REVISTA

do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

ANO XXVIII - N. 134 - JULHO/SETEMBRO DE 2017 - ISSN 1982-1506

NESTA EDIÇÃO:

• **A inserção do Brasil no sistema de proteção regional dos direitos humanos**
>> José Antonio Farah Lopes de Lima

• **Linhas gerais da revogação do ato administrativo**
>> Heraldo Garcia Vitta

• **Reflexões sobre o artigo 362 do Código de Processo Penal**
>> Fabiano Righi

• **Aborto – uma questão jurídica e de saúde pública**
>> Reis Friede

• **O efeito direto da disciplina da Organização Mundial do Comércio e o desafio das Cortes brasileiras**
>> Natália de Lima Figueiredo



TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

REVISTA

Diretor da Revista
Desembargador Federal Nery Júnior

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 XXVIII	n. 134	p. 1-627	jul./set. 2017

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

REVISTA

Expediente

DIRETOR DA REVISTA: Desembargador Federal Nery Júnior

ASSESSORA: Simone de Alcantara Savazzoni

EQUIPE:

Maria José Lopes Leite / Renata Bataglia Garcia

Capa, projeto gráfico e ilustrações: Mazé Leite

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

Bimestral a partir de 2001.
Trimestral a partir de julho de 2012.
Repositório Oficial de Jurisprudência do TRF 3ª Região.

n. 1 (jan./mar. 1990) a n. 86 (nov./dez. 2007) [publicação impressa] - ISSN 1414-0586.
Continuada por: Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região [publicação eletrônica] - n. 87 (jan./fev. 2008) a - ISSN 1982-1506.
Separata, publicação impressa parcial a partir do n. 107 (maio/jun. 2011) - nº 119 (out./dez. 2013).

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

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

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

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

DESEMBARGADORES FEDERAIS[1]

CECÍLIA Maria Piedra MARCONDES - 14/8/98 - Presidente[2]
MAIRAN Gonçalves MAIA Júnior - 27/1/99 - Vice-Presidente[3]
THEREZINHA Astolphi CAZERTA - 02/10/98 - Corregedora-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
NERY da Costa JÚNIOR - 17/6/99
Luís CARLOS Hiroki MUTA - 13/6/2002
CONSUELO Yatsuda Moromizato YOSHIDA - 12/7/2002
MARISA Ferreira dos SANTOS - 13/9/2002
Luís Antonio JOHONSOM DI SALVO - 13/9/2002
NELTON Agnaldo Moraes DOS SANTOS - 07/1/2003
SÉRGIO do NASCIMENTO - 02/4/2003
ANDRÉ Custódio NEKATSCHALOW - 21/5/2003
LUIZ de Lima STEFANINI - 06/10/2003
Luís Paulo COTRIM GUIMARÃES - 06/10/2003
Maria CECILIA Pereira de MELLO - 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
TÂNIA Regina MARANGONI - 04/10/2013
Luiz Alberto de SOUZA RIBEIRO - 04/10/2013
DAVID Diniz DANTAS - 04/10/2013
MAURÍCIO Yukikazu KATO - 11/12/2014
GILBERTO Rodrigues JORDAN - 11/12/2014
HÉLIO Egydio de Matos NOGUEIRA - 11/12/2014 [5]
PAULO Sérgio DOMINGUES - 11/12/2014
WILSON ZAUHY Filho - 16/02/2016
ANA Lúcia Jordão PEZARINI - 16/02/2016
NELSON de Freitas PORFÍRIO Junior - 16/02/2016
VALDECI DOS SANTOS - 16/02/2016
CARLOS Eduardo DELGADO - 16/02/2016

[1] Composição do TRF 3ª Região atualizada até 01/09/2017.
[2] Não integra as Turmas. Preside a Sessão Plenária e a do Órgão Especial.
[3] Não integra as Turmas. Preside as Seções.
[4] Não integra as Turmas.
[5] Ouvidor-Geral da 3ª Região.

PRIMEIRA SEÇÃO

PRIMEIRA TURMA:

HÉLIO NOGUEIRA - Presidente
WILSON ZAUHY
VALDECI DOS SANTOS

SEGUNDA TURMA:

PEIXOTO JUNIOR
COTRIM GUIMARÃES - Presidente
SOUZA RIBEIRO

SEGUNDA SEÇÃO

TERCEIRA TURMA:

NERY JÚNIOR
CARLOS MUTA - Presidente
NELTON DOS SANTOS
ANTONIO CEDENHO

QUARTA TURMA:

ANDRÉ NABARRETE
MARLI FERREIRA
MÔNICA NOBRE - Presidente
MARCELO SARAIVA

SEXTA TURMA:

DIVA MALERBI
FÁBIO PRIETO
CONSUELO YOSHIDA - Presidente
JOHONSOM DI SALVO

TERCEIRA SEÇÃO

SÉTIMA TURMA:

FAUSTO DE SANCTIS - Presidente
TORU YAMAMOTO
PAULO DOMINGUES
CARLOS DELGADO

OITAVA TURMA:

NEWTON DE LUCCA
LUIZ STEFANINI
TÂNIA MARANGONI - Presidente
DAVID DANTAS

NONA TURMA:

MARISA SANTOS
DALDICE SANTANA
GILBERTO JORDAN - Presidente
ANA PEZARINI

DÉCIMA TURMA:

BAPTISTA PEREIRA - Presidente
SÉRGIO NASCIMENTO
LUCIA URSAIA
NELSON PORFÍRIO

QUARTA SEÇÃO

QUINTA TURMA:

ANDRÉ NEKATSCHALOW
PAULO FONTES - Presidente
MAURÍCIO KATO

DÉCIMA PRIMEIRA TURMA:

CECILIA MELLO
JOSÉ LUNARDELLI - Presidente
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)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Sumário

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

A inserção do Brasil no sistema de proteção regional dos direitos humanos
José Antonio Farah Lopes de Lima 15

Linhas gerais da revogação do ato administrativo
Heraldo Garcia Vitta 27

Reflexões sobre o artigo 362 do Código de Processo Penal
Fabiano Righi 41

Aborto – uma questão jurídica e de saúde pública
Reis Friede 53

O efeito direto da disciplina da Organização Mundial do Comércio e o desafio das Cortes brasileiras
Natália de Lima Figueiredo 63

JURISPRUDÊNCIA

UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Conflito de Competência. Ação de obrigação de não fazer proposta pela parte autora. Ação de conhecimento com o objetivo de obstar a cobrança de benefício previdenciário pago indevidamente pela administração. Competência da 3ª Seção, independentemente do tipo de ação proposta.
CC 0012712-41.2016.4.03.0000
Desembargador Federal Baptista Pereira 85

Conflito Negativo de Competência. Ação de ressarcimento de benefício previdenciário indevido. Revisão administrativa das datas de início da doença e de início da incapacidade, daí decorrendo, a conclusão de que seria indevida a concessão de auxílio-doença. Demanda de natureza previdenciária. Competência das Turmas que integram a 3ª Seção deste Tribunal.
CC 0012713-26.2016.4.03.0000
Desembargador Federal Nelton dos Santos 93

DIREITO ADMINISTRATIVO

Recurso Administrativo. Desvio de função. Inocorrência. Redistribuição. Discricionariedade. Violação aos princípios da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade. Inocorrência.
RecAdm 0015613-26.2009.4.03.0000
Desembargador Federal Luiz Stefanini 101

Ação Civil Pública. Controle judicial de políticas públicas. Possibilidade em casos excepcionais. Inexistência de violação de separação dos poderes. Direito à saúde. Construção de posto de saúde em comunidade indígena. Afastada a reserva do possível diante da efetivação do mínimo existencial.
ApelReex 0001609-68.2010.4.03.6104
Desembargador Federal Marcelo Saraiva 109

Ação Civil Pública. Improbidade administrativa. CNDs. Expedição sem a observância das formalidades legais. Lesão ao erário e atentado a princípios da administração. Dolo e nexo de causalidade comprovados. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.
AC 0007739-29.2010.4.03.6119
Desembargador Federal Nelton Dos Santos 122

Servidor. Empréstimo consignado. Limite de 30%.
AC 0003358-87.2014.4.03.6102
Desembargador Federal Hélio Nogueira 136

Portador de hanseníase. Isolamento e internação compulsória. Pensão especial. Lei nº 11.520/2007. Comprovação. Implantação do benefício.
AC 0004642-15.2014.4.03.6108
Desembargadora Federal Diva Malerbi 139

Mandado de Segurança. Pedido de refúgio de menores incapazes. Ausência de ambos os genitores. Falta de comprovação da guarda legal. Possibilidade. Situação de vulnerabilidade.
AMS 0021813-09.2014.4.03.6100
Desembargadora Federal Mônica Nobre 151

Mandado de Segurança. Servidor público federal. Acumulação de cargos privativos de profissionais de saúde. Jornada semanal superior a 60 (sessenta horas).
AMS 0000573-02.2016.4.03.6000
Desembargador Federal Souza Ribeiro 154

Mandado de Segurança. Ensino superior. Irregularidade no certificado de conclusão do ensino médio. Expedição de diploma em curso superior. Possibilidade.
AMS 0002475-78.2016.4.03.6100
Desembargadora Federal Consuelo Yoshida 162

Agravo Regimental. Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela. Ação Popular. "Feira da madrugada". Nova determinação do juízo para que suspenda execução das obras. Proteção do patrimônio histórico. Questão estranha aos contornos da lide proposta. Estabilização da demanda. Paralisação que impõe graves riscos à ordem pública e econômica.
AgRg SLAT 0023152-96.2016.4.03.0000
Desembargadora Federal Cecília Marcondes 167

CRF. Multa. Responsabilidade técnica. Horário integral de funcionamento. Existência de farmácia: manipulação ou dispensação de medicamentos. Clínica de diagnósticos por imagem. Lei nº 13.021/2014.
AI 0002429-22.2017.4.03.0000
Desembargador Federal Carlos Muta 173

DIREITO AMBIENTAL

Ação Civil Pública. Infrações ambientais. Área de preservação permanente. Conflito de normas. "Tempus regit actum".
AI 0021900-92.2015.4.03.0000
Desembargador Federal André Nabarrete 183

DIREITO CONSTITUCIONAL

Ação Civil Pública. Universidade. Cumprimento artigo 52 da Lei nº 9.394/1996. Um terço professores com dedicação em tempo integral. Obrigação de fazer. CDC.
AC 0007828-46.2009.4.03.6100
Desembargador Federal Nery Júnior.....209

Quebra de sigilo bancário por requisição administrativa decorrente de análise de movimentação financeira frente às declarações de imposto de renda. Constitucionalidade. Plenário da Suprema Corte. Juízo de retratação. Multa punitiva de 112,5%. Confisco não caracterizado.
ApelReex 0005291-49.2011.4.03.9999
Desembargador Federal Antonio Cedenho..... 218

DIREITO PENAL

Tráfico internacional de pessoa para o fim de exploração sexual. Tipicidade. Participação. Pena.
ACr 0000528-13.2011.4.03.6181
Desembargador Federal Cotrim Guimarães.....235

Crime contra a administração da justiça. Falso testemunho. Dolo configurado. Coação. Afastamento. Condenação mantida. Dosimetria. Pena-base. Maus antecedentes. Inaplicabilidade. Confissão espontânea. Reconhecimento. Substituição por restritivas de direitos.
ACr 0003269-91.2011.4.03.6127
Desembargador Federal Maurício Kato.....238

