ao réu, a substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 44), ou a suspensão condicional do processo (CP, art. 77).

3.2. Cícero José Maciel;

Do Crime de Latrocínio Tentado (Código Penal, art. 157, §3, II c/c art. 14, II) Praticado Contra o Policial Rodoviário Federal Bruno Gonçalves.

Pena-Base.

Quanto à culpabilidade, entendo-a normal ao tipo penal, que já recebeu, objetivamente, um severo juízo de reprovabilidade pelo legislador.

Quanto aos antecedentes, entendidos como condenações penais pretéritas, transitadas em julgado, impassíveis de consideração como causas de reincidência (CP, arts. 63-64), não existem registros de processos nos quais Cícero José Maciel tenha sido condenado definitivamente (id. 26165574, fls. 01-05).

Não existem quaisquer informações concretas que permitam valoração negativa da personalidade do réu ou de sua conduta social.

Quanto às circunstâncias do crime, entretanto, existem considerações a serem feitas.

Com efeito, percebe-se, pelo *modus operandi* empregado, um substantivo grau de profissionalização da atividade criminosa, com emprego de técnicas e equipamentos especializados, que atraem maior reprovação.

Igualmente, relevante a circunstância da manutenção da vítima Bruno Vaitiekunas em cárcere após o crime, sendo ele colocado, encapuzado, em um dos carros utilizados no crime, e levado do local da subtração, sendo libertado, cerca de uma hora depois, em uma estrada vicinal.

Assim, consideradas as circunstâncias do crime citadas, exaspero a pena privativa de liberdade cominada ao delito em 1/5.

As consequências do crime merecem, igualmente, valoração negativa. Um dos disparos de arma de fogo efetuados pelos réus atingiu ambas as pernas da vítima Bruno Gonçalves, transfixando-as e causando fratura exposta da fíbula direita. O policial ficou com sequelas em uma das pernas, relatando diminuição da sensibilidade e da capacidade de movimento do membro (id. 20808040,

fls. 31), além de ter ficado 97 (noventa e sete) dias afastado de seu trabalho (id. 23912859).

Destaque-se ainda que o paciente apresentou quadro de ansiedade e estresse pós-traumático, após o crime (id. 25993883, fls. 3).

Assim, considerando as consequências do crime, exaspero a pena-base em 1/8.

No que se refere aos motivos do crime, não se vislumbra outro senão o lucro, sendo esse o escopo comum dos crimes contra o patrimônio.

O comportamento das vítimas não teve relevância no caso concreto.

Assim, fixo a pena-base em 26 (vinte e seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 318 (trezentos e dezoito) dias-multa, em proporcionalidade à pena privativa de liberdade.

Pena Intermediária.

Na segunda fase, se analisa a existência de circunstâncias atenuantes ou agravantes da pena (CP, arts. 61-65).

Não existem circunstâncias atenuantes incidentes sobre o caso.

Destaco que não houve confissão. Ao contrário, a defesa buscou, reiteradamente, construir teses que excluía a participação do réu no crime de latrocínio, negando que estivesse no local do crime por ocasião dos disparos de arma de fogo, que estivesse armado, ou mesmo que soubesse do emprego de armas de fogo na ação criminosa.

Ressalto que o fato de ter admito, em seu interrogatório, que participaria do roubo não atrai a atenuante da confissão no caso concreto. Como dito, a assertiva se deu cercada de inúmeras qualificadoras que, essencialmente, eximiriam o réu de responsabilidade pelo crime em tela, qual seja, latrocínio.

Invoco, nesse ponto, o enunciado 545 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, que afirma que “quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal.”, aplicada a *contrario sensu*, uma vez que os autores foram presos em flagrante.

Presente a agravante da impossibilidade de defesa da vítima (CP, art. 61, II, “c”), uma vez que os disparos foram feitos contra os policiais rodoviários federais de dentro de outro veículo, surpreendendo-os e impossibilitando reação de Bruno Gonçalves. Exaspero a pena, em consequência disso, em 1/6.

Assim, resta a pena intermediária fixada em 30 (trinta) anos e 11 (onze) meses de reclusão, e 371 (trezentos e setenta e um) dias-multa.

Pena Definitiva.

Na terceira fase computam-se as causas de diminuição ou aumento da pena.

Não existem causas de aumento de pena.

Presente a causa de diminuição da tentativa (CP, art. 14, parágrafo único), que enseja diminuição da pena de 1/3 a 2/3.

Ressalto que, segundo a jurisprudência, a fração de diminuição se orienta pela proximidade da consumação do crime, no caso concreto. Ou seja, quando mais perto da consumação plena do crime se colocar a conduta do agente, menor será a fração de diminuição.

No caso em tela, observo que um tiro de fuzil calibre .556 atingiu a vítima Bruno Gonçalves, transfixando suas duas pernas e causando uma fratura exposta da fíbula direita. O ferimento causou longo período de recuperação para a vítima, que até o momento ainda não recuperou plenamente as funcionalidades de suas pernas.

De outro vértice, a consumação da subtração patrimonial ocorreu plenamente, uma vez que houve inversão da posse da coisa, que passou aos réus. O embate com os policiais rodoviários federais, que forçou a fuga dos agentes, abandonando o caminhão, se deu após a subtração, não havendo que se falar em tentativa nesse ponto.

Assim, considerando ter a conduta imputada ao réu se aproximado razoavelmente da consumação do crime, diminuo a pena em 2/5.

Resta a pena definitiva fixada, para este crime, em 18 (dezoito) anos 6 (seis) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, e 222 (duzentos e vinte e dois) dias-multa.

O regime inicial de cumprimento, para esse crime isoladamente considerado, será o fechado (CP, art. 33, §2, “a”).

3.2.2. Dos Crimes de Latrocínio Tentado (Código Penal, art. 157, §3, II c/c art. 14, II) Praticado Contra os Policiais Rodoviários Federais Augusto Takaia e Emerson Peretto.

Pena-Base.

Quanto à culpabilidade, antecedentes, motivos, consequências, personalidade do réu, conduta social e comportamento da vítima, não há comentários a serem feitos no sentido da exasperação da pena.

Quanto às circunstâncias do crime, repete-se aqui, parcialmente, a fundamentação já exposta no tópico anterior.

Com efeito, percebe-se, pelo *modus operandi* empregado, um substantivo grau de profissionalização da atividade criminosa, com emprego de técnicas e equipamentos especializados, que atraem maior reprovação.

Igualmente, relevante a circunstância da manutenção da vítima Bruno Vaitiekunas em cárcere após o crime, sendo ele colocado, encapuzado, em um dos carros utilizados no crime, e levado do local da subtração, sendo libertado, cerca de uma hora depois, em uma estrada vicinal.

Assim, consideradas as circunstâncias do crime citadas, exaspero a pena privativa de liberdade cominada ao delito em 1/5.

Assim, fixo a pena-base em 24 (vinte quatro) anos de reclusão, e 288 (duzentos e oitenta e oito) dias-multa, em proporcionalidade à pena privativa de liberdade.

Pena Intermediária.

Na segunda fase, se analisa a existência de circunstâncias atenuantes ou agravantes da pena (CP, arts. 61-65).

Não existem circunstâncias atenuantes incidentes sobre o caso.

Presente a agravante prevista no CP, art. 61, II, “c”, em razão da qual agravo a pena em 1/6.

Fica a pena intermediária fixada em 28 (vinte e oito) anos de reclusão, e 336 (trezentos e trinta e seis) dias-multa.

Pena Definitiva.

Na terceira fase computam-se as causas de diminuição ou aumento da pena.

Presente a causa de diminuição da tentativa (CP, art. 14, parágrafo único), que enseja diminuição da pena de 1/3 a 2/3.

Ressalto que, segundo a jurisprudência, a fração de diminuição se orienta pela proximidade da consumação do crime, no caso concreto. Ou seja, quando mais perto da consumação plena do crime se colocar a conduta do agente, menor será a fração de diminuição.

No caso em tela, houve, como já afirmado, consumação da subtração patrimonial.

Entretanto, não houve aproximação significativa do resultado morte, uma vez que Augusto Takaia foi atingido de raspão, enquanto Emerson Peretto não foi atingido, tendo inclusive disparado, em resposta, contra os réus.

Assim, diminuo a pena em 2/3.

Resta a pena definitiva fixada, para cada um dos crimes de latrocínio tentado praticados contra os policiais rodoviários federais Augusto Takaia e Emerson Peretto, em 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 112 (cento e doze) dias-multa.

O regime inicial de cumprimento, para esse crime isoladamente considerado, será o fechado (CP, art. 33, §2, "a").

3.2.2.1. Do Concurso Formal de Crimes.

Como afirmado, os 3 (três) crimes de latrocínio tentado que compõe o primeiro conjunto de fatos, que vitimaram Bruno Vaitiekunas, Bruno Gonçalves, Augusto Takaia e Emerson Peretto, foram praticados através de uma única conduta, caracterizando-se, assim, o concurso formal de crimes (CP, art. 70).

Não obstante, deixo de aplicar a exasperação de pena prevista no Código Penal, artigo 70, em razão da incidência concomitante da figura do crime continuado (CP, art. 71), nos termos da fundamentação já exposta.

3.2.3. Dos Crimes de Latrocínio Tentado (Código Penal, art. 157, §3, II c/c art. 14, II) Praticado Contra os 6 (seis) Policiais Militares.

Pena-base.

Quanto à culpabilidade, antecedentes, motivos, consequências, personalidade do réu, conduta social e comportamento da vítima, não há comentários a serem feitos no sentido da exasperação da pena.

Quanto às circunstâncias do crime, repete-se aqui, parcialmente, a fundamentação já exposta nos tópicos anteriores.

Com efeito, percebe-se, pelo *modus operandi* empregado, um substantivo grau de profissionalização da atividade criminosa, com emprego de técnicas e equipamentos especializados, que atraem maior reprovação.

Assim, consideradas as circunstâncias do crime citadas, exaspero a pena privativa de liberdade cominada ao delito em 1/6.

Assim, fixo a pena-base em 23 (vinte e três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 280 (duzentos e oitenta) dias-multa, em proporcionalidade à pena privativa de liberdade.

Pena Intermediária.

Ausentes circunstâncias atenuantes.

Repisa-se aqui a fundamentação já exposta, que afasta a incidência da atenuante da confissão.

Observe-se que no caso dos policiais militares o réu não se limitou a negar a autoria dos disparos, como fez no caso do PRFs, negando mesmo que tenham ocorrido disparos em direção dos policiais, afirmando ter sido vítima de uma ação arbitrária da Polícia Militar.

Não existem circunstâncias agravantes.

Permanece a pena intermediária, assim, em 23 (vinte e três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 280 (duzentos e oitenta) dias-multa.

Pena Definitiva.

Ausentes causas de aumento de pena.

Presente a causa de diminuição da tentativa (CP, art. 14, parágrafo único), que enseja diminuição da pena de 1/3 a 2/3.

Ressalto que, segundo a jurisprudência, a fração de diminuição se orienta pela proximidade da consumação do crime, no caso concreto. Ou seja, quando mais perto da consumação plena do crime se colocar a conduta do agente, menor será a fração de diminuição.

No caso concreto, houve consumação da subtração, uma vez que os autores adquiriram, mediante emprego de grave ameaça, a posse do automóvel Ford/Ranger.

Não obstante, não houve consumação do resultado morte, ou mesmo qualquer policial militar que tenha sido atingido pelos disparos de arma de fogo realizados pelos réus. Assim, aplico o gradiente de diminuição máximo, de 2/3.

Fica a pena definitiva fixada, assim, para cada um dos 6 (seis) crimes de latrocínio tentado praticados contra policiais militares, em 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e 93 (noventa e três) dias-multa.

O regime inicial de cumprimento de pena, para cada um desses crimes isoladamente considerados, é o fechado, considerada a circunstância judicial desfavorável (CP, art. 33, §2, “b” e §3).

3.2.4. Do Crime Continuado e Unificação Parcial das Penas.

Como já afirmado, foram praticados, pelos réus, 9 (nove) crimes de latrocínio tentado, divididos em 2 (dois) conjuntos de fatos.

No primeiro conjunto de fatos foram vítimas, além de Bruno Vaitiekunas, que teve seu caminhão subtraído, os policiais rodoviários federais Bruno Gonçalves, Augusto Takaia e Emerson Peretto.

No segundo conjunto de fatos, foram vítimas Aquilino Rodrigues Hernandez Junior, Fábio Salim Maluf, Raphael Luis Cocco, Paulo Sérgio Sabino da Silva e Carlos Alberto Ghiraldi, que tiveram seus bens móveis subtraídos, e Uelton Rodrigues dos Santos, Thiago Alessandro Soares, Márcio Rogério Ferreira, João Paulo da Silva Oliveira, Luciano Vieira Ramos e Ricardo Camargo, policiais militares, que foram alvos de tiros disparados pelos réus.

Como já afirmado, aplica-se ao caso a figura do crime continuado (CP, art. 71), uma vez que os crimes, da mesma espécie, foram praticados nos exatos termos descritos na norma, quais sejam, identidade de tempo, lugar e maneira de execução.

A exasperação da pena cominada ao crime continuado se dá pela consideração do número de crimes praticados. Nesse sentido, cita-se, novamente, a “Jurisprudência em Teses” do Superior Tribunal de Justiça:

“Na continuidade delitiva prevista no *caput* do art. 71 do CP, o aumento se faz em razão do número de infrações praticadas e de acordo com a seguinte correlação: 1/6 para duas infrações; 1/5 para três; 1/4 para quatro; 1/3 para cinco; 1/2 para seis; 2/3 para sete ou mais ilícitos.”⁵

5 Superior Tribunal de Justiça. “Jurisprudência em Teses”. Edição 20 – Do Crime Continuado – II, item 8. Precedentes citados: HC 107443/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, Julgado em 03/06/2014, DJE 20/06/2014; REsp 981837/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, Julgado em 24/04/2014, DJE 05/05/2014; HC 265385/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, Julgado em 08/04/2014, DJE 24/04/2014; HC

Deixo de aplicar a regra prevista no Código Penal, art. 71, parágrafo único, que faculta ao magistrado, nos casos de crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, aumentar em até o triplo a pena imposta, por entender que a incidência de norma se mostra desproporcional e desnecessária à adequada punição do réu, considerados os fins do direito penal.

Assim, considerando que foram praticados 9 (nove) crimes de latrocínio em sua forma tentada, a pena unificada para os crimes decorrerá da aplicação da fração de aumento de 2/3 sobre a pena mais grave cominada, que foi de 18 (dezoito) anos, 6 (seis) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão (item 3.1.1).

A pena privativa de liberdade unificada para os crimes de latrocínio tentado resta fixada, assim, em 30 (trinta) anos e 11 (onze) meses de reclusão.

As penas de multa devem ser, no caso de concurso de crimes, somadas distinta e integralmente. Assim, fica a pena de multa fixada em 1.004 (mil e quatro) dias-multa.

Considerada a precária condição econômica do réu, por ele declarada durante seu interrogatório, fixo o valor do dia-multa em 1/30 (um trinta-avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos (CP, art. 60, *caput*).

O regime inicial de cumprimento de pena, para esses crimes, deverá ser o fechado (CP, art. 33, §2, "a").

3.2.5. Do Crime de Cárcere Privado (Código Penal, art. 148).

Pena-Base.

As circunstâncias judiciais apresentam-se, todas elas, favoráveis.

Assim, fixo a pena-base no mínimo legal, em 1 (um) ano de reclusão.

Pena Intermediária.

Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Aqui também está ausente a confissão, uma vez que o réu, em suas peças defensivas e interrogatório, afirmou que não houve cárcere privado, dizendo que teria sido facultado às vítimas sair do local, livremente.

Mantém-se a pena intermediária, assim, em 1 (um) ano de reclusão.

Pena Definitiva.

Ausentes causas de aumento ou diminuição de pena, consolida-se a pena definitiva em 1 (um) ano de reclusão.

O regime inicial de pena para este crime, isoladamente considerado, é o fechado, considerada a reincidência e as circunstâncias judiciais favoráveis (CP, art. 33, §2º, "c").

3.2.5.1. Do Concurso Formal.

Os 4 (quatro) crimes de cárcere privado foram praticados em concurso formal (CP, art. 70).

238262/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, Julgado em 18/03/2014, DJE 28/03/2014; HC 127463/MG, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, Julgado em 05/12/2013, DJE 16/12/2013; HC 231864/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, Julgado em 06/06/2013, DJE 21/06/2013; HC 184816/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, Julgado em 25/06/2013, DJE 01/07/2013; HC 190471/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, Julgado em 19/02/2013, DJE 01/03/2013.

Assim, a unificação das penas se dará com exasperação da pena de um só dos crimes, fixada em 1 (um) ano de reclusão, em 1/3.

Fica a pena final dos crimes de cárcere privado fixada, assim, em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão.

O regime inicial de pena para este crime, isoladamente considerado, é o fechado, considerada a reincidência e as circunstâncias judiciais favoráveis (CP, art. 33, §2º, “c”).

3.2.6. Do Porte Ilegal de Arma de Fogo de Uso Restrito (L10826, art. 16)

Pena-Base.

Quanto à culpabilidade, antecedentes, motivos, consequências, personalidade do réu, conduta social e comportamento da vítima, não há comentários a serem feitos no sentido da exasperação da pena.

Quanto às circunstâncias do crime, são duas as considerações a serem tecidas.

Primeira, quanto à natureza das armas de fogo, do tipo fuzil, que revela potencial de lesividade exponencialmente maior do que aquele observado em armas curtas, do tipo revólver ou pistola.

Segunda, a quantidade de armas apreendidas, 3 (três), o que também revela maior gravidade da conduta dos autores, quando comparada àquele que porta uma única arma de fogo.

Assim, consideradas as circunstâncias especialmente gravosas do crime, exaspero a pena-base em 1/3, fixando-a em 4 (quatro) anos de reclusão, e 48 (quarenta e oito) dias-multa.

Pena Intermediária.

Não se fazem presentes circunstâncias agravantes.

Quanto às atenuantes, entendo presente a confissão.

Observe-se que, conquanto os réus tenham afirmado, em seus interrogatórios, que não fizeram uso das armas de fogo, e que estas teriam sido colocadas no automóvel Toyota/Corolla, em que fugiram, pelos indivíduos supostamente conhecidos como “Buiú” e “Paulo”, sua narrativa não chegou ao ponto de englobar causas excludentes de ilicitude ou culpabilidade.

Assim, ainda que não tivessem feito uso das armas de fogo ou desejado, espontaneamente, carregá-las consigo, a narrativa dos réus engloba o porte voluntário das armas de fogo, que perfaz o tipo penal.

Atenuo a pena, assim, em 1/6, fixando a pena intermediária em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 40 (quarenta) dias-multa.

Pena Definitiva.

Ausentes causas de aumento e diminuição de pena.

Fica a pena definitiva estabilizada, assim, em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 40 (quarenta) dias-multa.

Unificação Definitiva das Penas.

Fixadas individualmente as penas para os crimes praticados, devem elas serem somadas, para fins de fixação do regime inicial de cumprimento (L7210, art. 111), e verificação da viabilidade de substituição da pena privativa de liberdade por substitutiva de direitos (CP, art. 44), ou da suspensão condicional da pena (CP, art. 77).