Artigo 273, § 1º e § 1º-B, I e VI do CP. Distribuição de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, sem registro na ANVISA, de uso e comercialização proibidos no Brasil. Materialidade, autoria e dolo comprovados. Dosimetria da pena. Aplicação da pena do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006. Entendimento do STJ.
ACr 0016048-47.2011.4.03.6105
Desembargador Federal José Lunardelli 243

Tráfico de entorpecentes e moeda falsa. Materialidade comprovada. Autoria e dolo comprovados. Dosimetria. Concurso formal próprio. Regime inicial aberto. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Execução provisória. Possibilidade.
ACr 0000671-13.2015.4.03.6132
Desembargadora Federal Cecilia Mello 270

Tráfico transnacional de drogas. Coação moral irresistível. CP, art. 22. Absolvição.
ACr 0009774-83.2015.4.03.6119
Desembargador Federal Nino Toldo 279

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Atividade especial. Tensão elétrica. Sentença "ultra petita". Recebimento de auxílio doença previdenciário. Aposentadoria especial. Termo "a quo".
REOAC 0003493-94.2007.4.03.6183
Desembargador Federal Newton De Lucca 285

Pensão por morte. Labor rural. Não comprovação. Regime de economia familiar descaracterizado. Proprietário. Contribuinte individual. Agricultor voltado ao comércio. Agronegócio. Obrigação de recolher contribuições.
AC 0000262-92.2009.4.03.6117
Desembargador Federal Carlos Delgado 294

Aposentadoria por idade. Ausência de prévio requerimento administrativo. Autores trabalhadores rurais. Benefícios deferidos administrativamente no curso da ação. Contestação do mérito. Pretensão resistida. Benefícios devidos desde a citação.
AC 0016096-32.2009.4.03.9999
Desembargador Federal David Dantas 302

Aposentadoria por idade urbana. Relação de emprego não configurada. Estabelecimento prestador de serviços obviamente familiar. Requisitos não atingidos. Tutela revogada. Determinada devolução de valores recebidos a título de tutela antecipada.
AC 0008440-67.2012.4.03.6103
Desembargador Federal Toru Yamamoto 305

Aposentadoria especial. Sentença condicional. Sentença nula. Laudo técnico ou PPP. Ruído. Requisitos preenchidos. Termo inicial.
ApelReex 0009429-23.2014.4.03.6000
Desembargadora Federal Lucia Ursaia 312

Recebimento de benefício por incapacidade (LOAS) e exercício de atividade remunerada simultaneamente. Possibilidade. Liquidação de sentença. Embargos à Execução.
AC 0038092-76.2015.4.03.9999
Desembargadora Federal Marisa Santos 320

Seguro-desemprego. Mandado de segurança.
AMS 0011489-86.2016.4.03.6100
Desembargadora Federal Tânia Marangoni 325

Auxílio-doença. Concessão. Requisitos legais preenchidos. Laudo produzido por fisioterapeuta. Possibilidade.
ApelReex 0002882-90.2017.4.03.9999
Desembargador Federal Nelson Porfírio 328

Pensão por morte. Esposa. Contribuinte individual. Pagamento das contribuições previdenciárias pelos dependentes. Impossibilidade.
AC 0012798-51.2017.4.03.9999
Desembargador Federal Sérgio Nascimento 333

Salário-maternidade. Segurada empregada urbana. Demissão. Manutenção da condição de segurada. Responsabilidade pelo pagamento. INSS. Direito ao benefício.
AC 0015416-66.2017.4.03.9999
Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias 338

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Agravo Interno. Decisão da Vice-Presidência. Negativa de seguimento a Recurso Excepcional. Correspondência entre o acórdão recorrido e a orientação do Tribunal Superior. Impossibilidade de rediscussão do acórdão paradigma. Parcelamento ou pagamento à vista com remissão e anistia instituídos pela Lei nº 11.941/2009.
Ag Resp AI 0018351-50.2010.4.03.0000
Desembargador Federal Mairan Maia 349

Agravo Interno. Artigo 1.021 do CPC. Embargos Infringentes. Desaposentação. RE 661.256. Repercussão geral. Ata de julgamento publicada no Diário Oficial. Artigo 1.035, § 11, do CPC.
Ag EI 0035925-28.2011.4.03.9999
Desembargador Federal Fausto De Sanctis 353

Ação Civil Pública. Previdenciário. Legitimidade ativa. Ministério Público Federal. Sindicato. Autorização assemblear. Lista de substituídos. Recurso Especial Repetitivo 1.401.560/MT. Amplitude. Medidas judiciais antecipatórias. Precariedade. Provisoriedade. Reversibilidade. Análise nos próprios autos e no mesmo juízo em que revogada/reformada a decisão judicial anterior. Princípio do juízo natural. Artigo 933 do CPC/2015. Inaplicabilidade. "Da mihi factum, dabo tibi jus". Coisa julgada. Abrangência territorial.
ApelReex 0005906-07.2012.4.03.6183
Desembargador Federal Paulo Domingues 356

Embargos à Execução. Agravo Interno (artigo 1.021 do CPC). Acolhimento dos cálculos elaborados pela contadoria judicial em valor superior ao apresentado pela conta embargada. Decisão "ultra petita". Não ocorrência.
Ag AC 0016271-12.2013.4.03.6143
Desembargador Federal Gilberto Jordan 372

Conflito de Competência. Alteração do Regimento Interno desta Corte. Princípio da "perpetuatio jurisdicionis".
CC 0009194-43.2016.4.03.0000
Desembargador Federal Peixoto Junior 377

Restauração de autos. Extravio. Peças essenciais reproduzidas. Ausência de impugnação.
RA 0010061-36.2016.4.03.0000
Desembargadora Federal Ana Pezarini 382

Reintegração de posse. Sentença transitada em julgado. Meios de desocupação. Hipossuficiência dos ocupantes. Responsabilidade do órgão público.
AI 0000426-94.2017.4.03.0000
Desembargador Federal Valdeci dos Santos 387

Audiência de conciliação. Não comparecimento pelo INSS. Aplicação de multa de 2% sobre o valor da causa. Viabilidade na espécie. Ausência de manifestação do desinteresse na realização da audiência por ambas as partes.
AI 0000773-30.2017.4.03.0000
Desembargador Federal Wilson Zauhy 392

Conflito de Competência. Órgão Especial. Juízos Federais da Subseção Judiciária da Capital - previdenciário e cível. Demanda envolvendo ressarcimento de crédito oriundo de pagamento de benefício previdenciário indevido. Reconhecimento da natureza previdenciária da demanda.
CC 0001951-14.2017.4.03.0000
Desembargadora Federal Therezinha Cazerta 395

Ação ajuizada por menor portador de Síndrome de Berdon objetivando realizar transplante multivisceral no exterior. Ação extinta, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, V, do CPC/2015. Alteração da situação fática superveniente ao acordo realizado na primeira demanda. Causas de pedir diversas. Ações distintas. Inexistência de coisa julgada. Apelo parcialmente provido para afastá-la, com a remessa dos autos à primeira instância para regular processamento. Concessão de tutela antecipada: credibilidade da prova documental aliada à confirmação do direito ao tratamento médico adequado custeado pelo Estado em julgamento de recurso repetitivo pelo STF (artigos 300 e 311, II e parágrafo único, do CPC/15).
AC 5004634-69.2017.4.03.6100
Desembargador Federal Johonson Di Salvo 400

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Inquérito Policial. Questão de ordem. Investigação contra magistrado. Foro por prerrogativa de função. Cessação. Pena de aposentadoria compulsória. Recurso administrativo inominado.
iP 0003420-32.2016.4.03.0000
Desembargador Federal Batista Pereira 417

"Habeas Corpus". Prisão preventiva. Conversão em prisão domiciliar. Comparecimento do réu à audiência de interrogatório de corréus sem a devida intimação. Possibilidade.
HC 0003157-63.2017.4.03.0000
Desembargador Federal Paulo Fontes 423

"Habeas corpus". HC 126.292 do STF. Esgotamento das vias ordinárias. Penas restritivas de direito. Execução provisória. Admissibilidade.
HC 0003207-89.2017.4.03.0000
Desembargador Federal André Nekatschalow 429

DIREITO TRIBUTÁRIO

IPI. Base de cálculo. Valor do frete. Reserva de plenário.
Ag AMS 0004647-77.2013.4.03.6106
Desembargador Federal Fábio Prieto 435

Aduaneiro. Cd's/dvd's, etc., contendo jogo eletrônico para aparelho de videogame. "Software". Regulamento Aduaneiro, artigo 81, "caput". Incidência.
AMS 0006247-43.2016.4.03.6102
Desembargadora Federal Marli Ferreira 437

SENTENÇAS

Ação Penal. Descaminho. Sistema fraudulento de importação de roupas finas. Introdução das mercadorias em território nacional sem registro ou pagamento de tributos.
0010538-58.2008.4.03.6105
Juíza Federal Valdirene Ribeiro de Souza Falcão 445

Execução Fiscal. Cobrança de crédito tributário relativo ao IRPJ, IRRF e PIS. Dissolução irregular. Grupo econômico.
0014857-61.2010.4.03.6182
Juiz Federal Renato Lopes Becho 502

Usucapião Especial Urbano. CEF/EMGEA. Contrato de locação com antigos proprietários de imóvel objeto de execução extrajudicial de financiamento imobiliário. Possibilidade, em tese, de usucapião sobre bens imóveis de empresa pública que atua na atividade econômica. Impossibilidade, no caso, em razão de posse precária e má-fé da autora.
0016945-56.2012.4.03.6100
Juiz Federal Heraldo Garcia Vitta 528

Ação Penal. Fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego e Ministério Público do Trabalho. Trabalhadores rurais submetidos a condições degradantes de trabalho. Aliciamento de trabalhadores em outros estados da federação. Recrutamento mediante fraude. Cobrança das passagens e equipamentos de segurança de responsabilidade do empregador.
0002015-57.2013.4.03.6113
Juiz Federal Marcelo Duarte da Silva 535

Pleito de indenização por danos materiais e morais. Morte por queda em poço localizado em terreno em estado de abandono pertencente ao DNIT, vinculado à rede ferroviária. Terreno cercado e com sinalização alertando sobre a proibição de acesso sem autorização. Inexistência de comprovação de negligência pela autarquia.
0010569-86.2015.4.03.6120
Juiz Federal Márcio Cristiano Ebert 555

Ação de conhecimento. Fornecimento de medicamento ao tratamento de Hemoglobinúria Paroxística Noturna. Medicamento produzido no exterior e ainda não homologado pela ANVISA.
0000194-56.2016.4.03.6131
Juiz Federal Mauro Salles Ferreira Leite 562

Ação Penal. Tráfico transnacional de entorpecentes. Associação para o tráfico.
0009404-97.2016.4.03.6110
Juíza Federal Sylvia Marlene de Castro Figueiredo..... 570

Mandado de Segurança. Pedido liminar. Matrícula e ingresso no curso de Tecnologia e Análise de Desenvolvimento de Sistemas. Regime de seleção pelo SISU. Lista de espera. Comparecimento para matrícula sem as fotos exigidas.
5000241-74.2017.4.03.6109
Juiz Federal Fernando Cezar Carrusca Vieira 609

SÚMULAS

SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO..... 621

SÚMULAS DA TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS DA 3ª REGIÃO 625



Artigos Doutrinários

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

A inserção do Brasil no sistema de proteção regional dos direitos humanos



José Antonio Farah Lopes de Lima
Doutor em direito Universidade Sorbonne. Pós-doutorado Universidade de Cambridge. Professor da Escola Superior do Ministério Público do Estado de SP

RESUMO: O presente trabalho visa refletir sobre a melhoria da efetivação dos direitos humanos no Brasil através da inserção do Estado brasileiro no sistema regional de proteção aos direitos humanos. Para isso, apresenta como referência principal deste fenômeno o exemplo europeu, baseado na aplicação da Convenção Europeia de Direitos Humanos e na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, e compara o progresso europeu com a quase inexistência de processos brasileiros perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional dos Direitos Humanos. Convenção Europeia de Direitos Humanos. Corte Europeia de Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

ABSTRACT: This paper aims to reflect on the improvement of the effectiveness of human rights in Brazil through the Brazil's insertion in the regional protection system of human rights. For achieving this aim, present as the main reference of this phenomenon the European example, based on the application of the European Convention on Human Rights and the case law of the European Court of Human Rights, and compare the European progress with the almost non existence of Brazilian cases before the American Court of Human Rights.

KEYWORDS: Human Rights International Law. European Convention of Human Rights. European Court of Human Rights. American Court of Human Rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A proteção dos direitos humanos na Europa. 2.1. A Convenção Europeia de Direitos Humanos. 2.2. A Corte Europeia de Direitos Humanos. 3. O Brasil e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. 4. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Após o ano de 1988, com a consolidação do Estado Social e Democrático de Direito à luz da nova Constituição brasileira, é inegável a melhoria da proteção dos direitos humanos no Brasil.[1] Todavia, apesar do reforço da atuação do Poder Judiciário – e dos demais Poderes – em relação à efetivação dos direitos humanos, ainda não existe no Estado brasileiro uma cultura de internacionalização dos direitos humanos,[2] algo que já ocorre no continente europeu há mais de cinquenta anos, através da aplicação e desenvolvimento da proteção dos direitos humanos na Europa tendo como base a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH)[3] e a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. A falta da cultura de internacionalização dos direitos humanos – tanto no âmbito dos operadores do Direito em particular quanto na sociedade brasileira em geral – guarda certa correlação com a timidez da inserção brasileira na comunidade internacional, algo que vem se modificando somente a partir da última década.

Na Europa, o fenômeno da internacionalização dos direitos humanos é algo que existe e que se mostra cada vez mais forte desde a década de 50, tendo em vista a necessidade de reforço da proteção dos direitos humanos no continente europeu após as tragédias das duas guerras mundiais.

Deste modo, neste artigo serão apresentados os aspectos essenciais da internacionalização dos direitos humanos na Europa, através do exame da CEDH e da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, para em seguida comparar com o fenômeno da internacionalização dos direitos humanos no Brasil, mediante a constatação da existência de poucos casos brasileiros perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. O objetivo maior desta comparação é a defesa da tese de que o Brasil pode – e deve – participar mais da internacionalização dos direitos humanos por meio do acesso crescente à Corte Interamericana de Direitos Humanos para a melhoria da efetivação dos direitos humanos no Brasil.

2. A proteção dos direitos humanos na Europa

2.1 A Convenção Europeia de Direitos Humanos

A Convenção de Salvaguarda de Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais ou CEDH, assinada em Roma, no dia 4 de novembro de 1950, em vigor a partir de 3 de setembro de 1953, fundamenta a proteção europeia de direitos humanos.[4] Inspirada na Declaração Universal de Direitos do Homem (DUDH),[5] adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, precursora do processo de proclamação internacional de direitos humanos, a CEDH fornece hoje o modelo mais aperfeiçoado de garantia efetiva dos direitos humanos proclamados no plano internacional: ela oferece aos indivíduos o benefício do controle jurisdicional quanto ao respeito de seus direitos.[6]

1 BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006; SARLET, I.W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

2 PIOVESAN, F. Globalização econômica, integração regional e direitos humanos. *In*: *Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional*: desafios do direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002; *Direitos humanos e justiça internacional*: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006; *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

3 Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2017.

4 LIMA, J.A.F.L. *Convenção européia de direitos humanos*. Leme: JH Mizuno, 2007.

5 Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2017.

6 IMBERT, P. 'L'apparente simplicité des droits de l'homme, réflexions sur les différents aspects de l'universalité des droits de l'homme'. *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, 1989, p. 7 e s.



Lançado pelo Movimento Europeu, quando do Congresso de Haia, de maio de 1948, o projeto de uma Convenção Europeia de Direitos Humanos deveria se realizar no contexto do Conselho da Europa, razão pela qual seu Estatuto, adotado em Londres, em 5 de maio de 1949, é totalmente impregnado pela vontade de defender e de promover a liberdade e a democracia. Segundo o Preâmbulo do Estatuto, os Estados signatários são "fortemente vinculados aos valores morais e espirituais que são o patrimônio comum de seus povos e que estão na origem dos princípios de liberdade individual, de liberdade política e de preeminência do Direito, sobre os quais se fundamenta toda verdadeira democracia".

Primeiro tratado multilateral concluído no seio do Conselho da Europa, a CEDH é ligada tanto de forma ideológica quanto de forma institucional a esse Conselho. Recordando que a salvaguarda e o desenvolvimento dos direitos humanos são um dos meios de se atingir o objetivo do Conselho da Europa, qual seja, aquele de "realizar uma união mais estreita entre seus membros", seu Preâmbulo sublinha o vínculo dos Estados-partes ao "patrimônio comum" e afirma que a manutenção das liberdades fundamentais "repousa essencialmente sobre um regime político verdadeiramente democrático, de um lado, e de outro, sobre uma concepção comum e um comum respeito dos direitos humanos".

Exprime-se aqui o que há de fundamental nas regras formuladas na Convenção, para a comunidade dos Estados-contratantes e, assim, a Corte Europeia de Direitos Humanos pôde destacar que a democracia é o "único modelo político visado pela Convenção e, portanto, o único compatível com a mesma". Reforçando a predominância do interesse comum, o Preâmbulo enfatiza que a matéria de direitos humanos "diz respeito aos interesses essenciais da comunidade". Nesta direção, a Corte Europeia de Direitos Humanos se manifesta no julgado *Loizidou contra a Turquia*,[7] de 23 de março de 1995: qualificando a CEDH de "instrumento constitucional da ordem pública europeia", isto é, de um conjunto de regras percebidas como fundamentais para a sociedade europeia e que se impõem aos seus membros.

Eixo privilegiado da construção de uma Europa unida e democrática, a CEDH representa, de certa forma, uma "Constituição" do Conselho da Europa. Concebido como um "clube" de democracias, esta entidade, após a queda do Império Soviético, alargou-se e acolheu novos países da Europa central e oriental. Assim, a participação nesse Conselho determina a adesão à Convenção. Somente o Estado-membro do Conselho da Europa pode tornar-se parte à Convenção, por assinatura e

7 Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57920>. Acesso em: 30 jun. 2017.

sucessiva ratificação. De modo inverso, o Estado que perde a qualidade de membro deste Conselho, cessa de ser parte à Convenção. Pertencer ao Conselho da Europa não acarreta a obrigação de ratificação da Convenção. Por exemplo, a França, membro signatário originário do Conselho, esperou um quarto de século antes de ratificar a Convenção, em 3 de maio de 1974. Na prática, entretanto, os dois formam um par e, depois de 1989, a adesão dos Estados ex-comunistas foi subordinada à ratificação rápida da CEDH, verdadeira condição estatutária para o sucesso deste pleito.

A CEDH é igualmente um instrumento de referência para a União Europeia.[8] O Tratado sobre a União Europeia erige os três princípios – respeito aos direitos humanos, democracia e preeminência do Direito – que formam o "patrimônio comum" dos valores enunciados pelo Estatuto do Conselho da Europa e pela CEDH em verdadeiros princípios constitucionais da União Europeia, razão pelo qual o respeito a tais preceitos torna-se uma condição estatutária da adesão à União Europeia, fazendo-se remissão à CEDH. A Corte de Justiça da Comunidade Europeia aplica com frequência a CEDH no âmbito da União Europeia, como princípio geral de direito comunitário. Enfim, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, adotada em Nice, no dia 7 de dezembro de 2000, faz remissão à Convenção e estabelece que o nível de proteção que ela oferece não pode ser inferior àquele da Convenção, considerado então como padrão mínimo de referência. Deste modo, a CEDH representa hoje a Carta Europeia de Direitos Humanos.

Emendada pelos Protocolos n. 11 e 14, complementada pelo Protocolo Adicional e Protocolos n. 4, 6, 7, 12 e 13, a CEDH possui uma dupla dimensão: normativa e institucional.

Quanto à dimensão normativa, são a Convenção e seus Protocolos que enumeram os direitos humanos protegidos: trata-se de direitos individuais, tendo como fim essencial a preservação da integridade e da liberdade da pessoa humana. A inspiração da CEDH é aqui idêntica àquela da DUDH e procede do postulado da igualdade de todos os homens: "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos" (art. 1º, DUDH). Os direitos humanos fazem remissão à identidade da pessoa humana e transcendem sua proclamação pelos textos nacionais ou internacionais: como a DUDH, a CEDH não *cria* direitos humanos, mas reconhece "o direito de ser um Homem", valor permanente e anterior a todo e qualquer ato político.

Todavia, diferentemente da DUDH, simples Resolução oriunda da Assembléia Geral das Nações Unidas, que não cria obrigações aos Estados e que se analisa como um instrumento pré-jurídico, a CEDH tem força jurídica vinculativa aos Estados-partes: ela não se contenta em somente reconhecer direitos individuais, mas ela os erige em categoria jurídica e, pela primeira vez em direito internacional, lhes confere um regime protetor. Em matéria de direitos humanos, mais do que em qualquer outra área, a "jurisdicionalidade" da regra condiciona a eficácia de sua garantia e eventual sanção pelo seu descumprimento. Nenhuma proteção internacional pode ser seriamente efetivada se ela não vem acompanhada por mecanismos jurisdicionais apropriados.

Quanto à dimensão institucional, a originalidade da CEDH reside de forma incontestável em seu mecanismo de proteção dos direitos humanos, de certa forma, revolucionário, em termos de direito internacional. O sistema originário de controle da Convenção, abrindo uma brecha na fortaleza das soberanias nacionais, se esforça, ao mesmo tempo, de proteger os direitos individuais e de gerir os interesses estatais em questão. O dispositivo entra em um contexto de relatividade, de conciliação entre os interesses individuais e estatais: se o indivíduo pode acessar diretamente, devido à uma lesão de seus direitos, o

8 LIMA, J.A.F.L. *Constituição européia e soberania nacional*. Leme: JH Mizuno, 2005.

órgão de apuração e de conciliação (a Comissão Europeia de Direitos Humanos), ele não pode acessar diretamente o órgão jurisdicional (a Corte Europeia de Direitos Humanos). Se a Corte tem um poder de decisão quanto à eventual violação da Convenção por um dos Estados-partes, sua jurisdição é naquele momento facultativa e seu poder de decisão é partilhado com um órgão político (o Comitê de Ministros do Conselho da Europa), que tem um poder subsidiário.