Somadas, as penas privativas de liberdade cominadas ao réu totalizam 35 (trinta e cinco) anos e 7 (sete) meses de reclusão, e 1044 dias-multa no valor de 1/30 salário-mínimo à época dos fatos, cada.

O regime inicial de cumprimento de pena será o fechado (CP, art. 33, §2, “a”).

Incabível, em razão do tempo de pena privativa de liberdade concretamente imposto ao réu, a substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 44), ou a suspensão condicional do processo (CP, art. 77).

3.3. *Davi Ramos;*

3.3.1. *Do Crime de Latrocínio Tentado (Código Penal, art. 157, §3, II c/c art. 14, II) Praticado Contra o Policial Rodoviário Federal Bruno Gonçalves.*

Pena-Base.

Quanto à culpabilidade, entendo-a normal ao tipo penal, que já recebeu, objetivamente, um severo juízo de reprovabilidade pelo legislador.

Quanto aos antecedentes, entendidos como condenações penais pretéritas, transitadas em julgado, impassíveis de consideração como causas de reincidência (CP, arts. 63-64), não existem registros de processos nos quais Davi Ramos tenha sido condenado definitivamente (id. 26165574, fls. 14).

Não existem quaisquer informações concretas que permitam valoração negativa da personalidade do réu ou de sua conduta social.

Quanto às circunstâncias do crime, entretanto, existem considerações a serem feitas.

Com efeito, percebe-se, pelo *modus operandi* empregado, um substantivo grau de profissionalização da atividade criminosa, com emprego de técnicas e equipamentos especializados, que atraem maior reprovação.

Igualmente, relevante a circunstância da manutenção da vítima Bruno Vaitiekunas em cárcere após o crime, sendo ele colocado, encapuzado, em um dos carros utilizados no crime, e levado do local da subtração, sendo libertado, cerca de uma hora depois, em uma estrada vicinal.

Assim, consideradas as circunstâncias do crime citadas, exaspero a pena privativa de liberdade cominada ao delito em 1/5.

As consequências do crime merecem, igualmente, valoração negativa. Um dos disparos de arma de fogo efetuados pelos réus atingiu ambas as pernas da vítima Bruno Gonçalves, transfixando-as e causando fratura exposta da fíbula direita. O policial ficou com sequelas em uma das pernas, relatando diminuição da sensibilidade e da capacidade de movimento do membro (id. 20808040, fls. 31), além de ter ficado 97 (noventa e sete) dias afastado de seu trabalho (id. 23912859).

Destaque-se ainda que o paciente apresentou quadro de ansiedade e estresse pós-traumático, após o crime (id. 25993883, fls. 3).

Assim, considerando as consequências do crime, exaspero a pena-base em 1/8.

No que se refere aos motivos do crime, não se vislumbra outro senão o lucro, sendo esse o escopo comum dos crimes contra o patrimônio.

O comportamento das vítimas não teve relevância no caso concreto.

Assim, fixo a pena-base em 26 (vinte e seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 318 (trezentos e dezoito) dias-multa, em proporcionalidade à pena privativa de liberdade.

Pena Intermediária.

Na segunda fase, se analisa a existência de circunstâncias atenuantes ou agravantes da pena (CP, arts. 61-65).

Não existem circunstâncias atenuantes incidentes sobre o caso.

Destaco que não houve confissão. Ao contrário, a defesa buscou, reiteradamente, construir teses que excluía a participação do réu no crime de latrocínio, negando que estivesse no local do crime por ocasião dos disparos de arma de fogo, que estivesse armado, ou mesmo que soubesse do emprego de armas de fogo na ação criminosa.

Ressalto que o fato de ter admito, em seu interrogatório, que participaria do roubo não atrai a atenuante da confissão no caso concreto. Como dito, a assertiva se deu cercada de inúmeras qualificadoras que, essencialmente, eximiriam o réu de responsabilidade pelo crime em tela, qual seja, latrocínio.

Invoco, nesse ponto, o enunciado 545 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, que afirma que “quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal.”, aplicada a *contrario sensu*, uma vez que os autores foram presos em flagrante.

Presente a agravante da impossibilidade de defesa da vítima (CP, art. 61, II, “c”), uma vez que os disparos foram feitos contra os policiais rodoviários federais de dentro de outro veículo, surpreendendo-os e impossibilitando reação de Bruno Gonçalves. Exaspero a pena, em consequência disso, em 1/6.

Assim, resta a pena intermediária fixada em 30 (trinta) anos e 11 (onze) meses de reclusão, e 371 (trezentos e setenta e um) dias-multa.

Pena Definitiva.

Na terceira fase computam-se as causas de diminuição ou aumento da pena.

Não existem causas de aumento de pena.

Presente a causa de diminuição da tentativa (CP, art. 14, parágrafo único), que enseja diminuição da pena de 1/3 a 2/3.

Ressalto que, segundo a jurisprudência, a fração de diminuição se orienta pela proximidade da consumação do crime, no caso concreto. Ou seja, quando mais perto da consumação plena do crime se colocar a conduta do agente, menor será a fração de diminuição.

No caso em tela, observo que um tiro de fuzil calibre .556 atingiu a vítima Bruno Gonçalves, transfixando suas duas pernas e causando uma fratura exposta da fíbula direita. O ferimento causou longo período de recuperação para a vítima, que até o momento ainda não recuperou plenamente as funcionalidades de suas pernas.

De outro vértice, a consumação da subtração patrimonial ocorreu plenamente, uma vez que houve inversão da posse da coisa, que passou aos réus. O embate com os policiais rodoviários federais, que forçou a fuga dos agentes, abandonando o caminhão, se deu após a subtração, não havendo que se falar em tentativa nesse ponto.

Assim, considerando ter a conduta imputada ao réu se aproximado razoavelmente da consumação do crime, diminuo a pena em 2/5.

Resta a pena definitiva fixada, para este crime, em 18 (dezoito) anos 6 (seis) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, e 222 (duzentos e vinte e dois) dias-multa.

O regime inicial de cumprimento, para esse crime isoladamente considerado, será o fechado (CP, art. 33, §2, “a”).

3.3.2. Dos Crimes de Latrocínio Tentado (Código Penal, art. 157, §3, II c/c art. 14, II) Praticado Contra os Policiais Rodoviários Federais Augusto Takaia e Emerson Peretto.

Pena-Base.

Quanto à culpabilidade, antecedentes, motivos, consequências, personalidade do réu,

conduta social e comportamento da vítima, não há comentários a serem feitos no sentido da exasperação da pena.

Quanto às circunstâncias do crime, repete-se aqui, parcialmente, a fundamentação já exposta no tópico anterior.

Com efeito, percebe-se, pelo *modus operandi* empregado, um substantivo grau de profissionalização da atividade criminosa, com emprego de técnicas e equipamentos especializados, que atraem maior reprovação.

Igualmente, relevante a circunstância da manutenção da vítima Bruno Vaitiekunas em cárcere após o crime, sendo ele colocado, encapuzado, em um dos carros utilizados no crime, e levado do local da subtração, sendo libertado, cerca de uma hora depois, em uma estrada vicinal.

Assim, consideradas as circunstâncias do crime citadas, exaspero a pena privativa de liberdade cominada ao delito em 1/5.

Assim, fixo a pena-base em 24 (vinte quatro) anos de reclusão, e 288 (duzentos e oitenta e oito) dias-multa, em proporcionalidade à pena privativa de liberdade.

Pena Intermediária.

Na segunda fase, se analisa a existência de circunstâncias atenuantes ou agravantes da pena (CP, arts. 61-65).

Não existem circunstâncias atenuantes incidentes sobre o caso.

Presente a agravante prevista no CP, art. 61, II, “c”, em razão da qual agravo a pena em 1/6.

Fica a pena intermediária fixada em 28 (vinte e oito) anos de reclusão, e 336 (trezentos e trinta e seis) dias-multa.

Pena Definitiva.

Na terceira fase computam-se as causas de diminuição ou aumento da pena.

Presente a causa de diminuição da tentativa (CP, art. 14, parágrafo único), que enseja diminuição da pena de 1/3 a 2/3.

Ressalto que, segundo a jurisprudência, a fração de diminuição se orienta pela proximidade da consumação do crime, no caso concreto. Ou seja, quando mais perto da consumação plena do crime se colocar a conduta do agente, menor será a fração de diminuição.

No caso em tela, houve, como já afirmado, consumação da subtração patrimonial.

Entretanto, não houve aproximação significativa do resultado morte, uma vez que Augusto Takaia foi atingido de raspão, enquanto Emerson Peretto não foi atingido, tendo inclusive disparado, em resposta, contra os réus.

Assim, diminuo a pena em 2/3.

Resta a pena definitiva fixada, para cada um dos crimes de latrocínio tentado praticados contra os policiais rodoviários federais Augusto Takaia e Emerson Peretto, em 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 112 (cento e doze) dias-multa.

O regime inicial de cumprimento, para esse crime isoladamente considerado, será o fechado (CP, art. 33, §2, “a”).

3.3.2.1. Do Concurso Formal de Crimes.

Como afirmado, os 3 (três) crimes de latrocínio tentado que compõe o primeiro conjunto de fatos, que vitimaram Bruno Vaitiekunas, Bruno Gonçalves, Augusto Takaia e Emerson Peretto, foram praticados através de uma única conduta, caracterizando-se, assim, o concurso formal de crimes (CP, art. 70).

Não obstante, deixo de aplicar a exasperação de pena prevista no Código Penal, artigo 70, em razão da incidência concomitante da figura do crime continuado (CP, art. 71), nos termos da fundamentação já exposta.

3.3.3. Dos Crimes de Latrocínio Tentado (Código Penal, art. 157, §3, II c/c art. 14, II) Praticado Contra os 6 (seis) Policiais Militares.

Pena-base.

Quanto à culpabilidade, antecedentes, motivos, consequências, personalidade do réu, conduta social e comportamento da vítima, não há comentários a serem feitos no sentido da exasperação da pena.

Quanto às circunstâncias do crime, repete-se aqui, parcialmente, a fundamentação já exposta nos tópicos anteriores.

Com efeito, percebe-se, pelo *modus operandi* empregado, um substantivo grau de profissionalização da atividade criminosa, com emprego de técnicas e equipamentos especializados, que atraem maior reprovação.

Assim, consideradas as circunstâncias do crime citadas, exaspero a pena privativa de liberdade cominada ao delito em 1/6.

Assim, fixo a pena-base em 23 (vinte e três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 280 (duzentos e oitenta) dias-multa, em proporcionalidade à pena privativa de liberdade.

Pena Intermediária.

Ausentes circunstâncias atenuantes.

Repisa-se aqui a fundamentação já exposta, que afasta a incidência da atenuante da confissão.

Observe-se que no caso dos policiais militares o réu não se limitou a negar a autoria dos disparos, como fez no caso do PRFs, negando mesmo que tenham ocorrido disparos em direção dos policiais, afirmando ter sido vítima de uma ação arbitrária da Polícia Militar.

Não existem circunstâncias agravantes.

Permanece a pena intermediária, assim, em 23 (vinte e três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 280 (duzentos e oitenta) dias-multa.

Pena Definitiva.

Ausentes causas de aumento de pena.

Presente a causa de diminuição da tentativa (CP, art. 14, parágrafo único), que enseja diminuição da pena de 1/3 a 2/3.

Ressalto que, segundo a jurisprudência, a fração de diminuição se orienta pela proximidade da consumação do crime, no caso concreto. Ou seja, quando mais perto da consumação plena do crime se colocar a conduta do agente, menor será a fração de diminuição.

No caso concreto, houve consumação da subtração, uma vez que os autores adquiriram, mediante emprego de grave ameaça, a posse do automóvel Ford/Ranger.

Não obstante, não houve consumação do resultado morte, ou mesmo qualquer policial militar que tenha sido atingido pelos disparos de arma de fogo realizados pelos réus. Assim, aplico o gradiente de diminuição máximo, de 2/3.

Fica a pena definitiva fixada, assim, para cada um dos 6 (seis) crimes de latrocínio tentado praticados contra policiais militares, em 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e 93 (noventa e três) dias-multa.

O regime inicial de cumprimento de pena, para cada um desses crimes isoladamente considerados, é o fechado, considerada a circunstância judicial desfavorável (CP, art. 33, §2, “b” e §3).

3.3.4. *Do Crime Continuado e Unificação Parcial das Penas.*

Como já afirmado, foram praticados, pelos réus, 9 (nove) crimes de latrocínio tentado, divididos em 2 (dois) conjuntos de fatos.

No primeiro conjunto de fatos foram vítimas, além de Bruno Vaitiekunas, que teve seu caminhão subtraído, os policiais rodoviários federais Bruno Gonçalves, Augusto Takaia e Emerson Peretto.

No segundo conjunto de fatos, foram vítimas Aquilino Rodrigues Hernandez Junior, Fábio Salim Maluf, Raphael Luis Cocco, Paulo Sérgio Sabino da Silva e Carlos Alberto Ghiraldi, que tiveram seus bens móveis subtraídos, e Uelton Rodrigues dos Santos, Thiago Alessandro Soares, Márcio Rogério Ferreira, João Paulo da Silva Oliveira, Luciano Vieira Ramos e Ricardo Camargo, policiais militares, que foram alvos de tiros disparados pelos réus.

Como já afirmado, aplica-se ao caso a figura do crime continuado (CP, art. 71), uma vez que os crimes, da mesma espécie, foram praticados nos exatos termos descritos na norma, quais sejam, identidade de tempo, lugar e maneira de execução.

A exasperação da pena cominada ao crime continuado se dá pela consideração do número de crimes praticados. Nesse sentido, cita-se, novamente, a “Jurisprudência em Teses” do Superior Tribunal de Justiça:

“Na continuidade delitiva prevista no *caput* do art. 71 do CP, o aumento se faz em razão do número de infrações praticadas e de acordo com a seguinte correlação: 1/6 para duas infrações; 1/5 para três; 1/4 para quatro; 1/3 para cinco; 1/2 para seis; 2/3 para sete ou mais ilícitos.”⁶

Deixo de aplicar a regra prevista no Código Penal, art. 71, parágrafo único, que faculta ao magistrado, nos casos de crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, aumentar em até o triplo a pena imposta, por entender que a incidência de norma se mostra desproporcional e desnecessária à adequada punição do réu, considerados os fins do direito penal.

Assim, considerando que foram praticados 9 (nove) crimes de latrocínio em sua forma tentada, a pena unificada para os crimes decorrerá da aplicação da fração de aumento de 2/3 sobre a pena mais grave cominada, que foi de 18 (dezoito) anos 6 (seis) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão (item 3.1.1).

A pena privativa de liberdade unificada para os crimes de latrocínio tentado resta fixada, assim, em 30 (trinta) anos e 11 (onze) meses de reclusão.

6 Superior Tribunal de Justiça. “Jurisprudência em Teses”. Edição 20 – Do Crime Continuado – II, item 8. Precedentes citados: HC 107443/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, Julgado em 03/06/2014, DJE 20/06/2014; REsp 981837/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, Julgado em 24/04/2014, DJE 05/05/2014; HC 265385/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, Julgado em 08/04/2014, DJE 24/04/2014; HC 238262/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, Julgado em 18/03/2014, DJE 28/03/2014; HC 127463/MG, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, Julgado em 05/12/2013, DJE 16/12/2013; HC 231864/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, Julgado em 06/06/2013, DJE 21/06/2013; HC 184816/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, Julgado em 25/06/2013, DJE 01/07/2013; HC 190471/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, Julgado em 19/02/2013, DJE 01/03/2013.

As penas de multa devem ser, no caso de concurso de crimes, somadas distinta e integralmente. Assim, fica a pena de multa fixada em 1.004 (mil e quatro) dias-multa.

Considerada a precária condição econômica do réu, por ele declarada durante seu interrogatório, fixo o valor do dia-multa em 1/30 (um trinta-avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos (CP, art. 60, *caput*).

O regime inicial de cumprimento de pena, para esses crimes, deverá ser o fechado (CP, art. 33, §2, “a”).

3.1.5. Do Crime de Cárcere Privado (Código Penal, art. 148).

Pena-Base.

As circunstâncias judiciais apresentam-se, todas elas, favoráveis.

Assim, fixo a pena-base no mínimo legal, em 1 (um) ano de reclusão.

Pena Intermediária.

Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Aqui também está ausente a confissão, uma vez que o réu, em suas peças defensivas e interrogatório, afirmou que não houve cárcere privado, dizendo que teria sido facultado às vítimas sair do local, livremente.

Mantém-se a pena intermediária, assim, em 1 (um) ano de reclusão.

Pena Definitiva.

Ausentes causas de aumento ou diminuição de pena, consolida-se a pena definitiva em 1 (um) ano de reclusão.

O regime inicial de pena para este crime, isoladamente considerado, é o fechado, considerada a reincidência e as circunstâncias judiciais favoráveis (CP, art. 33, §2º, “c”).

3.3.5.1. Do Concurso Formal.

Os 4 (quatro) crimes de cárcere privado foram praticados em concurso formal (CP, art. 70).

Assim, a unificação das penas se dará com exasperação da pena de um só dos crimes, fixada em 1 (um) ano de reclusão, em 1/3.

Fica a pena final dos crimes de cárcere privado fixada, assim, em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão.

O regime inicial de pena para este crime, isoladamente considerado, é o fechado, considerada a reincidência e as circunstâncias judiciais favoráveis (CP, art. 33, §2º, “c”).

3.3.6 Do Porte Ilegal de Arma de Fogo de Uso Restrito (L10826, art. 16)

Pena-Base.

Quanto à culpabilidade, antecedentes, motivos, consequências, personalidade do réu, conduta social e comportamento da vítima, não há comentários a serem feitos no sentido da exasperação da pena.

Quanto às circunstâncias do crime, são duas as considerações a serem tecidas.

Primeira, quanto à natureza das armas de fogo, do tipo fuzil, que revela potencial de lesividade exponencialmente maior do que aquele observado em armas curtas, do tipo revólver ou pistola.

Segunda, a quantidade de armas apreendidas, 3 (três), o que também revela maior gravidade da conduta dos autores, quando comparada àquele que porta uma única arma de fogo.

Assim, consideradas as circunstâncias especialmente gravosas do crime, exaspero a pena-base em 1/3, fixando-a em 4 (quatro) anos de reclusão, e 48 (quarenta e oito) dias-multa.

Pena Intermediária.

Não se fazem presentes circunstâncias agravantes.

Quanto às atenuantes, entendo presente a confissão.

Observe-se que, conquanto os réus tenham afirmado, em seus interrogatórios, que não fizeram uso das armas de fogo, e que estas teriam sido colocadas no automóvel Toyota/Corolla, em que fugiram, pelos indivíduos supostamente conhecidos como “Buiú” e “Paulo”, sua narrativa não chegou ao ponto de englobar causas excludentes de ilicitude ou culpabilidade.

Assim, ainda que não tivessem feito uso das armas de fogo ou desejado, espontaneamente, carregá-las consigo, a narrativa dos réus engloba o porte voluntário das armas de fogo, que perfaz o tipo penal.