Desta forma, existe inicialmente um edifício institucional complexo, com três órgãos de controle da CEDH, ou seja, a Comissão, a Corte e o Comitê de Ministros do Conselho da Europa. O Protocolo n. 11, relativo à "restruturação do mecanismo de controle da Convenção", procede à uma unificação orgânica, substituindo os três órgãos de controle existentes em um só órgão, de caráter permanente, a Corte Europeia de Direitos Humanos. Esta restruturação teve como efeito principal a exclusão do Comitê de Ministros da atuação de órgão decisional, ficando apenas com a missão de supervisionar a execução das decisões proferidas pela Corte.

Com a CEDH, tais direitos entram definitivamente no domínio de direito positivo: existe um regime jurídico de forma que o direito invocado seja protegido por uma ação judicial. Enriquecida e tornada viva pela jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, que lhe confere pleno efeito, concretizando direitos apenas proclamados, a Convenção, da maneira que é interpretada pela Corte, faz surgir o *direito europeu de direitos humanos.*

2.2 A Corte Europeia de Direitos Humanos

A jurisprudência europeia, por meio da Comissão e da Corte Europeia de Direitos Humanos (a partir de 1998, somente através desta última), se esforça a dar pleno efeito à CEDH. O recurso empregado pelos órgãos de aplicação da Convenção quanto à uma interpretação teleológica e evolutiva do texto convencional é, indubitavelmente, uma das marcas principais desta rica jurisprudência. Entre os meios de interpretação preconizados pelo artigo 31 da Convenção de Viena, de 23 de maio de 1969, sobre o direito dos tratados e convenções internacionais, a Corte atentou rapidamente e prioritariamente ao objeto e ao fim do tratado: a Convenção é um tratado normativo e é necessário procurar qual é a interpretação mais apropriada para atingir o fim e realizar seu objeto e não aquela interpretação mais limitada quanto aos engajamentos das partes.

Esta interpretação é também guiada por uma vontade progressista: trata-se de assegurar não somente a salvaguarda mas também o desenvolvimento dos direitos humanos. Segundo a Corte, a Convenção é um instrumento vivo, que deve ser interpretado à luz das condições atuais de vida em sociedade. Assim, a Corte adapta a Convenção às mudanças sociais (direitos de menores, homossexualidade, aborto, eutanásia, castigos corporais, etc.). Único intérprete autorizado da Convenção, a Corte concede a si mesma, mediante uma interpretação extensiva, a possibilidade de ajustar constantemente a Convenção à evolução dos costumes e valores, para preservá-la de todo anacronismo, ao mesmo tempo em que denuncia as legislações nacionais ultrapassadas. Entretanto, esta vitalidade jurisprudencial não é isenta de realismo e, deste modo, a jurisprudência europeia tem a marca da busca permanente de um equilíbrio entre solidariedade e soberania: a efetividade do sistema de salvaguarda de direitos humanos se concilia com sua subsidiariedade.

Quanto à efetividade do sistema protetor de direitos humanos, é neste domínio que a marcha do juiz de Estrasburgo é mais inovadora e contribui de forma intensa à dinâmica de respeito dos direitos do homem. A preocupação dominante no espírito da Corte é a de assegurar ao sistema de salvaguarda e aos direitos garantidos uma verdadeira efetividade: trata-se, conforme a Corte, "de proteger direitos não teóricos ou ilusórios,

mas sim concretos e efetivos" (Airey, 9 de outubro de 1979).[9]

Com esta finalidade, a Corte Europeia manifesta um dinamismo interpretativo que a conduz a descobrir "elementos necessariamente inerentes" ao direito proclamado. Deste modo, o direito de acesso a um tribunal é inerente ao direito a um processo equitativo (justo), previsto no artigo 6 da CEDH (Golder, 21 de fevereiro de 1975).[10] Neste contexto, a Corte emprega certas técnicas ou mecanismos que concorrem de forma incontestável ao desenvolvimento dos direitos individuais garantidos.

Exemplo maior destes mecanismos jurisprudenciais se apresenta através da noção de *obrigações positivas* que pesam sobre os Estados. Esta noção, forjada pelos órgãos da Convenção, induz a ultrapassar a distinção artificial, sistematizada pelo Pacto das Nações Unidas de 1966, entre i) os direitos civis e políticos e ii) os direitos econômicos, sociais e culturais, ou seja, entre "os direitos de...", supondo uma abstenção do Estado (obrigação de não fazer) e "os direitos à...", reclamando prestações do Estado (obrigação de fazer). Esta terminologia clássica, que divide os direitos de primeira e segunda geração, peca pela simplificação artifical da realidade, ao supor uma divisão clara e definida entre as duas categorias de direitos. As liberdades individuais são vividas em sociedade e pela sociedade; por outro lado, certos direitos são de natureza mista, integrando ao mesmo tempo direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, como o direito à liberdade sindical ou o direito à educação.

A Corte Europeia, ao mesmo tempo em que se recusa a elaborar uma teoria geral das *obrigações positivas* que decorrem da Convenção, constata que a implementação de muitos direitos enunciados pela CEDH faz pesar aos Estados uma obrigação – material ou processual – de adotar "medidas positivas", geralmente de ordem econômica ou social. Por exemplo: o direito efetivo a um processo justo ("due process of law") supõe que seja organizado um sistema de assistência judiciária gratuito ou ainda um sistema de tradução para os estrangeiros (Ozturk, 21 de fevereiro de 1984).[11] O direito ao respeito efetivo da vida familiar faz pesar sobre o Estado a obrigação de adotar medidas que garantam a uma criança que nasça fora da relação matrimonial os meios para levar uma vida familiar normal, em matéria, notadamente, de estabelecimento da filiação, como também no domínio de sucessão e bens (Marckx, 13 de junho de 1979).[12]

Esta concepção exigente do respeito aos direitos humanos conduz a Corte a conceder a certos direitos um alcance que vai bem além do que a Convenção parece ter inicialmente previsto. A CEDH rege a relação entre Estado e particulares: os órgãos da Convenção devem somente controlar o respeito pelos Estados-partes quanto aos seus engajamentos (art. 19). Apesar desta regra, a Corte se orienta ao encontro da aplicabilidade da Convenção às relações individuais. Inspirando-se da teoria alemã denominada *Drittwirkung* ("efeitos quanto a terceiros"), segundo a qual os direitos fundamentais definidos nos textos constitucionais devem ser respeitados tanto pelos poderes públicos quanto pelos seus particulares, tendo em vista o direito de outros particulares, a Corte confere a certos direitos uma eficácia "horizontal".

Outro mecanismo jurisprudencial digno de citação é aquele denominado *noção autônoma da Convenção*, que visa dar efetividade às disposições da Convenção. Estas *noções autônomas* não podem ser interpretadas, segundo a Corte, por simples referência ao direito interno: dotadas de um sentido "eu-

9 Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57420>. Acesso em: 30 jun. 2017.
10 Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57496>. Acesso em: 30 jun. 2017.
11 Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57553>. Acesso em: 30 jun. 2017.
12 Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57534>. Acesso em: 30 jun. 2017.

ropeu", as noções autônomas permitem uma definição uniforme dos engajamentos estatais e preserva a igualdade de tratamento entre os Estados-contratantes. Fazendo uso de um critério finalista – "a preeminência do Direito" –, a Corte estende singularmente o campo de aplicação do Direito a um processo equitativo (justo), artigo 6 da CEDH, limitado, segundo o texto convencional, de um lado, às contestações sobre direitos e obrigações de caráter cível e, de outro lado, às acusações em *matéria penal*. A Corte estimou que se tratava de *noções autônomas*, destacando-as do contexto puramente nacional.



A Corte define a primeira noção (contestações sobre direitos e obrigações de caráter cível) como todo procedimento a partir do qual o *resultado* é determinante em relação aos direitos e obrigações de caráter cível (Konig, 28 de junho de 1978).[13] Deste modo, o critério de incidência de uma situação ou de um ato sobre os direitos patrimoniais do jurisdicionado aparece como o critério decisivo da aplicabilidade do artigo 6 em termos de matéria cível.

Já a noção de *matéria penal* (segundo conceito do art. 6) é definida por um feixe de critérios: a qualificação da infração pelo direito interno, a natureza da infração e finalmente a natureza e a gravidade da pena passível de ser aplicada (Engel, 8 de junho de 1976).[14] Destarte, enquadram-se no conceito de *matéria penal* as sanções disciplinares militares, a repressão disciplinar penitenciária, as disposições repressivas do direito aduaneiro, as sanções fiscais, entre outras. A ampliação do campo de garantias normalmente aplicadas somente ao direito penal, a partir do conceito autônomo de *matéria penal* estabelecido pela Corte, é considerada como uma "revolução", acarretando uma profunda reflexão sobre as fronteiras do direito penal e sua interseção com outros ramos do direito, por exemplo, com o direito administrativo e com o direito tributário.

Quanto ao mecanismo de controle da CEDH, os nacionais ou estrangeiros de um Estado-parte, considerando-se vítimas de violações de direitos humanos, podem querer que a Corte de Estrasburgo reconheça aquilo que o próprio Estado-parte lhes negou. Deste modo, eles devem saber como proceder para que seus recursos tenham chance de serem julgados pela Corte Europeia de Direitos Humanos.

Examinaremos de modo breve os principais obstáculos processuais que a pessoa física ou jurídica supostamente vítima de violações de direitos humanos deve vencer para fazer valer seu direito de ver examinado seu processo pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Ela deve inicialmente tomar algumas precauções quando da fase *nacional* do litígio

13 Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57512>. Acesso em: 30 jun. 2017.
14 Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57479>. Acesso em: 30 jun. 2017.

para, em seguida, fazer valer seu direito de ver seu processo examinado na fase *internacional*, fase esta renovada pelo Protocolo n. 11.

Em primeiro lugar, tratemos da fase *nacional* do litígio. Esta fase é fundamental, pois o artigo 35 da CEDH estabelece que o esgotamento das vias de recurso internas é uma condição de procedibilidade ao acesso ao órgão de controle supranacional. Esta condição é mera aplicação do conceito de subsidiariedade. Ela visa gerir a delicada questão da soberania estatal, permitindo primeiramente aos Estados que possam remediar com seus próprios meios as situações lesivas aos direitos humanos. Deste modo, somente em desespero de causa, após ter tentado tudo o que seria possível diante das jurisdições nacionais, é que a suposta vítima poderá dispor de um recurso subsidiário passível de ser examinado pela Corte Europeia de Direitos Humanos. O conteúdo de esgotamento das vias recursais internas impõe ao jurisdicionado i) o exercício prévio de todos os recursos úteis, eficazes e adequados e ii) invocar, em termos materiais, uma violação da CEDH nestes recursos.

Quanto à fase *supranacional* do processo, o controle da aplicação da CEDH e de seus Protocolos Adicionais pode ser exercido a partir de recursos estatais ou de recursos individuais. Abordaremos somente a trajetória processual dos recursos individuais, mais relevantes em relação ao objetivo deste artigo. Devemos, inicialmente, diferenciar o sistema processual inicial e aquele existente a partir de 1º de novembro de 1998, resultante do Protocolo n. 11.