Atenuo a pena, assim, em 1/6, fixando a pena intermediária em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 40 (quarenta) dias-multa.

Pena Definitiva.

Ausentes causas de aumento e diminuição de pena.

Fica a pena definitiva estabilizada, assim, em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 40 (quarenta) dias-multa.

3.3.7 Unificação Definitiva das Penas.

Fixadas individualmente as penas para os crimes praticados, devem elas serem somadas, para fins de fixação do regime inicial de cumprimento (L7210, art. 111), e verificação da viabilidade de substituição da pena privativa de liberdade por substitutiva de direitos (CP, art. 44), ou da suspensão condicional da pena (CP, art. 77).

Somadas, as penas privativas de liberdade cominadas ao réu totalizam 35 (trinta e cinco) anos e 7 (sete) meses de reclusão, e 1044 dias-multa no valor de 1/30 salário-mínimo à época dos fatos, cada.

O regime inicial de cumprimento de pena será o fechado (CP, art. 33, §2, “a”).

Incabível, em razão do tempo de pena privativa de liberdade concretamente imposto ao réu, a substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 44), ou a suspensão condicional do processo (CP, art. 77).

3.4. Domingos Mesquita de Carvalho;

3.4.1. Do Crime de Latrocínio Tentado (Código Penal, art. 157, §3, II c/c art. 14, II) Praticado Contra o Policial Rodoviário Federal Bruno Gonçalves.

Pena-Base.

Quanto à culpabilidade, motivos, conduta social, personalidade do agente, antecedentes e comportamento da vítima, não há comentários relevantes a serem tecidos, para fim de exasperação da pena.

Quanto às circunstâncias do crime, existem considerações a serem feitas.

Com efeito, percebe-se, pelo *modus operandi* empregado, um substantivo grau de profissionalização da atividade criminosa, com emprego de técnicas e equipamentos especializados, que atraem maior reprovação.

Igualmente, relevante a circunstância da manutenção da vítima Bruno Vaitiekunas em cárcere após o crime, sendo ele colocado, encapuzado, em um dos carros utilizados no

crime, e levado do local da subtração, sendo libertado, cerca de uma hora depois, em uma estrada vicinal.

Assim, consideradas as circunstâncias do crime citadas, exaspero a pena privativa de liberdade cominada ao delito em 1/5.

As consequências do crime merecem, igualmente, valoração negativa. Um dos disparos de arma de fogo efetuados pelos réus atingiu ambas as pernas da vítima Bruno Gonçalves, transfixando-as e causando fratura exposta da fíbula direita. O policial ficou com sequelas em uma das pernas, relatando diminuição da sensibilidade e da capacidade de movimento do membro (id. 20808040, fls. 31), além de ter ficado 97 (noventa e sete) dias afastado de seu trabalho (id. 23912859).

Destaque-se ainda que o paciente apresentou quadro de ansiedade e estresse pós-traumático, após o crime (id. 25993883, fls. 3).

Assim, considerando as consequências do crime, exaspero a pena-base em 1/8.

No que se refere aos motivos do crime, não se vislumbra outro senão o lucro, sendo esse o escopo comum dos crimes contra o patrimônio.

O comportamento das vítimas não teve relevância no caso concreto.

Assim, fixo a pena-base em 26 (vinte e seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 318 (trezentos e dezoito) dias-multa, em proporcionalidade à pena privativa de liberdade.

Pena Intermediária.

Na segunda fase, se analisa a existência de circunstâncias atenuantes ou agravantes da pena (CP, arts. 61-65).

Não existem circunstâncias atenuantes incidentes sobre o caso.

Observe-se que não houve confissão. Ao contrário, a defesa buscou, reiteradamente, construir teses que excluam a participação do réu no crime de latrocínio, negando que estivesse no local do crime por ocasião dos disparos de arma de fogo, que estivesse armado, ou mesmo que soubesse do emprego de armas de fogo na ação criminosa.

Ressalto que o fato de ter admito, em seu interrogatório, que participaria do roubo não atrai a atenuante da confissão no caso concreto. Como dito, a assertiva se deu cercada de inúmeras qualificadoras que, essencialmente, eximiriam o réu de responsabilidade pelo crime em tela, qual seja, latrocínio.

Invoco, nesse ponto, o enunciado 545 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, que afirma que “quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal.”, aplicada a *contrario sensu*, uma vez que os autores foram presos em flagrante.

Presente a agravante da impossibilidade de defesa da vítima (CP, art. 61, II, “c”, uma vez que os disparos foram feitos contra os policiais rodoviários federais de dentro de outro veículo, surpreendendo-os e impossibilitando reação de Bruno Gonçalves. Exaspero a pena, em consequência disso, em 1/6.

Presente, também, a agravante da reincidência, uma vez que o réu foi condenado, em dois processos, por crimes de roubo circunstanciado tentado, e receptação, sendo certo que o final do cumprimento da pena só ocorreu em 25.03.2015 (CP, art. 61, I, e id. 20808009, fls. 51). Por esta razão, aumento a pena em 1/6.

Assim, resta a pena intermediária fixada em 35 (trinta e cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 424 (quatrocentos e vinte e quatro) dias-multa.

Pena Definitiva.

Na terceira fase computam-se as causas de diminuição ou aumento da pena.

Não existem causas de aumento de pena incidentes sobre o caso concreto.

Presente a causa de diminuição da tentativa (CP, art. 14, parágrafo único), que enseja diminuição da pena de 1/3 a 2/3.

Ressalto que, segundo a jurisprudência, a fração de diminuição se orienta pela proximidade da consumação do crime, no caso concreto. Ou seja, quando mais perto da consumação plena do crime se colocar a conduta do agente, menor será a fração de diminuição.

No caso em tela, observo que um tiro de fuzil calibre .556 atingiu a vítima Bruno Gonçalves, transfixando suas duas pernas e causando uma fratura exposta da fíbula direita. O ferimento causou longo período de recuperação para a vítima, que até o momento ainda não recuperou plenamente as funcionalidades de suas pernas.

De outro vértice, a consumação da subtração patrimonial se consumou plenamente, uma vez que houve inversão da posse da coisa, que passou aos réus. O embate com os policiais rodoviários federais, após o qual fugiram os réus abandonando o caminhão, se deu após a subtração, não havendo que se falar em tentativa nesse ponto.

Assim, considerando ter a conduta imputada ao réu se aproximado razoavelmente da consumação do crime, diminuo a pena em 2/5.

Resta a pena definitiva fixada, para este crime, em 21 (vinte e um) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, e 254 (duzentos e cinquenta e quatro) dias-multa.

O regime inicial de cumprimento, para esse crime isoladamente considerado, será o fechado (CP, art. 33, §2, "a").

3.4.2. Dos Crimes de Latrocínio Tentado (Código Penal, art. 157, §3, II c/c art. 14, II) Praticado Contra os Policiais Rodoviários Federais Augusto Takaia e Emerson Peretto.

Pena-Base.

Quanto à culpabilidade, antecedentes, motivos, consequências, personalidade do réu, conduta social e comportamento da vítima, não há comentários a serem feitos no sentido da exasperação da pena.

Quanto às circunstâncias do crime, repete-se aqui, parcialmente, a fundamentação já exposta no tópico anterior.

Com efeito, percebe-se, pelo *modus operandi* empregado, um substantivo grau de profissionalização da atividade criminosa, com emprego de técnicas e equipamentos especializados, que atraem maior reprovação.

Igualmente, relevante a circunstância da manutenção da vítima Bruno Vaitiekunas em cárcere após o crime, sendo ele colocado, encapuzado, em um dos carros utilizados no crime, e levado do local da subtração, sendo libertado, cerca de uma hora depois, em uma estrada vicinal.

Assim, consideradas as circunstâncias do crime citadas, exaspero a pena privativa de liberdade cominada ao delito em 1/5.

Assim, fixo a pena-base em 24 (vinte e quatro) anos de reclusão, e 288 (duzentos e oitenta e oito) dias-multa, em proporcionalidade à pena privativa de liberdade.

Pena Intermediária.

Na segunda fase, se analisa a existência de circunstâncias atenuantes ou agravantes da pena (CP, arts. 61-65).

Não existem circunstâncias atenuantes incidentes sobre o caso.

Presente a agravante prevista no CP, art. 61, II, “c”, em razão da qual agravo a pena em 1/6.

Presente, também, a agravante da reincidência, uma vez que o réu foi condenado, em dois processos, por crimes de roubo circunstanciado tentado, e receptação, sendo certo que o final do cumprimento da pena só ocorreu em 25.03.2015 (CP, art. 61, I, e id. 20808009, fls. 51). Por esta razão, aumento a pena em 1/6.

Fica a pena intermediária fixada em 32 (trinta e dois) anos de reclusão, e 384 (trezentos e oitenta e quatro) dias-multa.

Pena Definitiva.

Na terceira fase computam-se as causas de diminuição ou aumento da pena.

Presente a causa de diminuição da tentativa (CP, art. 14, parágrafo único), que enseja diminuição da pena de 1/3 a 2/3.

Ressalto que, segundo a jurisprudência, a fração de diminuição se orienta pela proximidade da consumação do crime, no caso concreto. Ou seja, quando mais perto da consumação plena do crime se colocar a conduta do agente, menor será a fração de diminuição.

No caso em tela, houve, como já afirmado, consumação da subtração patrimonial. Não obstante, não houve aproximação significativa do resultado morte, uma vez que Augusto Takaia foi atingido de raspão, enquanto Emerson Peretto não foi atingido, tendo inclusive disparado, em resposta, contra os réus.

Assim, diminuo a pena em 2/3.

Resta a pena definitiva fixada, para cada um dos crimes de latrocínio tentado praticados contra os policiais rodoviários federais Augusto Takaia e Emerson Peretto, em 10 (dez) anos e 8 (quatro) meses de reclusão, e 128 (cento e vinte e oito) dias-multa.

O regime inicial de cumprimento, para esse crime isoladamente considerado, será o fechado (CP, art. 33, §2, “a”).

3.4.2.1. Do Concurso Formal de Crimes.

Como afirmado, os 3 (três) crimes de latrocínio tentado que compõe o primeiro conjunto de fatos, que vitimaram Bruno Vaitiekunas, Bruno Gonçalves, Augusto Takaia e Emerson Peretto, foram praticados através de uma única conduta, caracterizando-se, assim, o concurso formal de crimes (CP, art. 70).

Não obstante, deixo de aplicar a exasperação de pena prevista no Código Penal, artigo 70, em razão da incidência concomitante da figura do crime continuado (CP, art. 71), nos termos da fundamentação já exposta.

3.4.3. Dos Crimes de Latrocínio Tentado (Código Penal, art. 157, §3, II c/c art. 14, II) Praticado Contra os 6 (seis) Policiais Militares.

Pena-base.

Quanto à culpabilidade, antecedentes, motivos, consequências, personalidade do réu, conduta social e comportamento da vítima, não há comentários a serem feitos no sentido da exasperação da pena.

Quanto às circunstâncias do crime, repete-se aqui, parcialmente, a fundamentação já exposta nos tópicos anteriores.

Com efeito, percebe-se, pelo *modus operandi* empregado, um substantivo grau de profissionalização da atividade criminosa, com emprego de técnicas e equipamentos espe-

cializados, que atraem maior reprovação.

Assim, consideradas as circunstâncias do crime citadas, exaspero a pena privativa de liberdade cominada ao delito em 1/6.

Assim, fixo a pena-base em 23 (vinte e três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 280 (duzentos e oitenta) dias-multa, em proporcionalidade à pena privativa de liberdade.

Pena Intermediária.

Ausentes circunstâncias atenuantes.

Repisa-se aqui a fundamentação já exposta, que afasta a incidência da atenuante da confissão.

Observe-se que no caso dos policiais militares o réu não se limitou a negar a autoria dos disparos, como fez no caso do PRFs, negando mesmo que tenham ocorrido disparos em direção dos policiais, afirmando ter sido vítima de uma ação arbitrária da Polícia Militar.

Presente, também, a agravante da reincidência, uma vez que o réu foi condenado, em dois processos, por crimes de roubo circunstanciado tentado, e receptação, sendo certo que o final do cumprimento da pena só ocorreu em 25.03.2015 (CP, art. 61, I, e id. 20808009, fls. 51). Por esta razão, aumento a pena em 1/6.

Fica a pena intermediária fixada, assim, em 27 (vinte e sete) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 326 (trezentos e vinte e seis) dias-multa.

Pena Definitiva.

Ausentes causas de aumento de pena.

Presente a causa de diminuição da tentativa (CP, art. 14, parágrafo único), que enseja diminuição da pena de 1/3 a 2/3.

Ressalto que, segundo a jurisprudência, a fração de diminuição se orienta pela proximidade da consumação do crime, no caso concreto. Ou seja, quando mais perto da consumação plena do crime se colocar a conduta do agente, menor será a fração de diminuição.

No caso concreto, houve consumação da subtração, uma vez que os autores adquiriram, mediante emprego de grave ameaça, a posse do automóvel Ford/Ranger.

Não obstante, não houve consumação do resultado morte, ou mesmo qualquer policial militar que tenha sido atingido pelos disparos de arma de fogo realizados pelos réus. Assim, aplico o gradiente de diminuição máximo, de 2/3.

Fica a pena definitiva fixada, assim, para cada um dos 6 (seis) crimes de latrocínio tentado praticados contra policiais militares, em 9 (nove) anos e 26 (vinte e seis) dias de reclusão, e 108 (cento e oito) dias-multa.

O regime inicial de cumprimento de pena, para cada um desses crimes isoladamente considerados, é o fechado, considerada a circunstância judicial desfavorável (CP, art. 33, §2, "b" e §3).

3.4.4. Do Crime Continuado e Unificação Parcial das Penas.

Como já afirmado, foram praticados, pelos réus, 9 (nove) crimes de latrocínio tentado, divididos em 2 (dois) conjuntos de fatos.

No primeiro conjunto de fatos foram vítimas, além de Bruno Vaitiekunas, que teve seu caminhão subtraído, os policiais rodoviários federais Bruno Gonçalves, Augusto Takaia e Emerson Peretto.

No segundo conjunto de fatos, foram vítimas Aquilino Rodrigues Hernandez Junior, Fábio Salim Maluf, Raphael Luis Cocco, Paulo Sérgio Sabino da Silva e Carlos Alberto Ghiraldi, que tiveram seus bens móveis subtraídos, e Uelton Rodrigues dos Santos, Thiago Alessandro Soares, Márcio Rogério Ferreira, João Paulo da Silva Oliveira, Luciano Vieira Ramos e Ricardo Camargo, policiais militares.

Como já afirmado, aplica-se ao caso a figura do crime continuado (CP, art. 71), uma vez que os crimes, da mesma espécie, foram praticados nos exatos termos descritos na norma, quais sejam, com identidade de tempo, lugar e maneira de execução.

A exasperação da pena cominada ao crime continuado se dá pela consideração do número de crimes praticados. Nesse sentido, cita-se, novamente, a “Jurisprudência em Teses” do Superior Tribunal de Justiça:

“Na continuidade delitiva prevista no *caput* do art. 71 do CP, o aumento se faz em razão do número de infrações praticadas e de acordo com a seguinte correlação: 1/6 para duas infrações; 1/5 para três; 1/4 para quatro; 1/3 para cinco; 1/2 para seis; 2/3 para sete ou mais ilícitos.”⁷

Deixo de aplicar a regra prevista no Código Penal, art. 71, parágrafo único, que faculta ao magistrado, nos casos de crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, aumentar em até o triplo a pena imposta, por entender que a incidência de norma se mostra desproporcional e desnecessária à adequada punição do réu, considerados os fins do direito penal.

Assim, considerando que foram praticados 9 (nove) crimes de latrocínio em sua forma tentada, a pena unificada para os crimes decorrerá da aplicação da fração de aumento de 2/3 sobre a pena mais grave cominada, que foi de 21 (vinte e um) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão (item 3.1.1).

A pena privativa de liberdade unificada para os crimes de latrocínio tentado resta fixada, assim, em 35 (trinta e cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

As penas de multa devem ser, no caso de concurso de crimes, somadas distinta e integralmente. Assim, fica a pena de multa fixada em 1.158 (mil, cento e cinquenta e oito) dias-multa.

Considerada a precária condição econômica do réu, por ele declarada durante seu interrogatório, fixo o valor do dia-multa em 1/30 (um trinta-avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos (CP, art. 60, *caput*).

O regime inicial de cumprimento de pena, para esses crimes, deverá ser o fechado (CP, art. 33, §2, “a”).

7 Superior Tribunal de Justiça. “Jurisprudência em Teses”. Edição 20 – Do Crime Continuado – II, item 8. Precedentes citados: HC 107443/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, Julgado em 03/06/2014, DJE 20/06/2014; REsp 981837/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, Julgado em 24/04/2014, DJE 05/05/2014; HC 265385/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, Julgado em 08/04/2014, DJE 24/04/2014; HC 238262/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, Julgado em 18/03/2014, DJE 28/03/2014; HC 127463/MG, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, Julgado em 05/12/2013, DJE 16/12/2013; HC 231864/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, Julgado em 06/06/2013, DJE 21/06/2013; HC 184816/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, Julgado em 25/06/2013, DJE 01/07/2013; HC 190471/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, Julgado em 19/02/2013, DJE 01/03/2013.

3.4.5. Do Crime de Cárcere Privado (Código Penal, art. 148).

Pena-Base.

As circunstâncias judiciais apresentam-se, todas elas, favoráveis.

Assim, fixo a pena-base no mínimo legal, em 1 (um) ano de reclusão.

Pena Intermediária.

Ausentes circunstâncias atenuantes.

Aqui também está ausente a confissão, uma vez que o réu, em suas peças defensivas e interrogatórios, afirmou que não houve cárcere privado, dizendo que teria sido facultado às vítimas sair do local, livremente.

Presente, também, a agravante da reincidência, uma vez que o réu foi condenado, em dois processos, por crimes de roubo circunstanciado tentado, e receptação, sendo certo que o final do cumprimento da pena só ocorreu em 25.03.2015 (CP, art. 61, I, e id. 20808009, fls. 51). Por esta razão, aumento a pena em 1/6.

Fixa-se a pena intermediária, assim, em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão.

Pena Definitiva.

Ausentes causas de aumento ou diminuição de pena, consolida-se a pena definitiva, para cada um dos crimes de cárcere privado, em 1 (um) ano e dois (dois meses) de reclusão.

O regime inicial de pena para este crime, isoladamente considerado, é o fechado, considerada a reincidência e as circunstâncias judiciais favoráveis (CP, art. 33, §2º, “c”).

3.4.5.1. Do Concurso Formal.

Os 4 (quatro) crimes de cárcere privado foram praticados em concurso formal (CP, art. 70).

Assim, a unificação das penas se dará com exasperação da pena de um só dos crimes, fixada em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, em 1/3.

Fica a pena final dos crimes de cárcere privado fixada, assim, em 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

O regime inicial de pena para este crime, isoladamente considerado, é o fechado, considerada a reincidência e as circunstâncias judiciais favoráveis (CP, art. 33, §2º, “c”).

3.4.6. Do Porte Ilegal de Arma de Fogo de Uso Restrito (L10826, art. 16)

Pena-Base.

Quanto à culpabilidade, antecedentes, motivos, consequências, personalidade do réu, conduta social e comportamento da vítima, não há comentários a serem feitos no sentido da exasperação da pena.

Quanto às circunstâncias do crime, são duas as considerações a serem tecidas.

Primeira, quanto à natureza das armas de fogo, do tipo fuzil, que revela potencial de lesividade exponencialmente maior do que aquele observado em armas curtas, do tipo revólver e pistola.

Segunda, a quantidade de armas apreendidas, 3 (três), o que também revela maior gravidade da conduta dos autores, quando comparada àquele que porta uma única arma de fogo.

Assim, consideradas as circunstâncias especialmente gravosas do crime, exaspero a pena-base em 1/3, fixando-a em 4 (quatro) anos de reclusão, e 48 (quarenta e oito) dias-multa.

Pena Intermediária.

Presente, também, a agravante da reincidência, uma vez que o réu foi condenado, em dois processos, por crimes de roubo circunstanciado tentado, e receptação, sendo certo que o

final do cumprimento da pena só ocorreu em 25.03.2015 (CP, art. 61, I, e id. 20808009, fls. 51). Por esta razão, aumento a pena em 1/6.

Quanto às atenuantes, entendo presente a confissão.

Observe-se que, conquanto os réus tenham afirmado, em seus interrogatórios, que não fizeram uso das armas de fogo, e que estas teriam sido colocadas no automóvel Toyota/Corolla em que fugiram pelos indivíduos supostamente conhecidos como “Buiú” e “Paulo”, sua narrativa não chegou ao ponto de englobar causas excludentes de ilicitude ou culpabilidade.

Assim, ainda que não tivessem feito uso das armas de fogo ou desejado, diretamente, carregá-las consigo, a narrativa dos réus engloba o porte voluntário das armas de fogo, que perfaz o tipo penal.

Seguindo orientação jurisprudencial, em se tratando de circunstâncias preponderantes, compensam-se a confissão e a reincidência, ficando a pena intermediária fixada em 4 (quatro) anos de reclusão, e 48 (quarenta e oito) dias-multa.

Pena Definitiva.

Ausentes causas de aumento e diminuição de pena.

Fica a pena definitiva estabilizada, assim, em 4 (quatro) anos de reclusão, e 48 (quarenta e oito) dias-multa.

3.4.7. Unificação Definitiva das Penas.

Fixadas individualmente as penas para os crimes praticados, devem elas serem somadas, para fins de fixação do regime inicial de cumprimento (L7210, art. 111), e verificação da viabilidade de substituição da pena privativa de liberdade por substitutiva de direitos (CP, art. 44), ou da suspensão condicional da pena (CP, art. 77).

Somadas, as penas privativas de liberdade cominadas ao réu totalizam 40 (quarenta) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 1.206 (mil, duzentos e seis) dias-multa no valor de 1/30 salário-mínimo à época dos fatos, cada.

O regime inicial de cumprimento de pena será o fechado (CP, art. 33, §2, “a”).

Incabível, em razão do tempo de pena privativa de liberdade concretamente imposto ao réu, a substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 44), ou a suspensão condicional do processo (CP, art. 77).

3.5. Isaías Gale;

3.5.1. Do Crime de Latrocínio Tentado (Código Penal, art. 157, §3, II c/c art. 14, II) Praticado Contra o Policial Rodoviário Federal Bruno Gonçalves.

Pena-Base.

Quanto à culpabilidade, motivos, conduta social, personalidade do agente, antecedentes e comportamento da vítima, não há comentários relevantes a serem tecidos, para fim de exasperação da pena.

Quanto às circunstâncias do crime, existem considerações a serem feitas.

Com efeito, percebe-se, pelo *modus operandi* empregado, um substantivo grau de profissionalização da atividade criminosa, com emprego de técnicas e equipamentos especializados, que atraem maior reprovação.

Igualmente, relevante a circunstância da manutenção da vítima Bruno Vaitiekunas em cárcere após o crime, sendo ele colocado, encapuzado, em um dos carros utilizados no crime, e levado do local da subtração, sendo libertado, cerca de uma hora depois, em uma estrada vicinal.

Assim, consideradas as circunstâncias do crime citadas, exaspero a pena privativa de liberdade cominada ao delito em 1/5.

As consequências do crime merecem, igualmente, valoração negativa. Um dos disparos de arma de fogo efetuados pelos réus atingiu ambas as pernas da vítima Bruno Gonçalves, transfixando-as e causando fratura exposta da fíbula direita. O policial ficou com sequelas em uma das pernas, relatando diminuição da sensibilidade e da capacidade de movimento do membro (id. 20808040, fls. 31), além de ter ficado 97 (noventa e sete) dias afastado de seu trabalho (id. 23912859).

Destaque-se ainda que o paciente apresentou quadro de ansiedade e estresse pós-traumático, após o crime (id. 25993883, fls. 3).

Assim, considerando as consequências do crime, exaspero a pena-base em 1/8.

No que se refere aos motivos do crime, não se vislumbra outro senão o lucro, sendo esse o escopo comum dos crimes contra o patrimônio.

O comportamento das vítimas não teve relevância no caso concreto.

Assim, fixo a pena-base em 26 (vinte e seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 318 (trezentos e dezoito) dias-multa, em proporcionalidade à pena privativa de liberdade.

Pena Intermediária.

Na segunda fase, se analisa a existência de circunstâncias atenuantes ou agravantes da pena (CP, arts. 61-65).

Não existem circunstâncias atenuantes incidentes sobre o caso.

Observe-se que não houve confissão. Ao contrário, a defesa buscou, reiteradamente, construir teses que excluía a participação do réu no crime de latrocínio, negando que estivesse no local do crime por ocasião dos disparos de arma de fogo, que estivesse armado, ou mesmo que soubesse do emprego de armas de fogo na ação criminosa.

Ressalto que o fato de ter admito, em seu interrogatório, que participaria do roubo não atrai a atenuante da confissão no caso concreto. Como dito, a assertiva se deu cercada de inúmeras qualificadoras que, essencialmente, eximiriam o réu de responsabilidade pelo crime em tela, qual seja, latrocínio.

Invoco, nesse ponto, o enunciado 545 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, que afirma que “quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal.”, aplicada a *contrario sensu*, uma vez que os autores foram presos em flagrante.

Presente a agravante da impossibilidade de defesa da vítima (CP, art. 61, II, “c”, uma vez que os disparos foram feitos contra os policiais rodoviários federais de dentro de outro veículo, surpreendendo-os e impossibilitando reação de Bruno Gonçalves. Exaspero a pena, em consequência disso, em 1/6.

Presente, também, a agravante da reincidência, uma vez que o réu ainda cumpria pena, por condenação transitada em julgado, à época dos fatos objeto desse processo (CP, art. 61, I, e processo de execução n. 554393, id. 20808012, fls. 40). Por esta razão, aumento a pena em 1/6.

Assim, resta a pena intermediária fixada em 35 (trinta e cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 424 (quatrocentos e vinte e quatro) dias-multa.

Pena Definitiva.

Na terceira fase computam-se as causas de diminuição ou aumento da pena.

Não existem causas de aumento de pena incidentes sobre o caso concreto.

Presente a causa de diminuição da tentativa (CP, art. 14, parágrafo único), que enseja diminuição da pena de 1/3 a 2/3.

Ressalto que, segundo a jurisprudência, a fração de diminuição se orienta pela proximidade da consumação do crime, no caso concreto. Ou seja, quando mais perto da consumação plena do crime se colocar a conduta do agente, menor será a fração de diminuição.

No caso em tela, observo que um tiro de fuzil calibre .556 atingiu a vítima Bruno Gonçalves, transfixando suas duas pernas e causando uma fratura exposta da fíbula direita. O ferimento causou longo período de recuperação para a vítima, que até o momento ainda não recuperou plenamente as funcionalidades de suas pernas.

De outro vértice, a consumação da subtração patrimonial se consumou plenamente, uma vez que houve inversão da posse da coisa, que passou aos réus. O embate com os policiais rodoviários federais, após o qual fugiram os réus abandonando o caminhão, se deu após a subtração, não havendo que se falar em tentativa nesse ponto.

Assim, considerando ter a conduta imputada ao réu se aproximado razoavelmente da consumação do crime, diminuo a pena em 2/5.

Resta a pena definitiva fixada, para este crime, em 21 (vinte e um) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, e 254 (duzentos e cinquenta e quatro) dias-multa.

O regime inicial de cumprimento, para esse crime isoladamente considerado, será o fechado (CP, art. 33, §2, "a").

3.5.2. Dos Crimes de Latrocínio Tentado (Código Penal, art. 157, §3, II c/c art. 14, II) Praticado Contra os Policiais Rodoviários Federais Augusto Takaia e Emerson Peretto.

Pena-Base.

Quanto à culpabilidade, antecedentes, motivos, consequências, personalidade do réu, conduta social e comportamento da vítima, não há comentários a serem feitos no sentido da exasperação da pena.

Quanto às circunstâncias do crime, repete-se aqui, parcialmente, a fundamentação já exposta no tópico anterior.

Com efeito, percebe-se, pelo *modus operandi* empregado, um substantivo grau de profissionalização da atividade criminosa, com emprego de técnicas e equipamentos especializados, que atraem maior reprovação.

Igualmente, relevante a circunstância da manutenção da vítima Bruno Vaitiekunas em cárcere após o crime, sendo ele colocado, encapuzado, em um dos carros utilizados no crime, e levado do local da subtração, sendo libertado, cerca de uma hora depois, em uma estrada vicinal.

Assim, consideradas as circunstâncias do crime citadas, exaspero a pena privativa de liberdade cominada ao delito em 1/5.

Assim, fixo a pena-base em 24 (vinte quatro) anos de reclusão, e 288 (duzentos e oitenta e oito) dias-multa, em proporcionalidade à pena privativa de liberdade.

Pena Intermediária.

Na segunda fase, se analisa a existência de circunstâncias atenuantes ou agravantes da pena (CP, arts. 61-65).

Não existem circunstâncias atenuantes incidentes sobre o caso.

Presente a agravante prevista no CP, art. 61, II, “c”, em razão da qual agravo a pena em 1/6.

Presente, também, a agravante da reincidência, uma vez que o réu ainda cumpria pena, por condenação transitada em julgado, à época dos fatos objeto desse processo (CP, art. 61, I, e processo de execução n. 554393, id. 20808012, fls. 40). Por esta razão, aumento a pena em 1/6.

Fica a pena intermediária fixada em 32 (trinta e dois) anos de reclusão, e 384 (trezentos e oitenta e quatro) dias-multa.

Pena Definitiva.

Na terceira fase computam-se as causas de diminuição ou aumento da pena.

Presente a causa de diminuição da tentativa (CP, art. 14, parágrafo único), que enseja diminuição da pena de 1/3 a 2/3.

Ressalto que, segundo a jurisprudência, a fração de diminuição se orienta pela proximidade da consumação do crime, no caso concreto. Ou seja, quando mais perto da consumação plena do crime se colocar a conduta do agente, menor será a fração de diminuição.

No caso em tela, houve, como já afirmado, consumação da subtração patrimonial. Não obstante, não houve aproximação significativa do resultado morte, uma vez que Augusto Takaia foi atingido de raspão, enquanto Emerson Peretto não foi atingido, tendo inclusive disparado, em resposta, contra os réus.

Assim, diminuo a pena em 2/3.

Resta a pena definitiva fixada, para cada um dos crimes de latrocínio tentado praticados contra os policiais rodoviários federais Augusto Takaia e Emerson Peretto, em 10 (dez) anos e 8 (quatro) meses de reclusão, e 128 (cento e vinte e oito) dias-multa.

O regime inicial de cumprimento, para esse crime isoladamente considerado, será o fechado (CP, art. 33, §2, “a”).

3.5.2.1. Do Concurso Formal de Crimes.

Como afirmado, os 3 (três) crimes de latrocínio tentado que compõe o primeiro conjunto de fatos, que vitimaram Bruno Vaitiekunas, Bruno Gonçalves, Augusto Takaia e Emerson Peretto, foram praticados através de uma única conduta, caracterizando-se, assim, o concurso formal de crimes (CP, art. 70).

Não obstante, deixo de aplicar a exasperação de pena prevista no Código Penal, artigo 70, em razão da incidência concomitante da figura do crime continuado (CP, art. 71), nos termos da fundamentação já exposta.

3.5.3. Dos Crimes de Latrocínio Tentado (Código Penal, art. 157, §3, II c/c art. 14, II) Praticado Contra os 6 (seis) Policiais Militares.

Pena-base.

Quanto à culpabilidade, antecedentes, motivos, consequências, personalidade do réu, conduta social e comportamento da vítima, não há comentários a serem feitos no sentido da exasperação da pena.

Quanto às circunstâncias do crime, repete-se aqui, parcialmente, a fundamentação já exposta nos tópicos anteriores.

Com efeito, percebe-se, pelo *modus operandi* empregado, um substantivo grau de profissionalização da atividade criminosa, com emprego de técnicas e equipamentos especializados, que atraem maior reprovação.

Assim, consideradas as circunstâncias do crime citadas, exaspero a pena privativa de liberdade cominada ao delito em 1/6.

Assim, fixo a pena-base em 23 (vinte e três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 280 (duzentos e oitenta) dias-multa, em proporcionalidade à pena privativa de liberdade.

Pena Intermediária.

Ausentes circunstâncias atenuantes.

Repisa-se aqui a fundamentação já exposta, que afasta a incidência da atenuante da confissão.

Observe-se que no caso dos policiais militares o réu não se limitou a negar a autoria dos disparos, como fez no caso do PRFs, negando mesmo que tenham ocorrido disparos em direção dos policiais, afirmando ter sido vítima de uma ação arbitrária da Polícia Militar.

Presente, também, a agravante da reincidência, uma vez que o réu ainda cumpria pena, por condenação transitada em julgado, à época dos fatos objeto desse processo (CP, art. 61, I, e processo de execução n. 554393, id. 20808012, fls. 40). Por esta razão, aumento a pena em 1/6.

Fica a pena intermediária fixada, assim, em 27 (vinte e sete) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 326 (trezentos e vinte e seis) dias-multa.

Pena Definitiva.

Ausentes causas de aumento de pena.

Presente a causa de diminuição da tentativa (CP, art. 14, parágrafo único), que enseja diminuição da pena de 1/3 a 2/3.

Ressalto que, segundo a jurisprudência, a fração de diminuição se orienta pela proximidade da consumação do crime, no caso concreto. Ou seja, quando mais perto da consumação plena do crime se colocar a conduta do agente, menor será a fração de diminuição.

No caso concreto, houve consumação da subtração, uma vez que os autores adquiriram, mediante emprego de grave ameaça, a posse do automóvel Ford/Ranger.

Não obstante, não houve consumação do resultado morte, ou mesmo qualquer policial militar que tenha sido atingido pelos disparos de arma de fogo realizados pelos réus. Assim, aplico o gradiente de diminuição máximo, de 2/3.

Fica a pena definitiva fixada, assim, para cada um dos 6 (seis) crimes de latrocínio tentado praticados contra policiais militares, em 9 (nove) anos e 26 (vinte e seis) dias de reclusão, e 108 (cento e oito) dias-multa.

O regime inicial de cumprimento de pena, para cada um desses crimes isoladamente considerados, é o fechado (CP, art. 33, §2, “b” e §3).

3.5.4. Do Crime Continuado e Unificação Parcial das Penas.

Como já afirmado, foram praticados, pelos réus, 9 (nove) crimes de latrocínio tentado, divididos em 2 (dois) conjuntos de fatos.

No primeiro conjunto de fatos foram vítimas, além de Bruno Vaitiekunas, que teve seu caminhão subtraído, os policiais rodoviários federais Bruno Gonçalves, Augusto Takaia e Emerson Peretto.

No segundo conjunto de fatos, foram vítimas Aquilino Rodrigues Hernandez Junior, Fábio Salim Maluf, Raphael Luis Cocco, Paulo Sérgio Sabino da Silva e Carlos Alberto Ghiraldi, que tiveram seus bens móveis subtraídos, e Uelton Rodrigues dos Santos, Thiago Alessandro Soares, Márcio Rogério Ferreira, João Paulo da Silva Oliveira, Luciano Vieira Ramos e Ricardo Camargo, policiais militares.

Como já afirmado, aplica-se ao caso a figura do crime continuado (CP, art. 71), uma vez que os crimes, da mesma espécie, foram praticados nos exatos termos descritos na norma, quais sejam, com identidade de tempo, lugar e maneira de execução.

A exasperação da pena cominada ao crime continuado se dá pela consideração do número de crimes praticados. Nesse sentido, cita-se, novamente, a “Jurisprudência em Teses” do Superior Tribunal de Justiça:

“Na continuidade delitiva prevista no *caput* do art. 71 do CP, o aumento se faz em razão do número de infrações praticadas e de acordo com a seguinte correlação: 1/6 para duas infrações; 1/5 para três; 1/4 para quatro; 1/3 para cinco; 1/2 para seis; 2/3 para sete ou mais ilícitos.”⁸

Deixo de aplicar a regra prevista no Código Penal, art. 71, parágrafo único, que faculta ao magistrado, nos casos de crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, aumentar em até o triplo a pena imposta, por entender que a incidência de norma se mostra desproporcional e desnecessária à adequada punição do réu, considerados os fins do direito penal.

Assim, considerando que foram praticados 9 (nove) crimes de latrocínio em sua forma tentada, a pena unificada para os crimes decorrerá da aplicação da fração de aumento de 2/3 sobre a pena mais grave cominada, que foi de 21 (vinte e um) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão (item 3.1.1).

A pena privativa de liberdade unificada para os crimes de latrocínio tentado resta fixada, assim, em 35 (trinta e cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

As penas de multa devem ser, no caso de concurso de crimes, somadas distinta e integralmente. Assim, fica a pena de multa fixada em 1.158 (mil, cento e cinquenta e oito) dias-multa.

Considerada a precária condição econômica do réu, por ele declarada durante seu interrogatório, fixo o valor do dia-multa em 1/30 (um trinta-avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos (CP, art. 60, *caput*).

O regime inicial de cumprimento de pena, para esses crimes, é o fechado (CP, art. 33, §2, “a”).

3.5.5. Do Crime de Cárcere Privado (Código Penal, art. 148).

Pena-Base.

As circunstâncias judiciais apresentam-se, todas elas, favoráveis.

Assim, fixo a pena-base no mínimo legal, em 1 (um) ano de reclusão.

8 Superior Tribunal de Justiça. “Jurisprudência em Teses”. Edição 20 – Do Crime Continuado – II, item 8. Precedentes citados: HC 107443/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, Julgado em 03/06/2014, DJE 20/06/2014; REsp 981837/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, Julgado em 24/04/2014, DJE 05/05/2014; HC 265385/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, Julgado em 08/04/2014, DJE 24/04/2014; HC 238262/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, Julgado em 18/03/2014, DJE 28/03/2014; HC 127463/MG, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, Julgado em 05/12/2013, DJE 16/12/2013; HC 231864/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, Julgado em 06/06/2013, DJE 21/06/2013; HC 184816/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, Julgado em 25/06/2013, DJE 01/07/2013; HC 190471/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, Julgado em 19/02/2013, DJE 01/03/2013.