O sistema processual inicial era caracterizado pela presença de três órgãos de controle (Comissão, Comitê de Ministros e Corte Europeia de Direitos Humanos) e pela impossibilidade de acesso direto à Corte Europeia de Direitos Humanos. O processo começava necessariamente pela interposição do recurso à Comissão Europeia de Direitos Humanos. Esta Comissão tinha o dever de examinar o preenchimento das condições de procedibilidade dos recursos. Quando um recurso era admitido, a Comissão deveria estabelecer, respeitando-se o princípio do contraditório, os fatos alegados de violações de direitos humanos. Em seguida, a Comissão se colocava à disposição das partes para uma conciliação e, deste modo, atingir a resolução amigável do litígio, com caráter de definitividade, através de um relatório. No caso de não possibilidade de conciliação, a Comissão elaborava um outro tipo de relatório, onde formulava um parecer sobre a caracterização de violação de direitos humanos garantidos na CEDH, a partir dos fatos constatados.

Existia uma eventual etapa processual diante do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, quando a Corte Europeia de Direitos Humanos não fosse acionada dentro de três meses da transmissão do relatório elaborado pela Comissão. O Comitê de Ministros decidia então sobre a existência ou não de violação da Convenção. Este controle político demanda duas observações: em primeiro lugar, o indivíduo era totalmente excluído desta fase processual, pois não somente não era ele quem acessava o Comitê, como também não era considerado parte e assim não tinha o direito de ser ouvido pelo Comitê ; em segundo lugar, a independência e imparcialidade deste órgão era relativa, na medida em que o suposto Estado "infrator" participava da decisão do Comitê com seu voto. Este órgão era mais adaptado, portanto, ao papel de supervisão da execução dos julgados da Corte, missão que já lhe era confiada pela Convenção.

Finalmente, quanto ao procedimento diante da Corte Europeia de Direitos Humanos, na ausência de ratificação do Protocolo n. 9, a Corte não podia ser acionada a partir de um recurso individual. Caso contrário, a Corte era competente para proferir uma decisão sobre eventual violação da CEDH pelo Estado-parte que ratificou o Protocolo supracitado. A decisão podia ser proferida por três formações distintas. Na maior parte dos casos, ela era obra de uma Câmara de nove juízes, composta

do Presidente ou do Vice-presidente, de juízes tendo a nacionalidade das partes e de juízes sorteados aleatoriamente.

O sistema processual foi renovado com a edição do Protocolo n. 11, assinado em Estrasburgo em 11 de maio de 1994 e em vigor a partir de 1º de novembro de 1998. Este Protocolo reestrutura o mecanismo de controle estabelecido pela CEDH. O principal fator para tal renovação foi o excesso de recursos, onde o sistema europeu de proteção de direitos humanos foi vítima de seu próprio sucesso. Este Protocolo n. 11 não modifica os direitos garantidos pela Convenção, tratando somente da reforma do mecanismo de controle. Possui disposições inovadoras, algumas formais e outras materiais. Entre as disposições formais, podemos citar aquela que torna obrigatório o direito ao recurso individual, que anteriormente estava subordinado a uma declaração estatal facultativa de aceite deste direito. Esta modificação teve uma grande importância simbólica, mas de alcance limitado, pois em 1998 todos os Estados-partes à CEDH já haviam subscrito esta declaração facultativa.

A medida mais relevante foi a fusão dos três órgãos de controle em um só. Assim, a Comissão foi suprimida e o Comitê de Ministros ficou com a missão exclusiva de supervisionar o cumprimento dos julgados proferidos pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Esta última foi transformada em jurisdição única e permanente, composta de juízes sempre presentes, eleitos a cada seis anos, com o limite de idade de 70 anos. Assim, prioriza-se a jurisdicionalização da proteção europeia de direitos humanos, em detrimento de um viés político que de fato não colaborava à busca de maior legitimidade e credibilidade deste sistema.

O Protocolo n. 14, aberto para assinatura pelos Estados-partes em meados de 2004 e em vigor a partir de 1º de junho de 2010, procurou melhorar a eficiência da Corte Europeia de Direitos Humanos. As três reformas mais importantes foram: 1) juízes singulares poderiam declarar a inadmissibilidade da demanda; 2) casos repetitivos poderiam ser decididos por um Comitê de juízes ao invés de uma Câmara; 3) foi criado um novo critério de admissibilidade – o demandante deve ter sofrido algum prejuízo/dano relevante.

Com mais de cinco mil julgamentos, a Corte Europeia de Direitos Humanos garante a aplicação concreta da CEDH e assim uniformiza a proteção dos direitos humanos no continente europeu. Ela serve de referência para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, responsável pela proteção jurisdicional dos direitos humanos no âmbito do continente americano. No próximo item, faremos uma reflexão sobre a participação do Brasil perante esta Corte regional de salvaguarda de direitos humanos.

3. O Brasil e a Corte Interamericana de Direitos Humanos

O Brasil promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, através do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. E, no dia 3 de dezembro de 1998, o Estado brasileiro reconheceu a competência jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos (cuja presidência foi ocupada pelo ilustre brasileiro Dr. Antônio Augusto Cançado Trindade), por meio do Decreto Legislativo nº 89/1998.[15] Recente, portanto, é o alinhamento do Brasil à sistemática internacional de proteção dos direitos humanos. Para ilustrar esta afirmação, em 30 de junho de 2017 em pesquisa realizada no site da Corte Interamericana de Direitos Humanos, havia apenas *nove* sentenças proferidas pela Corte em relação ao Brasil.[16]

15 PIOVESAN, F.; GOMES, L.F. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; SILVA, A.S. A corte interamericana de direitos humanos. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 8, n. 79, p. 47-61, jun./jul. 2006.

16 Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, sentenças proferidas em

A Corte é o segundo órgão da Convenção Americana, ao lado da Comissão Americana de Direitos Humanos. É composta por sete juízes provenientes todos dos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos. Surgiu no ano de 1978, mas somente em 1980 começou sua atuação de forma efetiva, quando da emissão de sua primeira opinião consultiva. A Corte possui duas competências: uma consultiva e outra contenciosa.

A competência consultiva é relativa à interpretação das disposições da Convenção, bem como das disposições de tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. A competência contenciosa, de caráter jurisdicional, existe quando se alega que um dos Estados-partes à Convenção Americana violou algum de seus preceitos. A competência contenciosa é limitada aos Estados-partes da Convenção que reconheçam expressamente a sua jurisdição. Isto significa que um Estado-parte à Convenção Americana não pode ser demandado perante a Corte se ele próprio não aceitar a sua competência contenciosa.

Como exemplo de um caso brasileiro perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, podemos citar o caso *Ximenes Lopes versus Brasil*. O Estado brasileiro foi conduzido à Comissão Interamericana de Direitos Humanos pela família da vítima, Damião Ximenes, o qual faleceu em uma clínica psiquiátrica a qual era conveniada ao Sistema Único de Saúde. Os juízes que julgaram este caso responsabilizaram o Estado brasileiro, uma vez que o Brasil admitiu não ter garantido os direitos previstos nos artigos 4º e 5º da Convenção Americana, relativos aos direitos à vida e à integridade pessoal.

O embate de *Damião Ximenes Lopes versus Brasil*, julgado no ano de 2006 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, se caracterizou como o primeiro caso em que o Brasil foi condenado por transgressão aos direitos humanos. Ademais, tornou-se o primeiro caso em que a Corte Interamericana apreciou questão sobre violações de direitos humanos de pessoas portadoras de deficiência mental.

O trabalho da Corte Interamericana de Direitos Humanos caracteriza-se como um grande avanço na tutela dos direitos humanos no continente americano, visto possuir instrumentos para agir quando um Estado não cumpre sua devida obrigação de tutela destas garantias. Isto fica nítido no exemplo citado – caso *Ximenes Lopes versus Brasil* – em que o Brasil, que não cumpriu seu dever de garantir a proteção dos direitos humanos no caso concreto, foi coagido perante a Corte a reparar o dano causado à pessoa humana e a adotar outras providências com a finalidade de evitar novas violações semelhantes. Todavia, o acesso à Corte Interamericana de Direitos Humanos tem sido mínimo e esta realidade deve ser alterada para melhorar a efetividade da proteção dos direitos humanos no Brasil.

4. Conclusão

Devemos admitir que existe uma grande discrepância entre a realidade diária de inúmeras violações aos direitos humanos no Brasil e o número de casos em que o Brasil é sancionado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em razão da violação de direitos humanos em seu território.

Esta discrepância somente será reduzida quando a sociedade brasileira e, principal-

30 de novembro de 2005 e 4 de julho de 2006; Caso *Nogueira de Carvalho e outros vs. Brasil*, sentença proferida em 28 de novembro de 2006; Caso *Escher e outros vs. Brasil*, sentença proferida em 6 de julho de 2009 e 20 de novembro de 2009; Caso *Garibaldi vs. Brasil*, sentença proferida em 23 de setembro de 2009; Caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, sentença proferida em 24 de novembro de 2010. Os casos mais recentes são *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, sentença proferida em 20 de outubro de 2016 (caso relativo à trabalho escravo) e Caso *Favela Nova Brasília vs. Brasil*, sentença proferida em 10 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=en>. Acesso em: 30 jun. 2017.

mente, os operadores do Direito conhecerem mais o direito internacional dos direitos humanos. Tomando como base a realidade europeia, podemos verificar que, quanto mais um Estado-parte é sancionado pela jurisdição supranacional por violar direitos humanos fundamentais, mais ele fica atento para evitar novas punições e mais a sociedade se torna vigilante quanto à proteção de seus direitos fundamentais.

A realidade europeia deve ser seguida pelo Brasil e demais Estados do continente americano. Mesmo não sendo a única, esta será uma boa maneira para melhorar a efetividade da proteção dos direitos humanos no Brasil.

Referências bibliográficas

BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CORTE Europeia de Direitos Humanos. Disponível em: <www.echr.coe.int>. Acesso em: 29 jun. 2017.

CORTE Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <www.corteidh.or.cr>. Acesso em: 29 jun. 2017.

DELMAS-MARTY, M. *Les forces imaginantes du droit*: Le relatif et l'universel. Paris: Seuil, 2004.

_____ . *Les grands systèmes de politique criminelle*. Paris: PUF, 1992.

_____ . *Trois défis pour un droit mondial*. Paris: Seuil, 2003.

IMBERT, P. 'L'apparente simplicité des droits de l'homme, réflexions sur les différents aspects de l'universalité des droits de l'homme'. *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, 1989.

LIMA, J.A.F.L. *Constituição européia e soberania nacional*. Leme: JH Mizuno, 2005.

_____ . *Convenção européia de direitos humanos*. Leme: JH Mizuno, 2007.

MORAES, A. *Direitos humanos fundamentais* – teoria geral. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PAIXÃO, C.; FRISSO, G.; SILVA, J. *Caso Ximenes Lopes versus Brasil* – Corte Interamericana de Direitos Humanos: relato e reconstrução jurisprudencial. Casoteca Latino-Americana de Direito e Política Pública, 2007. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/casoteca/ximenes-lopes-versus-brasil>. Acesso em: 29 jun. 2017.

PETTITI, L.-E.; DECAUX, E.; IMBERT, P.-H. *La convention européenne des droits de l'homme:* commentaire article par article. Paris: Economica, 1995.

PIOVESAN, F. *Direitos humanos e justiça internacional*: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____ . *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____ . Globalização econômica, integração regional e direitos humanos. *In*: *Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional*: desafios do direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____ ; GOMES, L.F. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SARLET, I.W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, A.S. A corte interamericana de direitos humanos. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 8, n. 79, p. 47-61, jun./jul. 2006.

SILVEIRA. D. B. (Org.). *A corte interamericana de direitos humanos e sua jurisprudencia*. São Paulo: Boreal, 2014.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Linhas gerais da revogação do ato administrativo



Heraldo Garcia Vitta
Mestre e Doutor pela PUC/SP. Professor da Escola de Magistrados do Tribunal Regional Federal da 3ª Região e da Cogeae-PUC/SP. Membro do Instituto de Direito Administrativo Paulista (IDAP). Juiz Titular da 21ª Vara Cível Federal de São Paulo.

SUMÁRIO: 1) Introdução. 2) Ato administrativo: conceito, distinções. 3) Extinção dos atos administrativos: linhas gerais. 4) Revogação do ato administrativo: conceito, limites, consequências. 5) Conclusões. Bibliografia.

1) Introdução.

O estudo da revogação de atos administrativos [ainda] suscita muitas dúvidas e incertezas, levantando questões teóricas e práticas. É que, na revogação, a Administração Pública, fundada na *discricionariedade*, portanto, mediante critérios de conveniência ou oportunidade (*interesse público*), modifica, ou extingue situações jurídicas; porém, muitas vezes, a revogação ocorre de *forma abrupta*, sem observar o *devido processo legal*.

Talvez esse fato advenha da necessidade de o Estado atuar de forma rápida, a fim de ser expedito e eficaz e, assim, atender o interesse público.

Entretanto, o ordenamento jurídico amolda a atuação das autoridades aos ditames *constitucionais e legais*. Por decorrência do *regime democrático de direito* (art. 1º, *caput*, da CF), a forma, os meios, as decisões administrativas devem atender não só os anseios, as necessidades, da sociedade (interesse público), mas [igualmente], tanto quanto possível, a "*esfera jurídica*" dos particulares da *relação administrativa*.

Com essa finalidade, abordamos os seguintes temas da revogação do ato administrativo: conceito, efeitos, forma, natureza jurídica, momento, limites, competência, desvio de finalidade, ausência de motivo, atos "de prestação única" e de "prestação continuada", coisa julgada administrativa, indenização: esfera jurídica e direito adquirido: efeitos em face de terceiros.

Sendo assim, este sucinto artigo contém as *linhas fundamentais* da revogação do ato administrativo, sem descurar, contudo, de aspectos relacionados aos *limites* da revogação, bem como às *consequências jurídicas* decorrentes dela.

2) Ato administrativo: conceito, distinções.

1. Diferente dos *contratos administrativos*, que são *atos jurídicos bilaterais*, *atos administrativos* são *atos jurídicos (declarações), unilaterais*, editados, assim como aqueles, no exercício da *função administrativa*.

2. Além do mais, *atos administrativos* não são *fatos materiais*, pois estes constituem eventos, acontecimentos, *naturais*, ou condutas *humanas, voluntárias ou não*, cujos *efeitos são imputados pelo Direito*; num singelo exemplo, o acidente de automóvel pertencente ao Poder Público (bem público) é *fato material da Administração* (*fato administrativo*), e *não ato administrativo*.

3. Já, na *relação jurídica de Direito Privado* (compra e venda, doação, seguros etc.), da qual faça parte a Administração, há também normas de Direito Público; ainda quando os agentes administrativos pratiquem "atos de Direito Privado",[1] submetem-se aos rigores de preceitos de *Direito Público*.

4. Assim, *quando menos*, nos *aspectos formais*, ou *instrumentais* (competência da autoridade, autorização dela para realizar o ato, exigência de prévia licitação, ou dispensa ou inexigibilidade desta), preponderam as *normas de Direito Público*; e devem ser observadas pelas autoridades administrativas, *sob pena de invalidação* do ato, ou do contrato.

5. Nesse sentido, Ricardo Marcondes Martins prefere negar a possibilidade de atos da Administração regidos pelo *direito privado*; conforme o autor, "a Administração pode submeter-se às normas de direito privado, mas seus atos serão regidos pelo direito público".[2]

6. Feitas essas observações dos atos praticados pela Administração, passemos ao tema proposto.

3) Extinção dos atos administrativos: linhas gerais.

7. Os *efeitos do ato* podem *ser suspensos, portanto,* de forma *provisória*. É o que acontece nas *medidas acautelatórias,*[3] em que, liminarmente, a Administração *suspende* os efeitos do ato, para *evitar, ou cessar*, danos à *Administração, ou ao particular*.[4]

Nesses casos, em que há, por assim dizer, "danos provisórios" ao interesse público, a Administração, em vez de *revogar* o ato, ou revogar os efeitos dele, deve *suspendê-los,* em virtude do princípio da *proporcionalidade;* o Poder Público deve atuar de maneira a *causar o menor gravame* ao particular.

8. Ao contrário da *suspensão*, na *revogação*, a Administração, por meio da *competência discricionária*, retira do mundo jurídico o próprio ato, ou os efeitos dele, portanto, retira-o de maneira *definitiva*.

---

1 Nos *atos de direito privado*, praticados pela Administração, o *conteúdo e os efeitos* são dessa seara jurídica; ao Direito Administrativo comporta regular *condições de emanação do ato*. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 395). Mas o autor adota a distinção ato administrativo x ato da Administração por *opção sistemática*, "tão plausível quanto a dos que os incluem entre os atos administrativos". (*Ibidem*)

2 MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 114. É a posição, por exemplo, de Gordillo (*Tratado de Derecho Administrativo – El Acto Administrativo*, 2. ed., colombiana, p. II-29 e 30), citado pelo autor brasileiro.

3 "*Medidas cautelares (ou acautelatórias) administrativas* são determinações, ou providências de autoridade *administrativa*, [portanto] na *função administrativa*, em casos de *extrema urgência*, por meio das quais faz cessar ou impede comportamentos nocivos à sociedade." (VITTA, Heraldo Garcia. *Poder de polícia*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 203, destaques originais).

4 Quando a Administração, numa relação jurídica, protege [a par do *interesse público*] *os direitos dos particulares,* estará acobertada pelo Direito.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA



9. Já, na *invalidação*, a Administração Pública expunge, da ordem do Direito, e de forma definitiva, o ato administrativo ofensivo às normas jurídicas, notadamente às leis e ao Texto Constitucional.

10. Assim, de maneira geral, a doutrina costuma elencar as seguintes sumas da "retirada" do ato pela Administração:

Revogação: retirada do ato [legítimo, legal], por motivo de interesse público (discricionariedade = conveniência ou oportunidade), sem efeitos retroativos (efeitos *ex nunc*);

Invalidação: retirada do ato, por motivo de legalidade (ofensa à ordem jurídica), com efeitos retroativos; já a *convalidação*, é o suprimento da *invalidade* de um ato, com efeitos retroativos;

Conversão de atos nulos: o Poder Público trespassa, mediante efeitos retroativos, um *ato de uma categoria na qual seria inválido* para outra *categoria, na qual seria válido*.[5]

Cassação: extinção de atos *discricionários, ou vinculados*, quando, editados nos termos legais, os destinatários desses atos passam, posteriormente, a *descumprir* os requisitos necessários para a lisura dos atos na ordem do Direito.

Cuida-se, pois, de ofensa ao Direito por *motivo superveniente à edição do ato*; há *descumprimento das condições pelo particular*. Exemplos: cassação da Carteira Nacional de Habilitação; demissão de servidor; cassação de autorização de porte de arma.

Caducidade: *nova ordem jurídica torna o ato incompatível* com o Direito. Há incompatibilidade do ato com a *lei superveniente*. Exemplo: algumas modificações nas leis urbanísticas podem fazer com que o ato administrativo anterior (ex.: permissão de uso de espaço público) fique incompatível com a nova legislação.

Derrubada: "retirada porque foi emitido ato, com fundamento em *competência diversa* da que gerou o ato anterior, mas cujos efeitos são contrapostos aos daquele".[6]

11. Feitas essas considerações, em apertada síntese, passemos à análise da *revogação dos atos administrativos*.

4) Revogação do ato administrativo: conceito, limites, consequências.

12. A retirada do ato, por motivo de interesse público, mediante critérios de conveniência ou oportunidade, denomina-se revogação.

Apenas os atos legítimos, legais, podem ser revogados; isso porque, se o ato não for legal, compete à administração declarar a *invalidação* dele, ou, se for o caso, *convalidá-lo*. Portanto, a revogação pressupõe a higidez do ato.

13. A revogação, conforme se sabe, tem efeitos *ex nunc*, vale dizer, *não há efeitos retroativos*; e abrange apenas aos atos

5 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 487. Exemplo, citado pelo autor (ao fazer menção a Oswaldo Aranha Bandeira de Mello), a conversão de nomeação em caráter efetivo para cargo de provimento em comissão em nomeação em comissão.

6 *Ibidem*, p. 460. O autor traz o exemplo do autor grego Stassinopoulus: a *exoneração* [ou a demissão, ou a renúncia] de um funcionário aniquila os efeitos do ato de *nomeação*.

exarados na *competência discricionária* da Administração.

14. Assim, os atos editados na competência *vinculada*, na medida em que atendem à legislação e podem gerar direitos aos particulares, *não podem ser revogados*, mas apenas *invalidados*, se acaso infringirem a ordem jurídica.[7]

15. A revogação é a edição de novo ato jurídico-administrativo, no qual a administração *explícita ou implicitamente*, modifica ou extingue o ato, ou os efeitos do ato anterior.

Dessa forma, o ato revogador pode referir de *forma expressa* à revogação do ato anterior; ou, em face da incompatibilidade de seu enunciado com o ato anterior, *implicitamente*, revogá-lo.

Logo, no caso de revogação de ato administrativo, assim como ocorre com as leis (Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, Decreto-Lei nº 4.657/1942, art. 2º, § 1º, parte final), o ato posterior "revoga" o ato anterior, "quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior."

16. A revogação pode ser *total ou parcial* [em face do ato revogado]. De todo modo, se a suposta revogação atingir o particular diretamente interessado, integrante da relação com a Administração, é preciso *manifestação prévia* deste, em vista do *princípio do devido processo legal* (art. 5º, LIV, LV, da CF).

Realmente, no Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da CF), se a Administração pretender modificar situações jurídicas que possam afetar particulares diretamente integrantes da relação de direito público, deverá proporcionar o contraditório prévio.

Cuida-se, também, de aplicação do *princípio da segurança jurídica*, segundo o qual, a Administração não pode tomar providências que causem surpresas aos particulares.

O contraditório e a ampla defesa prévios, ou seja, *antes da revogação [ou da anulação]* do ato, são exigências de cunho constitucional (princípio do devido processo legal), mesmo quando o ato a ser *revogado [ou invalidado]* tenha sido editado no exercício da *competência discricionária*, hipóteses da autorização e da permissão, dentre outros.

17. Ao contrário da *invalidação*, na qual, o juiz, no bojo de uma ação, pode *invalidar* atos administrativos, a doutrina entende, de maneira correta, no sentido da impossibilidade de o Juiz, na *função jurisdicional*, *revogar* atos administrativos.

Dessa forma, a *revogação* é a edição de ato exarado na *função administrativa*. Logo, o juiz, na função jurisdicional, não pode revogar atos administrativos; compete-lhe apenas invalidá-los.[8]

Proíbe o artigo 2º da Constituição Federal, segundo o qual os "Poderes" do Estado são independentes e harmônicos entre si; *neste caso*, o Judiciário, na função jurisdicional, não pode imiscuir-se na função administrativa.