Pena Intermediária.

Ausentes circunstâncias atenuantes.

Aqui também está ausente a confissão, uma vez que o réu, em suas peças defensivas e interrogatórios, afirmou que não houve cárcere privado, dizendo que teria sido facultado às vítimas sair do local, livremente.

Presente, também, a agravante da reincidência, uma vez que o réu ainda cumpria pena, por condenação transitada em julgado, à época dos fatos objeto desse processo (CP, art. 61, I, e processo de execução n. 554393, id. 20808012, fls. 40). Por esta razão, aumento a pena em 1/6.

Fixa-se a pena intermediária, assim, em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão.

Pena Definitiva.

Ausentes causas de aumento ou diminuição de pena, consolida-se a pena definitiva, para cada um dos crimes de cárcere privado, em 1 (um) ano e dois (dois meses) de reclusão.

O regime inicial de pena para este crime, isoladamente considerado, é o fechado, considerada a reincidência e as circunstâncias judiciais favoráveis (CP, art. 33, §2º, “c”).

3.5.5.1. Do Concurso Formal.

Os 4 (quatro) crimes de cárcere privado foram praticados em concurso formal (CP, art. 70).

Assim, a unificação das penas se dará com exasperação da pena de um só dos crimes, fixada em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, em 1/3.

Fica a pena final dos crimes de cárcere privado fixada, assim, em 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

O regime inicial de pena para este crime, isoladamente considerado, é o fechado, considerada a reincidência e as circunstâncias judiciais favoráveis (CP, art. 33, §2º, “c”).

*3.5.6. Do Porte Ilegal de Arma de Fogo de Uso Restrito (L10826, art. 16)**Pena-Base.*

Quanto à culpabilidade, antecedentes, motivos, consequências, personalidade do réu, conduta social e comportamento da vítima, não há comentários a serem feitos no sentido da exasperação da pena.

Quanto às circunstâncias do crime, são duas as considerações a serem tecidas.

Primeira, quanto à natureza das armas de fogo, do tipo fuzil, que revela potencial de lesividade exponencialmente maior do que aquele observado em armas curtas, do tipo revólver e pistola.

Segunda, a quantidade de armas apreendidas, 3 (três), o que também revela maior gravidade da conduta dos autores, quando comparada àquele que porta uma única arma de fogo.

Assim, consideradas as circunstâncias especialmente gravosas do crime, exaspero a pena-base em 1/3, fixando-a em 4 (quatro) anos de reclusão, e 48 (quarenta e oito) dias-multa.

Pena Intermediária.

Presente, também, a agravante da reincidência, uma vez que o réu ainda cumpria pena, por condenação transitada em julgado, à época dos fatos objeto desse processo (CP, art. 61, I, e processo de execução n. 554393, id. 20808012, fls. 40). Por esta razão, aumento a pena em 1/6.

Quanto às atenuantes, entendo presente a confissão.

Observe-se que, conquanto os réus tenham afirmado, em seus interrogatórios, que não fizeram uso das armas de fogo, e que estas teriam sido colocadas no automóvel Toyota/Corolla

em que fugiram pelos indivíduos supostamente conhecidos como “Buiú” e “Paulo”, sua narrativa não chegou ao ponto de englobar causas excludentes de ilicitude ou culpabilidade.

Assim, ainda que não tivessem feito uso das armas de fogo ou desejado, diretamente, carregá-las consigo, a narrativa dos réus engloba o porte voluntário das armas de fogo, que perfaz o tipo penal.

Seguindo orientação jurisprudencial, em se tratando de circunstâncias preponderantes, compensam-se a confissão e a reincidência, ficando a pena intermediária fixada em 4 (quatro) anos de reclusão, e 48 (quarenta e oito) dias-multa.

Pena Definitiva.

Ausentes causas de aumento e diminuição de pena.

Fica a pena definitiva estabilizada, assim, em 4 (quatro) anos de reclusão, e 48 (quarenta e oito) dias-multa.

3.5.7. Unificação Definitiva das Penas.

Fixadas individualmente as penas para os crimes praticados, devem elas serem somadas, para fins de fixação do regime inicial de cumprimento (L7210, art. 111), e verificação da viabilidade de substituição da pena privativa de liberdade por substitutiva de direitos (CP, art. 44), ou da suspensão condicional da pena (CP, art. 77).

Somadas, as penas privativas de liberdade cominadas ao réu totalizam 40 (quarenta) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 1.206 (mil, duzentos e seis) dias-multa no valor de 1/30 salário-mínimo à época dos fatos, cada.

O regime inicial de cumprimento de pena será o fechado (CP, art. 33, §2, “a”).

Incabível, em razão do tempo de pena privativa de liberdade concretamente imposto ao réu, a substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 44), ou a suspensão condicional do processo (CP, art. 77).

3.6. Samuel Ricardo Lourenço.

3.6.1. Do Crime de Latrocínio Tentado (Código Penal, art. 157, §3, II c/c art. 14, II) Praticado Contra o Policial Rodoviário Federal Bruno Gonçalves.

Pena-Base.

Quanto à culpabilidade, entendo-a normal ao tipo penal, que já recebeu, objetivamente, um severo juízo de reprovabilidade pelo legislador.

Quanto aos antecedentes, entendidos como condenações penais pretéritas, transitadas em julgado, impassíveis de consideração como causas de reincidência (CP, arts. 63-64), não existem registros de processos nos quais Samuel Ricardo Lourenço tenha sido condenado definitivamente (id. 26165574, fls. 16-19).

Não existem quaisquer informações concretas que permitam valoração negativa da personalidade do réu ou de sua conduta social.

Quanto às circunstâncias do crime, entretanto, existem considerações a serem feitas.

Com efeito, percebe-se, pelo *modus operandi* empregado, um substantivo grau de profissionalização da atividade criminosa, com emprego de técnicas e equipamentos especializados, que atraem maior reprovação.

Igualmente, relevante a circunstância da manutenção da vítima Bruno Vaitiekunas em cárcere após o crime, sendo ele colocado, encapuzado, em um dos carros utilizados no crime, e levado do local da subtração, sendo libertado, cerca de uma hora depois, em uma estrada vicinal.

Assim, consideradas as circunstâncias do crime citadas, exaspero a pena privativa de liberdade cominada ao delito em 1/5.

As consequências do crime merecem, igualmente, valoração negativa. Um dos disparos de arma de fogo efetuados pelos réus atingiu ambas as pernas da vítima Bruno Gonçalves, transfixando-as e causando fratura exposta da fíbula direita. O policial ficou com sequelas em uma das pernas, relatando diminuição da sensibilidade e da capacidade de movimento do membro (id. 20808040, fls. 31), além de ter ficado 97 (noventa e sete) dias afastado de seu trabalho (id. 23912859).

Destaque-se ainda que o paciente apresentou quadro de ansiedade e estresse pós-traumático, após o crime (id. 25993883, fls. 3).

Assim, considerando as consequências do crime, exaspero a pena-base em 1/8.

No que se refere aos motivos do crime, não se vislumbra outro senão o lucro, sendo esse o escopo comum dos crimes contra o patrimônio.

O comportamento das vítimas não teve relevância no caso concreto.

Assim, fixo a pena-base em 26 (vinte e seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 318 (trezentos e dezoito) dias-multa, em proporcionalidade à pena privativa de liberdade.

Pena Intermediária.

Na segunda fase, se analisa a existência de circunstâncias atenuantes ou agravantes da pena (CP, arts. 61-65).

Não existem circunstâncias atenuantes incidentes sobre o caso.

Destaco que não houve confissão. Ao contrário, a defesa buscou, reiteradamente, construir teses que excluía a participação do réu no crime de latrocínio, negando que estivesse no local do crime por ocasião dos disparos de arma de fogo, que estivesse armado, ou mesmo que soubesse do emprego de armas de fogo na ação criminosa.

Ressalto que o fato de ter admito, em seu interrogatório, que participaria do roubo não atrai a atenuante da confissão no caso concreto. Como dito, a assertiva se deu cercada de inúmeras qualificadoras que, essencialmente, eximiriam o réu de responsabilidade pelo crime em tela, qual seja, latrocínio.

Invoco, nesse ponto, o enunciado 545 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, que afirma que “quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal.”, aplicada a *contrario sensu*, uma vez que os autores foram presos em flagrante.

Presente a agravante da impossibilidade de defesa da vítima (CP, art. 61, II, “c”), uma vez que os disparos foram feitos contra os policiais rodoviários federais de dentro de outro veículo, surpreendendo-os e impossibilitando reação de Bruno Gonçalves. Exaspero a pena, em consequência disso, em 1/6.

Assim, resta a pena intermediária fixada em 30 (trinta) anos e 11 (onze) meses de reclusão, e 371 (trezentos e setenta e um) dias-multa.

Pena Definitiva.

Na terceira fase computam-se as causas de diminuição ou aumento da pena.

Não existem causas de aumento de pena.

Presente a causa de diminuição da tentativa (CP, art. 14, parágrafo único), que enseja diminuição da pena de 1/3 a 2/3.

Ressalto que, segundo a jurisprudência, a fração de diminuição se orienta pela proximidade da consumação do crime, no caso concreto. Ou seja, quando mais perto da consumação plena do crime se colocar a conduta do agente, menor será a fração de diminuição.

No caso em tela, observo que um tiro de fuzil calibre .556 atingiu a vítima Bruno Gonçalves, transfixando suas duas pernas e causando uma fratura exposta da fíbula direita. O ferimento causou longo período de recuperação para a vítima, que até o momento ainda não recuperou plenamente as funcionalidades de suas pernas.

De outro vértice, a consumação da subtração patrimonial ocorreu plenamente, uma vez que houve inversão da posse da coisa, que passou aos réus. O embate com os policiais rodoviários federais, que forçou a fuga dos agentes, abandonando o caminhão, se deu após a subtração, não havendo que se falar em tentativa nesse ponto.

Assim, considerando ter a conduta imputada ao réu se aproximado razoavelmente da consumação do crime, diminuo a pena em 2/5.

Resta a pena definitiva fixada, para este crime, em 18 (dezoito) anos 6 (seis) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, e 222 (duzentos e vinte e dois) dias-multa.

O regime inicial de cumprimento, para esse crime isoladamente considerado, será o fechado (CP, art. 33, §2, “a”).

3.6.2. Dos Crimes de Latrocínio Tentado (Código Penal, art. 157, §3, II c/c art. 14, II) Praticado Contra os Policiais Rodoviários Federais Augusto Takaia e Emerson Peretto.

Pena-Base.

Quanto à culpabilidade, antecedentes, motivos, consequências, personalidade do réu, conduta social e comportamento da vítima, não há comentários a serem feitos no sentido da exasperação da pena.

Quanto às circunstâncias do crime, repete-se aqui, parcialmente, a fundamentação já exposta no tópico anterior.

Com efeito, percebe-se, pelo *modus operandi* empregado, um substantivo grau de profissionalização da atividade criminosa, com emprego de técnicas e equipamentos especializados, que atraem maior reprovação.

Igualmente, relevante a circunstância da manutenção da vítima Bruno Vaitiekunas em cárcere após o crime, sendo ele colocado, encapuzado, em um dos carros utilizados no crime, e levado do local da subtração, sendo libertado, cerca de uma hora depois, em uma estrada vicinal.

Assim, consideradas as circunstâncias do crime citadas, exaspero a pena privativa de liberdade cominada ao delito em 1/5.

Assim, fixo a pena-base em 24 (vinte quatro) anos de reclusão, e 288 (duzentos e oitenta e oito) dias-multa, em proporcionalidade à pena privativa de liberdade.

Pena Intermediária.

Na segunda fase, se analisa a existência de circunstâncias atenuantes ou agravantes da pena (CP, arts. 61-65).

Não existem circunstâncias atenuantes incidentes sobre o caso.

Presente a agravante prevista no CP, art. 61, II, “c”, em razão da qual agravo a pena em 1/6.

Fica a pena intermediária fixada em 28 (vinte e oito) anos de reclusão, e 336 (trezentos e trinta e seis) dias-multa.

Pena Definitiva.

Na terceira fase computam-se as causas de diminuição ou aumento da pena.

Presente a causa de diminuição da tentativa (CP, art. 14, parágrafo único), que enseja diminuição da pena de 1/3 a 2/3.

Ressalto que, segundo a jurisprudência, a fração de diminuição se orienta pela proximidade da consumação do crime, no caso concreto. Ou seja, quando mais perto da consumação plena do crime se colocar a conduta do agente, menor será a fração de diminuição.

No caso em tela, houve, como já afirmado, consumação da subtração patrimonial.

Entretanto, não houve aproximação significativa do resultado morte, uma vez que Augusto Takaia foi atingido de raspão, enquanto Emerson Peretto não foi atingido, tendo inclusive disparado, em resposta, contra os réus.

Assim, diminuo a pena em 2/3.

Resta a pena definitiva fixada, para cada um dos crimes de latrocínio tentado praticados contra os policiais rodoviários federais Augusto Takaia e Emerson Peretto, em 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 112 (cento e doze) dias-multa.

O regime inicial de cumprimento, para esse crime isoladamente considerado, será o fechado (CP, art. 33, §2, "a").

3.6.2.1. Do Concurso Formal de Crimes.

Como afirmado, os 3 (três) crimes de latrocínio tentado que compõe o primeiro conjunto de fatos, que vitimaram Bruno Vaitiekunas, Bruno Gonçalves, Augusto Takaia e Emerson Peretto, foram praticados através de uma única conduta, caracterizando-se, assim, o concurso formal de crimes (CP, art. 70).

Não obstante, deixo de aplicar a exasperação de pena prevista no Código Penal, artigo 70, em razão da incidência concomitante da figura do crime continuado (CP, art. 71), nos termos da fundamentação já exposta.

3.6.3. Dos Crimes de Latrocínio Tentado (Código Penal, art. 157, §3, II c/c art. 14, II) Praticado Contra os 6 (seis) Policiais Militares.

Pena-base.

Quanto à culpabilidade, antecedentes, motivos, consequências, personalidade do réu, conduta social e comportamento da vítima, não há comentários a serem feitos no sentido da exasperação da pena.

Quanto às circunstâncias do crime, repete-se aqui, parcialmente, a fundamentação já exposta nos tópicos anteriores.

Com efeito, percebe-se, pelo *modus operandi* empregado, um substantivo grau de profissionalização da atividade criminosa, com emprego de técnicas e equipamentos especializados, que atraem maior reprovação.

Assim, consideradas as circunstâncias do crime citadas, exaspero a pena privativa de liberdade cominada ao delito em 1/6.

Assim, fixo a pena-base em 23 (vinte e três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 280 (duzentos e oitenta) dias-multa, em proporcionalidade à pena privativa de liberdade.

Pena Intermediária.

Ausentes circunstâncias atenuantes.

Repisa-se aqui a fundamentação já exposta, que afasta a incidência da atenuante da confissão.

Observe-se que no caso dos policiais militares o réu não se limitou a negar a autoria dos disparos, como fez no caso do PRFs, negando mesmo que tenham ocorrido disparos em direção dos policiais, afirmando ter sido vítima de uma ação arbitrária da Polícia Militar.

Não existem circunstâncias agravantes.

Permanece a pena intermediária, assim, em 23 (vinte e três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 280 (duzentos e oitenta) dias-multa.

Pena Definitiva.

Ausentes causas de aumento de pena.

Presente a causa de diminuição da tentativa (CP, art. 14, parágrafo único), que enseja diminuição da pena de 1/3 a 2/3.

Ressalto que, segundo a jurisprudência, a fração de diminuição se orienta pela proximidade da consumação do crime, no caso concreto. Ou seja, quando mais perto da consumação plena do crime se colocar a conduta do agente, menor será a fração de diminuição.

No caso concreto, houve consumação da subtração, uma vez que os autores adquiriram, mediante emprego de grave ameaça, a posse do automóvel Ford/Ranger.

Não obstante, não houve consumação do resultado morte, ou mesmo qualquer policial militar que tenha sido atingido pelos disparos de arma de fogo realizados pelos réus. Assim, aplico o gradiente de diminuição máximo, de 2/3.

Fica a pena definitiva fixada, assim, para cada um dos 6 (seis) crimes de latrocínio tentado praticados contra policiais militares, em 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e 93 (noventa e três) dias-multa.

O regime inicial de cumprimento de pena, para cada um desses crimes isoladamente considerados, é o fechado, considerada a circunstância judicial desfavorável (CP, art. 33, §2, “b” e §3).

3.6.4. Do Crime Continuado e Unificação Parcial das Penas.

Como já afirmado, foram praticados, pelos réus, 9 (nove) crimes de latrocínio tentado, divididos em 2 (dois) conjuntos de fatos.

No primeiro conjunto de fatos foram vítimas, além de Bruno Vaitiekunas, que teve seu caminhão subtraído, os policiais rodoviários federais Bruno Gonçalves, Augusto Takaia e Emerson Peretto.

No segundo conjunto de fatos, foram vítimas Aquilino Rodrigues Hernandez Junior, Fábio Salim Maluf, Raphael Luis Cocco, Paulo Sérgio Sabino da Silva e Carlos Alberto Ghiraldi, que tiveram seus bens móveis subtraídos, e Uelton Rodrigues dos Santos, Thiago Alessandro Soares, Márcio Rogério Ferreira, João Paulo da Silva Oliveira, Luciano Vieira Ramos e Ricardo Camargo, policiais militares, que foram alvos de tiros disparados pelos réus.

Como já afirmado, aplica-se ao caso a figura do crime continuado (CP, art. 71), uma vez que os crimes, da mesma espécie, foram praticados nos exatos termos descritos na norma, quais sejam, identidade de tempo, lugar e maneira de execução.

A exasperação da pena cominada ao crime continuado se dá pela consideração do número de crimes praticados. Nesse sentido, cita-se, novamente, a “Jurisprudência em Teses” do Superior Tribunal de Justiça:

“Na continuidade delitiva prevista no *caput* do art. 71 do CP, o aumento se faz em razão do número de infrações praticadas e de acordo com a seguinte correlação: 1/6 para duas infrações;

1/5 para três; 1/4 para quatro; 1/3 para cinco; 1/2 para seis; 2/3 para sete ou mais ilícitos.”⁹

Deixo de aplicar a regra prevista no Código Penal, art. 71, parágrafo único, que faculta ao magistrado, nos casos de crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, aumentar em até o triplo a pena imposta, por entender que a incidência de norma se mostra desproporcional e desnecessária à adequada punição do réu, considerados os fins do direito penal.

Assim, considerando que foram praticados 9 (nove) crimes de latrocínio em sua forma tentada, a pena unificada para os crimes decorrerá da aplicação da fração de aumento de 2/3 sobre a pena mais grave cominada, que foi de 18 (dezoito) anos 6 (seis) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão (item 3.1.1).

A pena privativa de liberdade unificada para os crimes de latrocínio tentado resta fixada, assim, em 30 (trinta) anos e 11 (onze) meses de reclusão.

As penas de multa devem ser, no caso de concurso de crimes, somadas distinta e integralmente. Assim, fica a pena de multa fixada em 1.004 (mil e quatro) dias-multa.