18. O ato revogador deve ter a mesma *natureza jurídica* do ato a ser revogado; cuida-se de poder de *iniciativa* quanto à ulterior *modificação* da relação jurídica.

Assim, ele é editado *não* na qualidade de *atividade de controle*, mas na de *administração ativa*.[9] Dessa forma, ocorre *divergência atual* entre o interesse público e a permanência dos efeitos do ato [ou do próprio

7 Os atos que geram *direitos adquiridos não são revogáveis*; logo, se o Poder Público tiver mesmo que modificar a situação jurídica, a solução é a *desapropriação do direito do particular*.

8 Evidentemente, se o magistrado estiver no exercício da *função administrativa*, aí sim, poderá *revogar* os atos que não atendam ao interesse público; ou, *invalidá-los*, por ofensa à ordem jurídica.

9 Na *atividade de controle*, a Administração (por meio de *órgãos de Administração de Controle*) tende assegurar o cumprimento da *ordem jurídica e do interesse público*, por parte dos órgãos de A*dministração ativa* (licenças, autorizações, permissões etc.).

ato]; natureza, portanto, *constitutiva*, que visa criar, modificar ou extinguir situações jurídicas.[10]

19. A *discricionariedade* para revogar o ato deve ocorrer no *momento da edição do ato revogador*. É que a discricionariedade, no instante da emanação do ato, *não se identifica*, necessariamente, com a *discricionariedade sucessiva* à edição daquele.[11]

Portanto, pode haver situações em que, embora haja competência discricionária abstrata, firmada na lei, porém, *no caso concreto*, não seja mais possível exercê-la. Cita-se a hipótese da demolição de uma casa, já efetivada. Como revogar o ato que a determinou?

Nessa linha, Lúcia Valle Figueiredo menciona a *irrevogabilidade* dos atos meramente declaratórios, os certificadores e os que determinam *status*.[12]

20. A respeito da "*forma" do ato revogador*, em princípio, deve ser a *mesma do ato revogado*; com efeito, *autorização* de porte de arma não pode ser *revogado* por ordem verbal. Ressalvem-se hipóteses de *erros leves de "forma"*, que geram meras *irregularidades* do ato – não afetam o interesse público, ou direito do particular.

Ricardo Marcondes Martins afirma:

> Com efeito: como regra geral, o vício de formalização não-interfere nos direitos individuais dos administrados, não-prejudicial ao seu direito de defesa, de informação ou de fiscalização, gera tão-somente a irregularidade.[13]

Logo, *circular* pode revogar *instrução*, se, dos termos daquela, houver condições de verificar, de forma inexorável, a "intenção" de modificar, ou extinguir a situação jurídica.[14] Repita-se: desde que não prejudique terceiros, ou os próprios interessados, ou o interesse público, ou norma cogente.

21. Quanto a esse aspecto ("forma"), conforme visto, é possível a revogação *expressa ou a implícita*. De outra parte, *não há revogação tácita*, na medida em que na revogação deve haver *exteriorização da vontade* do agente público, consistindo em "elemento" do ato de revogação.[15]

A revogação *tácita* deduz-se de *facta concludentia, que* são acontecimentos capazes apenas de deixar *presumida* a manifestação de vontade da Administração Pública, na qual não há manifestação expressa da autoridade pública.

Na verdade, o ato administrativo é sempre *declaração*, tanto assim que se tem considerado o *silêncio* [administrativo] um *fato*, e não um *ato*.[16] Relembre-se, para remarcar a ideia: a revogação é ato de administração *ativa*, e não de controle.

22. Embora haja divergência doutrinária, o melhor entendimento é o de que a revogação ocorre a qualquer momento, na medida em que, além de a *competência* do agente ser *indisponível*, ela é *imprescritível*, ou seja, pode ou deve ser exercida pela autoridade, salvo previsão legal a respeito de prazo decadencial.

Logo, na revogação há divergência atual entre o interesse público no momento da edi-

10 ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo,* vol. I. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1974, p. 436

11 *Ibidem*, p. 435. O autor refere, citando Vitta (Dir. Ammin., I, p. 356), à *irrevogabilidade de autorizações em geral para o cumprimento de atos jurídicos* (*Ibidem*, rodapé 241).

12 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 248.

13 MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 270.

14 "Além dessas diferentes categorias de atos, atingindo a ordem jurídica com maior ou menor gravidade – *inexistência, nulidade e anulabilidade* -, há os *atos irregulares*, os que não afetam o interesse público, em que o conteúdo do ato não é prejudicado e ocorrem meros *erros leves de forma*." (VITTA, Heraldo Garcia. Invalidação dos atos administrativos. *Revista do TRF da 3ª Região*. São Paulo, v. 60, jul./ago. 2003, p. 56, destaques não-originais)

15 TALAMINI, Daniele Coutinho. *Revogação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 260.

16 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 379. Ao respeito: VITTA, Heraldo Garcia. O silêncio no Direito Administrativo. *Revista do TRF da 3ª Região*. São Paulo, v. 65, maio/jun. 2004.

ção do ato e o interesse público no instante da emanação do ato revogador. Por isso, também, não há que se falar em prazo decadencial [ou prescricional, como seja] para a modificação de situações jurídicas, por meio da revogação.

23. No entanto, a *revogação tem limites*; algumas situações jurídicas são *irrevogáveis*, dentre elas:[17] os atos que a lei declara irrevogáveis; aqueles cujos efeitos estão exauridos, esgotados, como a demolição de um imóvel, já executada; os vinculados, pois enquanto tiverem essa qualidade há presunção absoluta de que estejam atendendo ao interesse público, além de poderem gerar direito subjetivo aos particulares; os meros ou puros atos administrativos (certidões e votos em órgão colegiado, após a formação da vontade coletiva), "pois, os efeitos deles derivam da lei, e não de uma criação administrativa, que, por isso, não pode eliminar o que foi criado por determinação legal";[18] os atos de controle, na medida em que, expedidos, exaurem-se os efeitos – esses atos apenas liberam ou confirmam atos prévios ou posteriores, e não criam utilidade pública, a qual advém do ato controlado;[19] os atos que geram direitos adquiridos; os atos que consistirem em decisão final do processo contencioso [*coisa julgada administrativa*. Conforme veremos, é preciso a "*rescisória administrativa*", com manifestação prévia dos interessados]

24. Já, os *atos administrativos complexos*, que demandam integração de mais de um órgão administrativo para a *perfeição*, só podem ser revogados mediante a manifestação de todos os órgãos que participaram da emanação deles. Assim, a revogação de um decreto requer a manifestação do Chefe do Executivo e da Pasta (Ministério, Secretaria) respectiva.

25. Quanto *aos atos dos procedimentos administrativos*, como regra, são irrevogáveis, pois [os atos] propendem para frente, aliás, como todo processo ou procedimento. Contudo, pode haver situações em que seja possível revogá-los; é o caso de a Administração Pública, num dado processo administrativo, determinar a realização de perícia e, posteriormente, ao analisar o caso concreto, entendê-la impertinente, e revogar o ato anterior que a havia determinado.

26. Nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, pode revogar o ato o agente que o produziu, ou outra autoridade que esteja nessa competência; ou o superior hierárquico, por conta da hierarquia administrativa; inclusive, superior hierárquico de *outra pessoa jurídica*, se a *lei* estabelecer essa possibilidade.[20]

Conforme expõe Renato Alessi, é preciso haver *disponibilidade* da Administração, quanto aos efeitos, que deriva da *titularidade atual* da relação jurídica. Deve haver, pois, *atribuição*, conferida pela lei, da potestade para revogar, que pode ser (como visto) *implícita*, enquanto subsistir *genérica faculdade da administração* de prover discricionariamente a matéria.[21]

27. Porém, a nosso ver, na hipótese de *competência exclusiva* da autoridade, o superior hierárquico não pode revogar o ato, pura e simplesmente, *sem que tenha havido* a interposição de *recurso voluntário* (ou o recurso de ofício, nas hipóteses legais).

Com efeito, nos dias atuais, as leis e atos administrativos delineiam, de maneira irreprochável, as *atribuições exclusivas* dos diversos órgãos públicos – essas competências devem ser respeitadas pelos setores da Administração.

O *princípio do juiz natural*, aplicável nos processos administrativos, fruto do *de-*

17 Trouxemos, a rigor, o catálogo de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Ibidem*, p. 473 e ss.).

18 *Ibidem*, p. 473

19 Os atos de controle, como as autorizações prévias, ou posteriores, *exaurem-se*, ao serem editados, não podendo, por isso mesmo, ser revogados; eles conferem a *eficácia de outros atos, os controlados*, estes sim revogáveis, se forem discricionários – assim, os *atos controlados podem ser revogados*, mesmo após a edição do ato controlador.

20 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 462.

21 ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo,* vol. I. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1974, p. 439

vido processo legal, implica no respeito a limites de atuação de cada órgão do Poder Público.[22] Assim, quando houver competência exclusiva do subalterno, apenas o recurso voluntário ou eventual recurso de ofício, previstos em lei, poderão levar à modificação do ato emanado pelo subalterno.[23]

28. Na hipótese de a autoridade reconhecer o *desvio de finalidade* do ato proferido, não cabe revogação, mas *nulidade*, na medida em que o desvio de finalidade é fator de *invalidação*.[24]

29. O mesmo ocorre no vício do *motivo do ato*: a *ausência, ou insuficiência*, dos *pressupostos de fato* que originaram a edição do ato, é fator de *invalidação*, pois se cuida de *vício de legalidade; e não de vício quanto ao mérito, que pudesse levar à revogação*.[25]

30. Além disso, pode haver um v*ício de mérito originário*; ou seja, um vício, referente ao *interesse público*, que macularia o *ato na sua origem*. Isso ocorre quando a autoridade verifica que, desde o *momento da edição do ato*, não havia, na verdade, o interesse público invocado.

31. Como se trata de vício de *mérito*, a solução só pode ser a *revogação do ato*, devido à necessidade de modificação, ou extinção, da relação jurídica.

De acordo com o nunca assaz citado Renato Alessi, o instituto que permite a *ulterior modificação da relação é a revogação*.[26]

Assim, a revogação do ato visa sempre um interesse atual, e não interesse do passado. Quando a Administração Pública revoga um ato cujo vício de mérito é originário, pretende, apenas, atender ao interesse público do *momento da revogação*, mesmo porque a *revogação não tem efeitos retroativos*, não atinge o ato no seu nascedouro.[27] Logo, o "ato originário" deixará de existir, ou de produzir efeitos, a partir da *revogação* dele.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello diz irrelevante saber se a inconveniência foi *contemporânea ou superveniente* ao ato que se quer revogar.[28]

32. Percebe-se, pois, não há exigência de *fatos supervenientes* à edição do ato para "justificar" a *revogação*; esta pode ocorrer em face de *ausência de interesse público "originário"* (no momento da edição do ato).