Considerada a precária condição econômica do réu, por ele declarada durante seu interrogatório, fixo o valor do dia-multa em 1/30 (um trinta-avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos (CP, art. 60, *caput*).

O regime inicial de cumprimento de pena, para esses crimes, deverá ser o fechado (CP, art. 33, §2, “a”).

3.6.5. Do Crime de Cárcere Privado (Código Penal, art. 148).

Pena-Base.

As circunstâncias judiciais apresentam-se, todas elas, favoráveis.

Assim, fixo a pena-base no mínimo legal, em 1 (um) ano de reclusão.

Pena Intermediária.

Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Aqui também está ausente a confissão, uma vez que o réu, em suas peças defensivas e interrogatório, afirmou que não houve cárcere privado, dizendo que teria sido facultado às vítimas sair do local, livremente.

Mantém-se a pena intermediária, assim, em 1 (um) ano de reclusão.

Pena Definitiva.

Ausentes causas de aumento ou diminuição de pena, consolida-se a pena definitiva em 1 (um) ano de reclusão.

9 Superior Tribunal de Justiça. “Jurisprudência em Teses”. Edição 20 – Do Crime Continuado – II, item 8. Precedentes citados: HC 107443/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, Julgado em 03/06/2014, DJE 20/06/2014; REsp 981837/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, Julgado em 24/04/2014, DJE 05/05/2014; HC 265385/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, Julgado em 08/04/2014, DJE 24/04/2014; HC 238262/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, Julgado em 18/03/2014, DJE 28/03/2014; HC 127463/MG, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, Julgado em 05/12/2013, DJE 16/12/2013; HC 231864/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, Julgado em 06/06/2013, DJE 21/06/2013; HC 184816/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, Julgado em 25/06/2013, DJE 01/07/2013; HC 190471/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, Julgado em 19/02/2013, DJE 01/03/2013.

O regime inicial de pena para este crime, isoladamente considerado, é o fechado, considerada a reincidência e as circunstâncias judiciais favoráveis (CP, art. 33, §2º, “c”).

3.6.5.1. Do Concurso Formal.

Os 4 (quatro) crimes de cárcere privado foram praticados em concurso formal (CP, art. 70).

Assim, a unificação das penas se dará com exasperação da pena de um só dos crimes, fixada em 1 (um) ano de reclusão, em 1/3.

Fica a pena final dos crimes de cárcere privado fixada, assim, em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão.

O regime inicial de pena para este crime, isoladamente considerado, é o fechado, considerada a reincidência e as circunstâncias judiciais favoráveis (CP, art. 33, §2º, “c”).

3.6.6. Do Porte Ilegal de Arma de Fogo de Uso Restrito (L10826, art. 16)

Pena-Base.

Quanto à culpabilidade, antecedentes, motivos, consequências, personalidade do réu, conduta social e comportamento da vítima, não há comentários a serem feitos no sentido da exasperação da pena.

Quanto às circunstâncias do crime, são duas as considerações a serem tecidas.

Primeira, quanto à natureza das armas de fogo, do tipo fuzil, que revela potencial de lesividade exponencialmente maior do que aquele observado em armas curtas, do tipo revólver ou pistola.

Segunda, a quantidade de armas apreendidas, 3 (três), o que também revela maior gravidade da conduta dos autores, quando comparada àquele que porta uma única arma de fogo.

Assim, consideradas as circunstâncias especialmente gravosas do crime, exaspero a pena-base em 1/3, fixando-a em 4 (quatro) anos de reclusão, e 48 (quarenta e oito) dias-multa.

Pena Intermediária.

Não se fazem presentes circunstâncias agravantes.

Quanto às atenuantes, entendo presente a confissão.

Observe-se que, conquanto os réus tenham afirmado, em seus interrogatórios, que não fizeram uso das armas de fogo, e que estas teriam sido colocadas no automóvel Toyota/Corolla, em que fugiram, pelos indivíduos supostamente conhecidos como “Buiú” e “Paulo”, sua narrativa não chegou ao ponto de englobar causas excludentes de ilicitude ou culpabilidade.

Assim, ainda que não tivessem feito uso das armas de fogo ou desejado, espontaneamente, carregá-las consigo, a narrativa dos réus engloba o porte voluntário das armas de fogo, que perfaz o tipo penal.

Atenuo a pena, assim, em 1/6, fixando a pena intermediária em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 40 (quarenta) dias-multa.

Pena Definitiva.

Ausentes causas de aumento e diminuição de pena.

Fica a pena definitiva estabilizada, assim, em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 40 (quarenta) dias-multa.

3.6.7. Unificação Definitiva das Penas.

Fixadas individualmente as penas para os crimes praticados, devem elas serem somadas, para fins de fixação do regime inicial de cumprimento (L7210, art. 111), e verificação da

viabilidade de substituição da pena privativa de liberdade por substitutiva de direitos (CP, art. 44), ou da suspensão condicional da pena (CP, art. 77).

Somadas, as penas privativas de liberdade cominadas ao réu totalizam 35 (trinta e cinco) anos e 7 (sete) meses de reclusão, e 1044 dias-multa no valor de 1/30 salário-mínimo à época dos fatos, cada.

O regime inicial de cumprimento de pena será o fechado (CP, art. 33, §2, “a”).

Incabível, em razão do tempo de pena privativa de liberdade concretamente imposto ao réu, a substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 44), ou a suspensão condicional do processo (CP, art. 77).

4. Da Prisão Preventiva.

A prisão preventiva dos réus foi determinada por ocasião da audiência de custódia, ainda na justiça estadual bandeirante, fundamentando-se a prisão cautelar no risco à ordem pública representado pela sua manutenção em liberdade (id. 20808031, fls. 12).

A decisão foi homologada e mantida por este Juízo, quando recebidos os autos na Justiça Federal (id. 20808039, fls. 38), permanecendo os réus presos durante toda instrução processual, até a prolação desta sentença.

Permanecem presentes as razões que justificaram a prisão preventiva dos réus até o momento.

Com efeito, a prisão preventiva é medida cautelar, orientada a um dos objetivos dispostos no CPP, art. 313, quais sejam, a proteção de bens jurídicos tutelados pelas normas penais, colocados em risco pela possibilidade de prática de novos crimes pelo indivíduo, a conveniência da instrução criminal, ou ainda para assegurar a aplicação da lei penal, ao final do processo.

Considerados estes objetivos, a prisão preventiva deve se apresentar como medida necessária e proporcional à gravidade do crime, às circunstâncias do fato, e às condições pessoais do agente (CPP, art. 282, I e II).

No caso concreto, a gravidade dos fatos é insofismável. Trata-se de 9 (nove) crimes de latrocínio, crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito e crimes de cárcere privado, praticados com extrema violência, uso de armas de fogo do tipo fuzil e coletes balísticos, em contexto indicativo de profissionalização da atividade crimininosa.

Nesse passo, os réus não demonstraram hesitação em abrir fogo, com armas longas, contra aqueles que se colocaram em seu caminho, especialmente as forças policiais, subtraindo veículos e instrumentalizando a liberdade de 4 (quatro) vítimas, empregando-a na consecução de seus próprios objetivos escusos.

Essa gravidade depõe contra a colocação dos réus em liberdade, uma vez que revela risco à ordem pública.

Destaque-se ainda que os réus, à exceção de Cícero José Maciel, foram investigados e denunciados, e em alguns casos condenados, por diversos crimes gravíssimos:

Anderson Luiz da Silva (id. 20808005, fls. 24-28):

- Processo 317692/2004, denunciado por crime de homicídio tentado, condenado a 4 (quatro) anos de reclusão;

- Processo 32639/2004, denunciado por crime de homicídio qualificado, consumado. Condenado a 12 (doze) anos de reclusão;

Davi Ramos (id. 20808009, fls. 22-25):

- Processo 24354/2004, denunciado por crime de homicídio qualificado consumado e vilipêndio a cadáver;

- Processo 26299/2004, denunciado por homicídio qualificado, tentado;

Domingos Mesquita de Carvalho (id. 20808009, fls. 38-52):

- Processo 1657/2008, denunciado por crime de roubo duplamente circunstanciado, tentado. Condenado a 3 (três) anos e 8 (oito) meses de reclusão;

- Processo 1861/2012, denunciado por crimes de receptação e formação de quadrilha. Condenado a 1 (um) ano, 4 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

Isaías Gale (id. 20808012, fls. 3-

- Processo 559/2001, denunciado por crime de receptação. Condenado a 2 (dois) anos de reclusão;

- Processo 1558/2001, denunciado por crime de homicídio qualificado, tentado. Pronunciado.

- Processo 21217/2002, denunciado por crimes de roubo triplamente circunstanciado e receptação. Condenado a 8 (oito) anos e 6 (seis) meses de reclusão;

- Processo 27248/2013, denunciado por uso de documento falso. Condenado a 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão;

Samuel Ricardo Lourenço (id. 20808015, fls. 12-15):

- Processo 39523/2012, denunciado por crime de roubo.

Assim, deve ser mantida a prisão preventiva dos réus, com fundamento no Código de Processo Penal, artigos 312 e 313.

5. *Dispositivo.*

Pelo exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE A PRETENSÃO PUNITIVA, para:

1. Condenar Anderson Luiz da Silva, pela prática dos crimes previstos: no Código Penal, art. 157, §3, II, c/c art. 14, II, por 9 (nove) vezes, na forma do art. 71, à pena de 35 (trinta e cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 1158 dias-multa; no Código Penal, art. 148, por 4 (quatro) vezes, na forma do art. 70, à pena de 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão; na Lei 10.826/03, art. 16, à pena de 4 (quatro) anos de reclusão e 48 (quarenta e oito) dias-multa. A pena total fica unificada em 40 (quarenta) anos, 10 (dez) meses e 20 (dias) de reclusão, e 1.206 (mil, duzentos e seis) dias-multa, no valor de 1/30 salário-mínimo vigente à época dos fatos, cada;

2. Condenar Cícero José Maciel, pela prática dos crimes previstos: no Código Penal, art. 157, §3, II, c/c art. 14, II, por 9 (nove) vezes, na forma do art. 71, à pena de 30 (trinta) anos e 11(onze) meses de reclusão, e 1.004 dias-multa; no Código Penal, art. 148, por 4 (quatro) vezes, na forma do art. 70, à pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão; na Lei 10.826/03, art. 16, à pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 40 (quarenta) dias-multa. A pena total fica unificada em 35 (trinta e cinco) anos e 7 (sete) meses de reclusão, e 1.044 (mil e quarenta e quatro) dias-multa, no valor de 1/30 salário-mínimo vigente à época dos fatos, cada;

3. Condenar Davi Ramos, pela prática dos crimes previstos: no Código Penal, art. 157, §3, II, c/c art. 14, II, por 9 (nove) vezes, na forma do art. 71, à pena de 30 (trinta) anos e 11(onze) meses de reclusão, e 1.004 dias-multa; no Código Penal, art. 148, por 4 (quatro) vezes, na forma do art. 70, à pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão; na Lei 10.826/03, art. 16, à pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 40 (quarenta) dias-multa. A pena total fica unificada em 35 (trinta e cinco) anos e 7 (sete) meses de reclusão, e 1.044 (mil e quarenta e quatro) dias-multa, no valor de 1/30 salário-mínimo vigente à época dos fatos, cada;

4. Condenar Domingos Mesquita de Carvalho, pela prática dos crimes previstos: no Código Penal, art. 157, §3, II, c/c art. 14, II, por 9 (nove) vezes, na forma do art. 71, à pena de 35 (trinta e cinco) anos e 4 (quatro meses) de reclusão, e 1158 dias-multa; no Código Penal, art. 148, por 4 (quatro) vezes, na forma do art. 70, à pena de 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão; na Lei 10.826/03, art. 16, à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, e 48 (quarenta e oito) dias-multa. A pena total fica unificada em 40 (quarenta) anos, 10 (dez) meses e 20 (dias) de reclusão, e 1.206 (mil, duzentos e seis) dias-multa, no valor de 1/30 salário-mínimo vigente à época dos fatos, cada;

5. Condenar Isaías Gale, pela prática dos crimes previstos: no Código Penal, art. 157, §3, II, c/c art. 14, II, por 9 (nove) vezes, na forma do art. 71, à pena de 35 (trinta e cinco) anos e 4 (quatro meses) de reclusão, e 1158 dias-multa; no Código Penal, art. 148, por 4 (quatro) vezes, na forma do art. 70, à pena de 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão; na Lei 10.826/03, art. 16, à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, e 48 (quarenta e oito) dias-multa. A pena total fica unificada em 40 (quarenta) anos, 10 (dez) meses e 20 (dias) de reclusão, e 1.206 (mil, duzentos e seis) dias-multa, no valor de 1/30 salário-mínimo vigente à época dos fatos, cada;

6. Condenar Samuel Ricardo Lourenço, pela prática dos crimes previstos: no Código Penal, art. 157, §3, II, c/c art. 14, II, por 9 (nove) vezes, na forma do art. 71, à pena de 30 (trinta) anos e 11(onze) meses de reclusão, e 1.004 dias-multa; no Código Penal, art. 148, por 4 (quatro) vezes, na forma do art. 70, à pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão; na Lei 10.826/03, art. 16, à pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 40 (quarenta) dias-multa. A pena total fica unificada em 35 (trinta e cinco) anos e 7 (sete) meses de reclusão, e 1.044 (mil e quarenta e quatro) dias-multa, no valor de 1/30 salário-mínimo vigente à época dos fatos, cada;

7. Absolver Anderson Luiz da Silva, Cícero José Maciel, Davi Ramos, Domingos Mesquita de Carvalho, Isaías Gale e Samuel Ricardo Lourenço da imputação de prática dos crimes previstos na L12850, art. 2, Código Penal, art. 288 e L9503, art. 311.

Determino, com fundamento no artigo no Código Penal, artigo 91, inciso II, alínea “b”, *o perdimento, em favor da União*, dos 6 (seis) coletes balísticos apreendidos (id. 20807093, fls. 25, lacres n. 0058499, 0058500 e 0058801).

Determino, com fundamento na L10826, art. 25 e D9847/19, art. 45:

1. O perdimento, em favor da Polícia Civil do Estado de São Paulo, dos fuzis apreendidos, juntamente com os respectivos acessórios e munições, que já foram objeto de depósito por decisão de id. 20808039, fls. 39;

2. O perdimento, em favor da União, e a remessa, ao Comando do Exército Brasileiro, das armas de fogo do tipo pistola apreendidos (id. 20807098, fls. 14-15), incluindo-se aí o artefato encontrado, carbonizado, no interior do automóvel Toyota/Corolla de cor branca (id. 20807098, fls. 9), para doação ou destruição, a juízo daquela instituição.

Determino, igualmente, a reciclagem ou, alternativamente, a destruição dos seguintes itens apreendidos, manifestamente desprovidos de valor econômico ou cuja natureza é ilícita (Código Penal, art. 91, II e Provimento 1/2020- CORE/TRF3, art. 291, *caput* e p. único):

1. Bloqueador de sinal (id. 20807093, fls. 25, lacre 0058493);
2. Peça para “hackear” módulo veicular (id. 20807093, fls. 25, lacre 0058493);
3. Objeto com características de ser um estojo plástico de medidas máximas aproximadas de 7,8 X 8,5 X 3,6 cm, contendo em seu interior circuito eletrônico e apresentando em uma das

faces um conector macho com 24 conexões metálicas semelhantes às utilizadas nos sistemas de injeção/ignição de veículos (laudo pericial n. 265.095/2019, item 22 - id. 21114425)

4. objeto com características de ser um estojo plástico de medidas máximas aproximadas de 6,5 X 6 X 2,5 cm, contendo em seu interior circuito eletrônico e apresentando em uma das faces um conector macho com 24 conexões metálicas semelhantes às utilizadas nos sistemas de injeção/ignição de veículos (laudo pericial n. 265.095/2019, item 23 – id. 21114425);

5. conector bipolar composto por um fio vermelho e outro vermelho e preto, apresentando nas extremidades terminais metálicos soldados e na extremidade oposta um conector metálico com rosca e três polos modelo fêmea, medindo de comprimento 1,86 cm (laudo pericial n. 265.095/2019, item 24 – id. 21114425);

6. objeto com características de ser uma solenoide elétrica, medindo 3,6 X 2,9 X 3,6 cm, apresentando adesivo com as inscrições “frequência”, “COD 150508F”, “TEMPO”, “12VCC 10W”, “corrente partida”, “ED 100%” e 10/16” ((laudo pericial n. 265.095/2019, item 27 – id. 21114425)

7. 02 (dois) lacres plásticos aparentemente de placas de veículos de cor amarela, na posição “fechados”, um deles contendo um pedaço de arame, possuindo as inscrições: em alto relevo “DETRAN SP” e em baixo relevo pintado na cor preta um deles “262936193” e o outro “261442980” (laudo pericial n. 265.095/2019, item 29 – id. 21114425);

8. Automóvel Toyota/Corolla, chassi 9BRBD3HE3J0359707 (id. 20807098, fls. 7).

Determino, finalmente, a restituição, aos respectivos proprietários, dos seguintes itens (CPP, art. 120 e Provimento 1/2020- CORE/TRF3, art. 290):

1. Maleta com ferramentas (id. 20807093, fls. 25, lacre n. 0058493), excetuadas aquelas listadas no tópico anterior, já encaminhadas à destruição. Os itens deverão ser restituídos ao réu Cícero José Maciel, que consta como seu proprietário no auto de apreensão;

2. 2 (dois) aparelhos de telefonia celular, marca Motorola (id. 20807093, fls. 25, lacre n. 0058498);

Caso os proprietários não se apresentem em até 90 (noventa) dias para reclamar os objetos, passarão eles, de pleno direito, à propriedade da União (CPP, art. 123).

Deixo de fixar valor mínimo para reparação dos danos causados pelas infrações penais (CPP, art. 387, IV), ausente requerimento específico do Ministério Público Federal nesse sentido (STJ, REsp 1193083, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 27.08.2013).

Mantenho a prisão preventiva dos réus, com fundamento no Código de Processo Penal, artigos 312 e 313.

Condeno os réus ao pagamento das custas processuais (CPP, art. 804).

6. *Providências Finais.*

Considerando a informação de id. 22107135, onde consta que Anderson Luiz da Silva figura como apelado em processo movido contra o Instituto Nacional do Seguro Social pleiteando benefício assistencial em razão da condição de deficiente (CRFB, art. 203, V), oficie-se o egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, dando ciência ao eminente relator da condenação do réu, e de sua aparente hígidez física e aptidão para o trabalho.

Após o trânsito em julgado:

1. Inclua-se o nome do réu no rol dos culpados;
2. Expeça-se guia de recolhimento, remetendo-a à Vara de Execução Penal respectiva;
3. Intimem-se os réus para pagamento da pena de multa;

4. Intimem-se os réus para pagamento das custas processuais;
5. Oficie-se o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, comunicando-se as condenações, para o atendimento do quanto disposto no artigo 15, III, da Constituição da República, c/c. artigo 71, § 2º, do Código Eleitoral.
6. Oficie-se a Polícia Civil do Estado de São Paulo, para ciência do perdimento, em seu favor, dos fuzis apreendidos;
7. Oficie-se o Ministério Público de São Paulo, com cópia desta sentença, para análise da suposta prática de crimes de receptação (CP, art. 180) e porte de arma de uso permitido (L10846, art. 14).

Ao SEDI, para que proceda à alteração na situação processual dos réus, que deverão passar à condição de “condenados”, na forma desta sentença.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Cumpra-se, expedindo-se o necessário.

Registro, 12 de abril de 2020.

Juiz Federal Substituto GABRIEL HILLEN ALBERNAZ ANDRADE

AÇÃO CIVIL PÚBLICA CÍVEL**5025911-73.2019.4.03.6100**

Autor: UNIÃO NACIONAL DOS ESTUDANTES

Ré: UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 26ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Juíza Federal: SÍLVIA FIGUEIREDO MARQUES

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/08/2020

SENTENÇA

Vistos etc.

UNIÃO NACIONAL DOS ESTUDANTES - UNE, qualificada na inicial, ajuizou a presente ação civil pública contra a UNIÃO FEDERAL, pelas razões a seguir expostas:

Narra, a autora, que, em 21.11.19, o Jornal da Cidade (on line) divulgou entrevista concedida pelo então Ministro da Educação, Abraham Weintraub, ao programa “7 Minutos com a Verdade”. Na referida entrevista, foram feitas graves acusações contra estudantes e universidades públicas. Foi, ainda, criticada, pelo agente público, a autonomia universitária.

Em seguida, encontram-se transcritas as falas do ministro.

Depois disso, continua a autora, o ministro compartilhou o link da entrevista em suas redes sociais, publicando, também, notícias que justificariam sua fala.

Afirma, a autora, que a fala em questão, eivada de preconceitos e inverdades, causou indignação na comunidade acadêmica. Tanto que foram publicadas diversas notas de repúdio e em defesa da autonomia das universidades por várias entidades.

Aduz que o jornal Folha de São Paulo demonstrou serem inverídicas as acusações de que havia “extensivas plantações de maconha” em áreas de instituições de ensino públicas.

Lembra que em outra oportunidade o mesmo ministro atacou injustamente estudantes e professores da rede pública, tendo cortado verbas da Universidade de Brasília (Unb) e da Universidade Federal da Bahia (UFBA) por suposto baixo desempenho acadêmico e realização de balbúrdia.

Assevera que o então Ministro da Educação insistia em utilizar o espaço que lhe era dado para atacar estudantes e professores, acusando-os reiteradamente de promoverem balbúrdia e insubordinação, e culminado por chamá-los de criminosos: traficantes e produtores de drogas ilícitas.

E alega que tal comportamento configura ofensa à dignidade humana dos estudantes. Sustenta ter havido dano moral coletivo e, por tal razão, pretender a indenização civil.

Pede, por fim, que a ação seja julgada procedente, com a condenação da ré ao pagamento de indenização por dano moral coletivo no montante de um milhão de reais, valor este a ser revertido para o fundo previsto no artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública.

O Ministério Público Federal, intimado, manifestou sua ciência da ação.

A ré contestou o feito (id 29177904). Em sua contestação, cita informações recebidas da pasta ministerial, que afirma não ter havido acusação, inferência ou imputação de ilícito a reitores, professores, diretores, técnicos, alunos ou representantes de universidades federais por parte do ex-Ministro da Educação. E que, ao conceder a entrevista, o referido

Ministro apenas fez referência a reportagens jornalísticas, divulgadas em vários veículos de comunicação.

Afirma-se, ainda, que a “fala incisiva” apenas expõe a preocupação do Ministro com o adequado uso dos bens públicos e a prestação dos serviços públicos escolares. E que todas as suas manifestações estão inseridas num contexto de análise e definição de políticas públicas.

Sustenta, a ré, não haver responsabilidade civil da União Federal no caso. E repete as informações que já transcrevera. Salienta que não pode ser responsabilizada por todo e qualquer evento alegadamente prejudicial ao cidadão, ainda mais quando atua dentro da legalidade. Afirma não terem sido comprovados os alegados danos morais e pede que a ação seja julgada improcedente.

O Ministério Público Federal, no id 29515654, manifestou-se pela procedência da ação.

As partes foram intimadas para especificar as provas a serem produzidas, mas nada foi requerido.

É o relatório. Decido.

A questão que se coloca, no presente caso, é se as afirmações do ex-ministro da Educação, Abraham Weintraub, caracterizaram ofensa que pode ser considerada dano moral à coletividade dos estudantes.

E entendo que sim.

Com efeito, por diversas vezes, o então ministro fez afirmações, sem embasa-las em provas, que, por óbvio, visavam denegrir a imagem dos estudantes. Estudantes estes que fazem “balbúrdia” e “plantam maconha” na universidade, entre outras atividades.

Na entrevista mencionada na inicial, transcrita pelo digno representante do Ministério Público Federal no id 29515654, Weintraub disse, textualmente, que havia plantações extensivas de maconha em algumas universidades, a ponto de ter borrifador de agrotóxico. Disse que laboratório de faculdade de química era usado para desenvolver droga sintética, de metanfetamina. Porque a polícia não podia entrar nos campi. Disse: “estamos começando a descobrir um monte de detalhes, cada enxada é uma minhoca.”

Em sua manifestação, o *Parquet* Federal salienta que foram utilizados casos isolados para generalizar e atribuir, de modo geral, à universidade pública, conduta grave como a produção de entorpecentes. E que o Ministro não expressou simplesmente preocupação com o consumo e tráfico de drogas nas universidades, ele foi além e *atingiu indiscriminadamente a dignidade e ética de toda a comunidade docente e discente das instituições*.

É fato notório, não necessitando, pois, de prova, o viés ideológico do ex-ministro. Aliás, tanto ele fez e falou que terminou por deixar o ministério. Sendo que ainda se apura se o uso do passaporte diplomático por ele, ao, imediatamente à saída do cargo, para adentrar os Estados Unidos, foi regular.

A honra coletiva dos estudantes foi atacada, sem dó nem piedade, pelo ex-ministro. Para o mesmo, ofender as pessoas era coisa corriqueira. Não poupou nem os ministros do Supremo Tribunal Federal, como se viu na, agora pública, reunião do dia 22 de abril. O que também é de conhecimento geral.

E, quando fez as afirmações apontadas na inicial, o fez na figura de ministro da Educação. Não foi um comentário de um qualquer do povo. Foi o ministro da Educação falando dos estudantes.

Por esta razão, porque estava encarnando a União Federal, como ministro da Educação, os estudantes podem, como estão fazendo, pleitear que essa mesma União Federal os indenize.

O dano moral coletivo é reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência. Como também o é a honra da pessoa jurídica. No caso, a vítima foi a coletividade dos estudantes.

No presente caso, entendo que ele ficou caracterizado e que deve haver uma indenização.

É impossível, todavia, avaliar a dimensão pecuniária da dor moral. A reparação por danos morais não visa reparar efetivamente a mágoa sofrida, e sim à atenuação da mesma. Ademais, a quantia despendida pelo causador do dano tem caráter pedagógico, penalizando-o pela conduta danosa.

Assim, ao arbitrar o dano moral, deve-se levar em consideração a intensidade do sofrimento causado, a repercussão da ofensa, o grau de culpa do responsável e a capacidade econômica deste, bem como o contexto econômico do país.

Com base nestes parâmetros, entendo que o montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) é adequado.

Julgo, pois, procedente a presente ação e condeno a ré a pagar indenização por dano moral coletivo no montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos - CFDD.

Para atualização do valor da presente verba, deverá ser observado o disposto na Súmula 362 do STJ, segundo a qual “a correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento”.

Assim, para afastar a incidência de correção monetária em momento anterior ao arbitramento, os juros moratórios, incidentes desde o evento danoso, (data da entrevista em que foram proferidas as falas aqui consideradas ofensivas) incidirão no percentual de 1% ao mês (artigo 406, Código Civil) até a data do arbitramento da indenização (data desta sentença) e, após, deverá incidir a Taxa Selic.

Este é o entendimento que vem sendo adotado pelo E. STJ, conforme ementa que segue:

“AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS CUMULADA COM ABSTENÇÃO DE USO INDEVIDO DE MARCA. CONTRAFAÇÃO DA MARCA ‘INSULFILM’. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS ARBITRADA NO STJ. TERMO INICIAL DOS JUROS MORATÓRIOS E DA CORREÇÃO MONETÁRIA. SÚMULAS 54 E 362 DO STJ. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC. DELIMITAÇÃO. AGRAVO PROVIDO.

1. No caso de responsabilidade extracontratual, o termo inicial dos juros de mora é a data do evento danoso, nos termos da Súmula 54/STJ.

2. ‘A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento’ (Súmula 362/STJ).

3. *Na hipótese, os juros moratórios incidem a partir do evento danoso, e a correção monetária, a partir do arbitramento da indenização por danos morais, momento em que, ao invés de se aplicarem os dois encargos, aplica-se somente a Taxa Selic.*

4. Agravo interno provido”.

(STJ – AIEDRESP 1518445 2015.00.45549-6, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, DJE 10/06/2019 - Grifei).

P.R.I.

São Paulo, 30 de julho de 2020.

Juíza Federal SÍLVIA FIGUEIREDO MARQUES

Id 36161019. Verifico a existência de erro material e o declaro de ofício a sentença para excluir o penúltimo parágrafo da mesma, que fez referência à condenação em honorários advocatícios.

No mais, segue a sentença como lançada.

P.R.I.

Juíza Federal SÍLVIA FIGUEIREDO MARQUES

PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL**0000779-08.2020.4.03.6313**

Autora: ROSANA SANTIAGO DOS SANTOS

Ré: UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DO JEF DE CARAGUATATUBA - SP

Juiz Federal: GUSTAVO CATUNDA MENDES

Disponibilização da Sentença: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 29/07/2020

SENTENÇA

Vistos em sentença.

I – RELATÓRIO

Trata-se de *ação com pedido de tutela de urgência*, ajuizada em face da *UNIÃO FEDERAL*, da *DATAPREV S/A* e da *CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF*, objetivando a prestação jurisdicional que condene as rés à *concessão do auxílio emergencial e seu respectivo pagamento*.

Alega a parte autora, em síntese, que formulou *pedido de benefício de auxílio emergencial* nos moldes da Lei nº 13.982, de 02 de abril de 2020, todavia foi *indevidamente indeferido pela via administrativa*. Afirma ter direito ao benefício e estar em situação de penúria em decorrência da crise provocada pela *Pandemia da covid-19*, com efeitos deletérios sociais, sanitários e econômicos.

A petição inicial foi instruída com declaração de hipossuficiência e documentos.

A *União Federal* foi devidamente citada e apresentou defesa pugnando pela improcedência do pedido.

A *Caixa Econômica Federal – CEF* foi citada e apresentou defesa aventando preliminares de ilegitimidade passiva e de coisa julgada em ação coletiva, bem como sustentando a improcedência do pedido de mérito.

É, em síntese, o relatório. Fundamento e decido.

II – FUNDAMENTOS JURÍDICOS**II.1 – PRELIMINARES****II.1.1 – ILEGITIMIDADE PASSIVA DA CEF E DA UNIÃO FEDERAL – FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL**

O *auxílio emergencial* é um benefício instituído pela *Lei nº 13.982, de 02 de abril de 2020*, visando prover *assistência financeira temporária ao cidadão em situação de calamidade e vulnerabilidade social e econômica*, atingido pelos efeitos da *Pandemia da covid-19*.

O *benefício do auxílio-emergencial* tem a finalidade de amparar o quanto possível os cidadãos desfavorecidos e abrandar o contexto de pânico, desespero e extrema pobreza, trazendo alento e amparo àqueles mais necessitados de uma fonte de recursos para a própria sobrevivência.

Quando se tratar de *demandas objetivando a liberação do auxílio emergencial*, tendo como fonte de custeio o *orçamento do Ministério da Cidadania*, sendo a *Caixa Econômica Federal* a agente pagadora e o *Ministério da Cidadania* órgão autorizador do benefício, mediante análise do preenchimento dos requisitos (artigo 4º e artigo 6º, do Decreto nº 10.316, de 07 de abril de 2020), *obrigatória a intervenção da União Federal como litisconsorte passivo necessário*, nos termos do *art. 114, do CPC*, devendo ser citada formalmente.

No caso dos autos, o pedido é abrangente e o litígio também versa sobre *correta entrega do valor ao destinatário*, cuja *responsabilidade é do agente financeiro pagador*, que possui a função de *gerir os pagamentos conforme previsão do artigo 2º, § 9º, da Lei nº 13.982/2020*, regulamentado pelo *artigo 4, II, “b”, c/c artigo 11, ambos do Decreto nº 10.316, de 07 de abril de 2020*:

“LEI Nº 13.982, DE 2 DE ABRIL DE 2020

Art. 2º Durante o período de 3 (três) meses, a contar da publicação desta Lei, será concedido auxílio emergencial no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais) mensais ao trabalhador que cumpra cumulativamente os seguintes requisitos:

(...)

§ 9º O auxílio emergencial será operacionalizado e pago, em 3 (três) prestações mensais, por instituições financeiras públicas federais, que ficam autorizadas a realizar o seu pagamento por meio de conta do tipo poupança social digital, de abertura automática em nome dos beneficiários, a qual possuirá as seguintes características: (...)”

“DECRETO Nº 10.316, DE 7 DE ABRIL DE 2020

Regulamenta a Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020, que estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19)

(...)

Art. 4º Para a execução do disposto neste Decreto, compete:

(...)

II – ao Ministério da Economia:

a) atuar, de forma conjunta com o Ministério da Cidadania, na definição dos critérios para a identificação dos beneficiários do auxílio emergencial; e

b) autorizar empresa pública federal de processamento de dados a utilizar as bases de dados previstas neste Decreto necessárias para a verificação dos critérios de elegibilidade dos beneficiários, e a repassar o resultado dos cruzamentos realizados à instituição financeira pública federal responsável.

(...)

Art. 11 O pagamento aos trabalhadores elegíveis ao auxílio emergencial, com exceção dos beneficiários do Programa Bolsa Família, será feito da seguinte forma:

I - preferencialmente por meio de conta depósito ou poupança de titularidade do trabalhador; ou

II - por meio de conta poupança social digital, aberta automaticamente pela instituição financeira pública federal responsável, de titularidade do trabalhador.” – Grifou-se.

Destaque-se que os *trabalhadores informais* que não têm cadastro em nenhum programa do Governo Federal devem solicitar o benefício por meio do site www.auxilio.caixa.gov.br ou pelo aplicativo de telefone celular “*Caixa Auxílio Emergencial*”, ambos disponibilizados pela Caixa Econômica Federal – CEF e que pode ser baixado nas lojas do Sistema Móvel Operacional iOS e Android. O banco pagador faz a intermediação dos requerimentos administrativos pela plataforma virtual, participando do procedimento e tornando-se corresponsável pelo ato complexo que resulta no pagamento (entrega do dinheiro). Inequívoca, assim, a relação jurídica em face da instituição financeira.

Considerando que a demanda concerne sobre a *liberação do benefício de auxílio emergencial (cuja incumbência é da União) e também sobre a correta entrega do valor ao destinatário (cujo dinheiro fica sob a gestão financeira da CEF)*, tanto a *União Federal* quanto a

Caixa Econômica Federal – CEF são partes legítimas para figurar no pólo passivo da ação, além de patente o interesse jurídico processual da parte autora litigar contra aquelas pessoas jurídicas que denegaram seu direito previsto em lei, razão pela qual afasto a preliminar de ilegitimidade passiva da CEF e da União Federal, bem como afasto a preliminar de falta de interesse processual alegada pela CEF.

II.1.2 – COISA JULGADA

Argumenta a *Caixa Econômica Federal – CEF* que firmou acordo com alcance em todo o território nacional nos autos da *Ação Civil Pública nº 017292-61.2020.4.01.3800/MG* e da *Ação Civil Pública nº 1017635-57.2020.4.01.3800/MG*, abrangendo as demandas judiciais atinentes ao benefício do auxílio emergencial. Por tal razão, a coisa julgada fulmina o presente feito para ensejar a extinção prematura da demanda com fulcro no artigo 485, V, do CPC.

Dispõe o artigo 104 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (*Código de Defesa do Consumidor*):

“Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.” – Grifou-se.

A jurisprudência do *E. Superior Tribunal de Justiça* sufragou o entendimento de que a ação coletiva não obsta o ajuizamento da ação individual, havendo convivência harmônica entre ambos os institutos processuais:

“EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AÇÃO INDIVIDUAL. CONVIVÊNCIA HARMÔNICA. RISCO DE DECISÕES CONFLITANTES. AUSÊNCIA. SÚMULA N. 83/STJ. CONEXÃO. REQUISITOS. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. Conforme o entendimento desta Corte, ‘a demanda coletiva para defesa de interesses de uma categoria convive de forma harmônica com ação individual para defesa desses mesmos interesses de forma particularizada, consoante o disposto no art. 104 do CDC’ (AgRg no REsp 1360502/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 29/04/2013).

2. Como também decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, ‘a ausência de pedido do autor da ação individual para que esta fique suspensa até o julgamento da ação coletiva, consoante autoriza o art. 104 do CDC, afasta a projeção de efeitos da ação coletiva na ação individual, de modo que cada uma das ações terá desfecho independente, não havendo que se falar em risco de decisões conflitantes a ensejar a reunião dos feitos’ (AgInt no AREsp 655.388/RO, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 07/12/2016).

3. O recurso especial não comporta exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos (Súmula n. 7/STJ). 4. No caso concreto, a reforma do acórdão recorrido, que entendeu ausentes os requisitos da conexão, demandaria revolvimento do conjunto fático-probatório, vedado em sede de recurso especial. 5. Agravo interno a que se nega provimento.”

(STJ, AIRESp nº 1612933/RO, Relator Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Quarta Turma, DJE DATA: 27/09/2019)

A esse respeito, o *E. Supremo Tribunal Federal* também já se debruçou e pacificou a tese ampliando o alcance do artigo 104, do CDC, definindo que a existência de acordo em ação civil pública em que o autor, embora representado por algum órgão ou entidade, não figure propriamente em dos polos da demanda, não impede o ajuizamento de ação individual em que se trata da mesma matéria. Um entendimento contrário vai de encontro com o *art. 5º, XXXV, da CF/1988* que preconiza o *amplo acesso ao Poder Judiciário (STF, ARE nº 827.321/PE, Relatora Ministra CARMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJE 20/08/2014)*.

Essa situação jurídica *afastada a hipótese de litispendência ou de coisa julgada*, ante a *inexistência de identidade de partes a que alude o artigo 337, § 1º, § 2º e § 4º, do CPC/2015*.

Ressalte-se outrossim que, após o advento da nova legislação processual civil, veiculada pela *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)*, a inexistência de eventual *Repercussão Geral* da questão referente à suspensão da ação individual em decorrência do ajuizamento de ação civil pública com a mesma finalidade *não obstrui o prosseguimento do processo inter pars (artigo 1.036, do CPC)*. Neste sentido:

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL CIVIL. SUSPENSÃO DE AÇÃO INDIVIDUAL EM RAZÃO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM A MESMA FINALIDADE. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL REJEITADA PELO PLENÁRIO DO STF NO ARE 738.109-RG. PRESCRIÇÃO. MATÉRIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA.

1. A ação individual, quando sub judice a controvérsia sobre a sua suspensão em razão da existência de ação coletiva sobre o mesmo objeto, não revela repercussão geral apta a dar seguimento ao apelo extremo, consoante decidido pelo Plenário virtual do STF, na análise do ARE 738.109-RG, Rel. Min. Teori Zavascki.

2. *In casu*, o acórdão recorrido assentou: PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE RENDA MENSAL INICIAL DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ARTIGO 29, INCISO II, DA LEI Nº 8.213, DE 1991. PAGAMENTO DAS DIFERENÇAS DECORRENTES DA REVISÃO JÁ EFETIVADA. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

3. Agravo regimental DESPROVIDO.”

(STF, ARE-AgR nº 827.066/PE, Relator Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, j. 21.10.2014).

Afasto, portanto, a preliminar de coisa julgada suscitada pela CEF, devendo o processo continuar até seus ulteriores termos com o julgamento do mérito.

II.1.3 – ILEGITIMIDADE PASSIVA DA DATAPREV S/A

Conforme consta no *artigo 1º do Estatuto Social da Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência – DATAPREV S/A*, trata-se de empresa pública sob a forma de sociedade por ações de capital fechado, *vinculada ao Ministério da Economia*, com patrimônio próprio, autonomia administrativa e financeira, é regida pela Lei nº 6.125, de 4 de novembro de 1974, por este Estatuto, pelas Leis nº 13.303, de 30 de junho de 2016, e Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, pelo Decreto nº 8.945, de 27 de dezembro de 2016, e demais legislações aplicáveis.

A *DATAPREV S/A* tem por *objetivo a análise de sistemas, a programação e execução de serviços de tratamento da informação e o processamento de dados através de computação eletrônica*, bem como a prestação de outros serviços correlatos (*artigo 4º do mesmo estatuto social*).

Partes legítimas, resumidamente, são as pessoas titulares da relação jurídica material objeto da demanda. Assim, pode ser autor quem atribui a si o direito que pleiteia. Pode ser parte ré aquele a quem o autor atribui o dever de satisfazer sua pretensão. A legitimidade se

restringe a uma análise superficial acerca da pessoa que se autoqualifica como titular do direito correspondente à providência judicial que pede (legitimidade ativa), bem como acerca da pessoa que o autor da ação aponta como devedor da satisfação de sua pretensão (*artigo 17, do CPC*).

Verifica-se a teor dos parâmetros e conceitos mencionados que a *DATAPREV S/A presta serviços de tecnologia e de bancos de dados*, ela não é pessoa jurídica responsável pela liberação e pelo pagamento do auxílio emergencial. A *liberação do pagamento* é atribuição *recai sobre a União Federal* (artigos 1º c/c artigo 2º, *caput*, da Lei nº 13.982/2020) e a *correta entrega do dinheiro* ao beneficiário é atribuição que *recai sobre a Caixa Econômica Federal – CEF* (artigo 2º, § 9º, da Lei nº 13.982/2020).

Assim sendo, de ofício, impõe-se a *extinção parcial da ação no que se refere ao pedido em face da DATAPREV S/A*, por *ilegitimidade* para figurar no polo passivo da ação.

II.2 – MÉRITO

II.2.1 – AUXÍLIO EMERGENCIAL – LEI Nº 13.982/2020 – REQUISITOS LEGAIS

Verifico que estão presentes as condições da ação, nada se podendo objetar quanto à *legitimidade das partes*, à presença do *interesse processual* e à *possibilidade jurídica do pedido*. Estão igualmente presentes os *pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo*, em virtude do que passo ao exame do mérito.

A Lei nº 13.982, de 02 de abril de 2020, alterou disposições da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre *parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC)*, e estabelece *medidas excepcionais de proteção social* a serem adotadas durante o período de *enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Novo Coronavírus (Covid-19)* responsável pela *pandemia a partir de 2019*, a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

O Auxílio Emergencial é um *benefício financeiro destinado aos trabalhadores informais, microempreendedores individuais (MEI), autônomos e desempregados*, e tem por objetivo *fornecer proteção emergencial no período de enfrentamento à crise causada pela pandemia do Novo Coronavírus – covid-19*.

O litígio envolve esmiuçar o *direito da parte autora a obter o pagamento de todas as parcelas do benefício de auxílio emergencial*, à medida que afirma reunir todas as *condições legais* simultaneamente para recebe-lo, contudo foi *negado administrativamente seu pedido* formulado pelos *sistemas virtuais disponibilizados pela Caixa Econômica Federal – CEF* (site www.auxilio.caixa.gov.br ou aplicativo de telefone celular “Caixa Auxílio Emergencial”).

A parte autora contesta a negativa porque afirma preencher todos *critérios de elegibilidade* para receber o pagamento do benefício.

Aquele que pretende obter o benefício de auxílio emergencial deverá preencher vários *requisitos previstos na Lei nº 13.982/2020, artigo 2º* (com redação dada pela Lei nº 13.998/2020): (i) *ser maior de dezoito anos de idade*; (ii) *não ter emprego formal ativo (carteira assinada pela CLT ou cargo público)*; (iii) *não estar recebendo benefício previdenciário ou assistencial*; (iv) *não estar recebendo seguro-desemprego ou outro programa de transferência de renda (ressalvado o bolsa-família)*; (v) *ter uma renda familiar per capita de no máximo metade do salário mínimo (em torno de R\$ 522,50 por pessoa)*; (vi) *ter uma renda familiar total de no máximo três salários-mínimos (em torno de R\$ 3.135,00)*; (vii) *não ter recebido rendimentos tributáveis acima de R\$ 28.559,70 em 2018*; (viii) *ser microempreendedor individual (MEI)*; (ix) *ser contribuinte individual do INSS*; (x) *ser trabalhador informal, autônomo ou desempregado*.

Ademais, o auxílio emergencial será pago a, *no máximo, dois membros do núcleo familiar*, conforme disposto no § 1º, do artigo 2º, da Lei nº 13.982/2020.

Depreende-se da previsão expressa do *artigo 2º da Lei nº 13.982/2020* que o *auxílio emergencial será pago no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais) durante três meses* e, se o *provedor da família monoparental for mulher*, terá direito ao pagamento de *duas cotas de R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) a cada um desses três meses*:

“Art. 2º Durante o período de 3 (três) meses, a contar da publicação desta Lei, será concedido auxílio emergencial no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais) mensais ao trabalhador que cumpra cumulativamente os seguintes requisitos.

(...)

§ 1º O recebimento do auxílio emergencial está limitado a 2 (dois) membros da mesma família.

(...)

§ 3º A mulher provedora de família monoparental receberá 2 (duas) cotas do auxílio.

(...)

§ 9º O auxílio emergencial será operacionalizado e pago, em 3 (três) prestações mensais, por instituições financeiras públicas federais, que ficam autorizadas a realizar o seu pagamento por meio de conta do tipo poupança social digital, de abertura automática em nome dos beneficiários, a qual possuirá as seguintes características:

I - dispensa da apresentação de documentos;

II - isenção de cobrança de tarifas de manutenção, observada a regulamentação específica estabelecida pelo Conselho Monetário Nacional;

III - ao menos 1 (uma) transferência eletrônica de valores ao mês, sem custos, para conta bancária mantida em qualquer instituição financeira habilitada a operar pelo Banco Central do Brasil;

IV - (VETADO); e

V - não passível de emissão de cartão físico, cheques ou ordens de pagamento para sua movimentação.”

O *legislador*, de maneira dinâmica e vislumbrando a permanência estendida dos efeitos da pandemia do Novo Coronavírus (COVID19), *autorizou o Poder Executivo a prorrogar por ato sponti própria o auxílio emergencial durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional da COVID19*, cujo *artigo 6º da Lei nº 13.982/2020* prevê:

“Art. 6º O período de 3 (três) meses de que trata o *caput* dos arts. 2º, 3º, 4º e 5º poderá ser prorrogado por ato do Poder Executivo durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional da Covid-19, definida pela Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.”

Nesse contexto, o Poder Executivo editou o Decreto nº 10.412, de 30 de junho de 2020, que incluiu o artigo 9-A no Decreto nº 10.316, de 7 de abril de 2020, para *ampliar o pagamento do auxílio emergencial em mais duas parcelas mensais, in verbis*:

“Art. 9º-A Fica prorrogado o auxílio emergencial, previsto no art. 2º da Lei nº 13.982, de 2020, pelo período complementar de dois meses, na hipótese de requerimento realizado até 2 de julho de 2020, desde que o requerente seja considerado elegível nos termos do disposto na referida Lei. (Incluído pelo Decreto nº 10.142, de 2020)” – Grifou-se.

Consigna-se que originalmente o auxílio emergencial foi instituído em três prestações mensais e atualmente foi acrescido de outras duas prestações mensais, perfazendo o *total de cinco prestações mensais para beneficiar os cidadãos que se encontram em situação de elevada vulnerabilidade (destacando que a mulher provedora de família monoparental receberá duas cotas do auxílio por cada mês, consoante mencionado alhures)*.

Para a *concessão administrativa do auxílio emergencial*, tanto por imposição legal quanto por imposição infralegal, faz-se necessário colher informações sobre a parte autora e sobre os membros que compõem sua família junto ao Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal – CadÚnico, junto aos outros cadastros do Ministério da Cidadania, junto aos cadastros da Previdência e da Assistência Social DATAPREV (atualmente vinculada ao Ministério da Economia), junto ao Ministério do Trabalho e Emprego – MTE e junto aos bancos de dados da Receita Federal do Brasil.

Essa complexa e emaranhada rede de informações está sob *gestão do Poder Público*, que as detém, que as consulta e as utiliza nas mais variadas atividades e serviços prestados ao cidadão.

Portanto, ressalta-se ser de *atribuição da Administração Pública (Poder Executivo) bem conduzir as políticas públicas e providenciar as medidas e cautelas necessárias para sua efetividade e implementação*, inclusive no atual cenário de *pandemia do Novo Coronavírus (COVID19) e prestação do auxílio emergencial (Lei nº 13.982/2020)*. Todavia, em razão do *princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição*, cumpre ao *Poder Judiciário* apreciar e julgar *casos de eventual lesão ou ameaça de direito (CF, art. 5º, inciso XXXV)*, como se alega no presente caso.

Nesse cenário, a considerar que a parte autora impugna sua inelegibilidade ao benefício e se contrapõe à glosa no pagamento do auxílio emergencial, *não se afigura razoável imputar à parte autora, de forma exclusiva, a prova de fato constitutivo de seu direito*. O momento vivenciado pela parte autora é de sobrevivência própria e da sua família, que foram violentadas pela imprevisível pandemia da COVID19.

Não se apresenta plausível obrigar a parte autora, em flagrante situação de fragilidade, a produzir sozinho todos os documentos e informações constantes nos vários cadastros de que dispõe o Poder Público. Há de se destacar as informações não constam num cadastro único e estão dispersas nos vários bancos de dados da Administração Pública, além disso muitas pessoas necessitadas sequer são alfabetizadas e muitos ainda compõem a situação social de “exclusão digital” (sem acesso à rede mundial de computadores, sem telefone celular e sem conexão com o mundo virtual).

Muitas pessoas, inclusive, clamam pela ajuda de terceiros para *realização do seu cadastro no site www.auxilio.caixa.gov.br ou pelo aplicativo de telefone celular “Caixa Auxílio Emergencial”*.

A presunção expressamente prevista na lei milita em favor da parte autora, vulnerável, para *incumbir à União Federal e à Caixa Econômica Federal – CEF o ônus da impugnação específica e da demonstração em Juízo das razões do indeferimento do pedido de auxílio emergencial, lastreadas em provas documentais do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da parte autora, segundo o CPC/2015*:

“Art. 341. Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas, salvo se:

I - não for admissível, a seu respeito, a confissão;

II - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considerar da substância do ato;

III - estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

Parágrafo único. O ônus da impugnação especificada dos fatos não se aplica ao defensor público, ao advogado dativo e ao curador especial.” – Grifou-se.

Afirma a doutrina, com toda a razão, “*que a prova é a alma do processo de conhecimento*” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 222.) e, devido a essa essencialidade, *a prova deve ser compreendida como todo elemento trazido ao processo que possa colaborar na formação da cognição do juiz a respeito da veracidade das alegações fáticas controvertidas e relevantes*. Ademais, a prova possui íntima relação com o *princípio do contraditório*, por viabilizar a participação no procedimento de formação da decisão, como afirma a parte final do *art. 369 do CPC/15*.

O *art. 373, caput, do CPC*, adotou uma regra subjetiva e estática, ou seja, analisa-se a posição da parte em juízo, bem como a natureza dos fatos. *Ao autor cabe provar o fato constitutivo do seu direito e, ao réu, os fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do autor*, conforme segue:

“Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou *diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso*, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.” – Grifou-se.

O mesmo dispositivo, consagrou em seu parágrafo primeiro a “*Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova*” no ordenamento jurídico brasileiro, onde *se autoriza que o juiz, preenchidos certos requisitos, redistribua o ônus da prova caso a caso*.

Diante de peculiaridades deste caso concreto, relacionadas à (i) *impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo pela parte autora (produção de prova negativa ou “prova diabólica”)* e (ii) *à maior facilitação da prova do fato contrário pelos réus*, concluiu-se excepcionalmente pela hipossuficiência técnica da parte autora e que os réus deverão comprovar a ilegitimidade do direito da parte autora ao auxílio emergencial e a regularidade da glosa automatizada do pagamento, mediante o *cruzamento de dados automatizados que o Poder Público detém em seus vários bancos de dados*.

Regularmente citadas e previamente intimadas para *devida instrução do feito com os fundamentos da negativa do auxílio emergencial* (CPC, art. 370), ao apresentarem suas defesas por escrito, *os réus não carregaram documentos hábeis que obstruam o direito da parte autora à percepção do auxílio emergencial*. Os réus possuem o *ônus probatório* de juntar aos autos todos os extratos de todos os sistemas que são consultados com a finalidade de eleger o cidadão como beneficiário ou como desqualificado do auxílio emergencial, para permitir os cotejos dos dados com a lei aplicável. A juntada de *extrato de um sistema de dados* ou de alguns sistemas de dados não se presta a embasar o indeferimento administrativo, de maneira que a procedência do pedido é a medida jurisdicional que se impõe.

Portanto, apesar dos relevantes fatos trazidos a Juízo, *não restou comprovado a efetiva regularidade do indeferimento perpetrado pela Administração Pública*, visto que, segundo conjunto probatório acostado aos autos, *a parte ré não se desincumbiu de seu ônus probatório de provar os fatos modificativos, extintivos ou impeditivos direito da parte autora* (CPC, art. 373, inciso II e § 1º).

Há de se consignar, por derradeiro, que a União Federal assumiu que houve *falha no cruzamento automático e computadorizado dos sistemas de dados* e, por conseguinte, reconheceu a procedência jurídica do pedido.

III - DISPOSITIVO

À vista da fundamentação supra, *JULGO EXTINTA a demanda em face da DATAPREV S/A*, sem resolução de mérito nos termos do art. 485, inciso VI, do CPC, *face sua ilegitimidade passiva* porque é empresa de tecnologia mera detentora de banco de dados e não é responsável pelo pagamento do auxílio emergencial, cuja liberação do pagamento é de competência da União Federal e a correta entrega do dinheiro é de competência da CEF, conforme a Lei nº 13.982/2020.

Em face do exposto, com fundamento no art. 487, inciso III, “a”, do Código de Processo Civil, *JULGO EXTINTO o processo com resolução do mérito e HOMOLOGO o reconhecimento jurídico por parte do réu em relação à procedência do pedido formulado na ação*, para *determinar à UNIÃO FEDERAL a conceder o benefício de auxílio emergencial em favor da autora, ROSANA SANTIAGO DOS SANTOS, CPF 467.439.278-05, procedendo o pagamento de todas as parcelas nos termos da Lei nº 13.982/2020, regulamentada pelo Decreto nº 10.316/2020, descontando-se eventuais prestações mensais já pagas administrativamente e respeitando-se o calendário da legislação*.

Em consequência, na forma do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, *JULGO PROCEDENTE o pedido e condeno a Caixa Econômica Federal – CEF a realizar a correta entrega do dinheiro decorrente do benefício do auxílio emergencial a ROSANA SANTIAGO DOS SANTOS, CPF 467.439.278-05, através dos meios bancários preconizados pela legislação do auxílio emergencial, com imposição de obrigação-de-fazer de informação aos autos com documentos comprobatórios do efetivo pagamento dos valores em atraso*.

Os valores atrasados e devidos serão calculados pela UNIÃO FEDERAL, acrescidos de correção monetária e juros de mora, e imediatamente disponibilizados pela via administrativa para a CEF, que é o agente financeiro gestor do benefício. Os valores a vencer serão disponibilizados administrativamente e no tempo oportuno para a CEF, conforme o calendário previsto na legislação supramencionada.

Os valores atrasados deverão ser atualizados monetariamente desde a competência em que deveriam ter sido pagos, pelos índices fixados de acordo com o Manual de Orientação e Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal. Os juros são devidos desde a propositura da ação, nos percentuais e indexadores definidos pelo Manual de Orientação e Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal.

Considerando que o momento da prolação de sentença é oportuno para *distribuir o ônus do tempo do processo*, com vistas a salvaguardar a *eficácia do princípio constitucional da razoável duração do processo* e ao mesmo tempo privilegiar o direito provável em detrimento do improvável, demonstrada a *verossimilhança das alegações da parte autora* e diante do nítido caráter alimentar da verba pleiteada, nos termos do art. 294 e 300, do CPC *ANTECIPO A TUTELA JURISDICIONAL para determinar à UNIÃO FEDERAL que providencie a concessão do benefício de auxílio emergencial à parte autora, no prazo de até 10 (dez) dias úteis, com a*

consequente disponibilização administrativa do dinheiro para a Caixa Econômica Federal – CEF, nos termos do Decreto nº 10.316/2020, para fins de efetivo pagamento à parte autora, com imposição de obrigação-de-fazer à UNIÃO e CEF de informação nos autos quando do efetivo cumprimento.

Ressalta-se que, independentemente do trânsito em julgado e de expedição de ofício por este Juízo, deverá a CEF proceder ao(s) correto pagamento(s) à parte autora tão logo seja disponibilizado o dinheiro de cada uma das prestações do auxílio emergencial.

Com as manifestações da União e da CEF, dê-se ciência às partes.

Defiro o pedido de assistência judiciária gratuita, tendo em vista a hipossuficiência declarada pela parte autora.

Sem custas e honorários nesta instância, a teor do art. 1º da Lei n.10.259/01, c/c art. 55, da Lei n. 9.099/95.

Sentença não sujeita ao reexame necessário, uma vez que o valor é inferior àquele previsto no art. 496, § 3º, inciso I, do CPC.

Decorrido o prazo legal para recurso e nada mais requerido, certifique-se o trânsito em julgado e arquivem-se os autos, observadas as formalidades legais.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Juiz Federal GUSTAVO CATUNDA MENDES



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 JUÍZADOS 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