No entanto, a lei pode estabelecer exceções; é o caso do artigo 49 da Lei nº 8.666/1993, ao exigir a *demonstração* de *fatos supervenientes* para a *revogação* do *procedimento licitatório*.[29]

22 Lúcia Valle Figueiredo inclui, no devido processo legal, o "juiz natural, ou autoridade competente." (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 419 e ss.),

23 O princípio do devido processo legal "exige" a "possibilidade recursal", no âmbito da Administração Pública; "pois *processo regular* significa o direito de interpor recursos às instâncias superiores sem barreiras impostas pelo legislador." (VITTA, Heraldo Garcia. *Aspectos da teoria geral no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 97, destaques originais). Além disso, tendo havido abuso de poder ou ilegalidade, em *situações excepcionais, graves*, ao interesse público, ou ao interesse do particular lesado (em seus direitos), pode haver o *direito de petição* (art. 5º, XXXIV, "a", da CF) às autoridades superiores, mesmo *na ausência de previsão legal quanto à interposição de recurso administrativo*.

24 REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 39. No desvio de poder [ou de finalidade], "esta se configura cuando una autoridad administrativa usa de sus poderes conforme a la letra de la ley, pero en fin distinto de aquél en virtude del cual dichos poderes le fueron conferidos." (PRAT, Julio. *De la desviacion de poder*. Montevideo: Universidad de Montevideo, 1957, p. 387)

25 "É a aplicação da *teoria dos motivos determinantes*, segundo a qual os motivos integram a validade do ato – uma vez enunciados, se acaso forem infundados, inverídicos, isto será causa de nulidade do ato." (VITTA, Heraldo Garcia. *Aspectos da teoria geral no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 80, destaques originais).

26 ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo,* vol. I. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1974, p. 437-9.

27 *Ibidem*. Segundo esse competente autor italiano, a anulação elimina o próprio ato, por isso é *ex tunc;* já a revogação, elimina apenas os efeitos do ato, logicamente *ex nunc* – ao modificar ou extinguir ulteriormente a relação. Devo anotar, esse autor refere-se aos provimentos, que são atos administrativos concretos.

28 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 404.

29 Dispõe o art. 49, *caput*, da Lei nº 8.666/1993: "A autoridade competente para aprovação do procedimento somente poderá *revogar a licitação por razões de interesse público*



33. É possível, ainda o *desvio de finalidade do ato revogador*. Conforme as lições de Renato Alessi, o interesse público do ato revogador deve ser da *mesma ordem e natureza do ato* revogado;[30] no exemplo de Daniele Coutinho Talamini,[31] a autorização em matéria sanitária só poderá ser revogada tendo em conta interesses públicos de natureza sanitária, e não por motivos, por exemplo, de segurança.

34. Como o *fundamento* de validade do ato é a lei, o *ato revogador* deve ter a *mesma finalidade* do *ato revogado*, pois, caso contrário, haveria *desvio de poder*; causa de *invalidação* [do ato revogador].

Portanto, admitido o exemplo de Daniele Coutinho Talamini, se o ato administrativo, editado a dada finalidade pública (ex.: funcionamento de área de reserva ambiental para visitação pública), causar problemas de *outro* interesse público (ex.: segurança pública), *não é caso de revogação daquele ato*, mas de *edição de novo ato*, por outra autoridade, que detém competência na área de segurança pública. Esta autoridade poderá, inclusive, interditar o parque, por motivo de segurança.

Trata-se de *ato administrativo contraposto*: "a contraposição pressupõe a prática do ato fundado em competência diversa do ato inicial."[32]

35. Assim, no exemplo, esses atos, *aparentemente* incongruentes, colidentes, têm *fundamento legal* diverso (um, de o*rdem sanitária*; outro, referente à *segurança*); por isso, *não há desvio de finalidade*.[33]

36. Nas lições de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, nos *atos de "prestação única"*, como os efeitos se produzem na própria *execução do ato*, ele se *esgota* (multa de terceiro; censura ao funcionário);[34] impossível, portanto, a revogação desses atos, após a execução.

Já, nos a*tos de prestação continuada*, os efeitos *perduram pelo tempo*: *determinado* (licença do servidor por 90 dias); *indeterminado* (até a ocorrência de fato natural – a nomeação do funcionário permanece, até a morte dele); ou de *ato jurídico* – assim, os efeitos da nomeação extinguem-se com a exoneração ou demissão do servidor.[35] Nesse interregno, isto é, enquanto o ato produzir efeitos, *possível a revogação*.

37. Na *coisa julgada administrativa*, há *irrevogabilidade* e *irretratabilidade* no âmbito administrativo, devido à *litigiosidade existente no bojo do processo*, motivo pelo qual se oportunizou ao interessado a *ampla defesa*.

decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado." (destaques nossos) Sempre mediante *contraditório e ampla defesa prévios (§ 3º)*.

30 ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo,* vol. I. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1974, p. 440.

31 TALAMINI, Daniele Coutinho. *Revogação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 66.

32 *Ibidem*, p. 67.

33 *Ibidem*.

34 MELLO, Oswaldo de Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*, vol. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1979, p. 611-612.

35 *Ibidem*.

Após a *coisa julgada administrativa*, não se pode revogar atos do procedimento.[36] O princípio [geral de Direito] da segurança jurídica, do qual decorrem a lealdade e a boa-fé – "exigências" jurídicas à *estabilidade das relações sociais* –, permite apenas o meio [formal] da a*ção revisional administrativa*, com participação de todos os interessados, visando a alterar a situação jurídica.[37]

38. A respeito da *indenização aos particulares em geral*, é preciso realçar a *distinção de regimes:* no caso de *sacrifício de direito do particular*, no qual o próprio ordenamento "autoriza" a Administração praticar ato cujo conteúdo jurídico é *ingressar na esfera jurídica do particular,* há mera *conversão do direito* atingido na equivalente *expressão patrimonial*. Isso ocorre na desapropriação, na destruição, ou uso temporário, de bens.[38]

Nesses casos, em que a Administração tem *direito* para ingressar na *esfera jurídica* do particular, deverá *recompor o patrimônio* deste, sob pena de *locupletamento ilícito. Não se fala em responsabilidade civil do Estado*; não houve *violação* da ordem jurídica; mas *sacrifício* de direito.[39]

Constituem *atos lícitos*, praticados pelo Estado, "hipótese em que o ordenamento jurídico autoriza a autoridade administrativa praticá-los, mediante a devida reposição do dano econômico."[40]

39. Já, na *revogação*, não se cuida, propriamente, de *autorização da ordem jurídica*, para o *sacrifício de direito* do particular.[41] Assim, se a *revogação* for *legítima*, não há indenização, *de regra*, por conta da *mutabilidade do interesse público*, o qual compete à Administração observar.[42]

Pois, o particular tem apenas *expectativas* a respeito da mantença da situação gerada pelo ato; por isso, não deve ser indenizado.

Portanto, haverá a *responsabilidade civil do Estado* na hipótese de *revogação ilegítima,* em face de ter havido *violação do direito*, inclusive com o pagamento dos *lucros cessantes ao particular.*

40. Apesar disso, há outro prisma, no qual se evidencia a necessidade de o particular ser indenizado:

> Nem sempre é estranho ao Direito Público a indenização ao particular, ainda no caso de *inexistência de direito adquirido*, ou ofensa a *direitos subjetivos*. Esse tipo de *indenização*, especialmente por conta de *ato lícito* do Poder Público, é mencionado, de regra, quando o administrador *revoga* ato administrativo.[43]

Porque a impossibilidade de indenizar, expõe Pietro Virga, pode contrastar com o superior princípio da *certeza da situação*

36 Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari expõem: "O que a expressão [coisa julgada administrativa] traduz é a impossibilidade de se rever, de ofício ou por provocação, o ato (ou a decisão no processo administrativo) em *sede administrativa* após o percurso traçado no ordenamento jurídico." (DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Processo administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 71, destaques originais).

37 Nessa linha, os citados autores (*Ibidem*). Esse entendimento decorre do *princípio do devido processo legal* (art. 5º, LIV e LV, da CF).

38 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 959, seguindo a esteira de Renato Alessi, *La Responsabilità dela Pubblica Amminstrazione*, p. 155 e ss.

39 *Ibidem*.

40 VITTA, Heraldo Garcia. *Responsabilidade civil e administrativa por dano ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 110.

41 Essa é a regra fundamental. Porém, conforme veremos adiante, ao menos num caso a revogação *sacrifica direito do particular*; exatamente, quando o ato a ser revogado tenha originado *direitos adquiridos*. A solução é *desapropriar o direito do particular*.

42 Porém, não afastamos a possibilidade de haver responsabilidade civil, mesmo na hipótese de *revogação legítima*, porque o ordenamento jurídico acolhe a responsabilidade do Estado por *atos lícitos*. (cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 437)

43 VITTA, Heraldo Garcia. *Responsabilidade civil e administrativa por dano ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 112, destaques originais.

jurídica. Segundo o autor italiano, em algumas hipóteses, seria possível a *indenização* [ao particular]*, não só ante a antecipada resolução da relação jurídica* [pois, de regra, não gera indenização], mas nos casos de construção de fábricas, ou de outras obras, "que não podem extirpar-se sem uma redução considerável de seu valor".[44]

41. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello exemplifica com a revogação de declaração de utilidade pública de um bem para efeito de desapropriação. Em princípio, a revogação do decreto não gera indenização; porém, se o proprietário tiver desfeito negócio vantajoso, pelo desinteresse do pretendente, provado o prejuízo, a Administração deve indenizá-lo.[45]

Nessa linha, Daniele Coutinho Talamini refere ao *termo de permissão de uso* de local público para instalação de lanchonete; o qual, após a assinatura, e depois de o particular ter efetuado despesas com a reforma do espaço, a Administração resolve revogar o ato. Conforme a autora, a indenização abrange somente as despesas que o particular teve, "com vistas a executar o ato"; não se indeniza o que ele deixou de lucrar com a exploração do local.[46]

42. Essas circunstâncias advêm de uma interpretação, por assim dizer, "mais ampla" do conceito de *direito subjetivo*. De acordo com o autor germânico Ernest Forsthoff, a noção de direito público subjetivo é "modificada por noções mais largas e, necessariamente, menos precisas, como *posição jurídica*, *situação adquirida*, *esfera jurídica*...".[47]

Logo, o Direito, em algumas hipóteses, protege *situações jurídicas do particular*, mesmo quando estas *não* sejam consideradas *direitos adquiridos*; repita-se: ainda quando não tenham essa qualidade, a *segurança jurídica* exige o pagamento de *indenização ao particular* afetado.[48]

43. Quanto aos efeitos da *revogação em face* de *terceiros*, explica o doutrinador chileno Olguín Juárez [linhas gerais], não há que se falar em indenização, porque a lesão [a terceiro] não deriva da Administração Pública, como *consequência direta*, e não se pode considerar um *sacrifício* imposto pela Administração para satisfazer interesses públicos.[49] De acordo com Daniele Coutinho Talamini, haveria falta de *nexo causal direto* entre o a atuação estatal e o *dano*, que é pressuposto da responsabilidade *extracontratual do Estado*.[50]

44. Finalmente, cabem algumas palavras a respeito da revogação de ato, quando já tenha havido *direito adquirido* do particular.

Em princípio, o ato é *irrevogável*, pois o direito adquirido tem "proteção constitucional", nos direitos e garantias individuais (art. 5º, XXXVI, da CF); e, dentre outras, na Lei de Processo Administrativo Federal (art. 53 da Lei nº 9.784/1999),[51] que tem redação semelhante àquela da Súmula nº 473 do Supremo

44 VIRGA, Pietro. *Il provvedimento amministrativo*. IV ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1972, p. 466: "che non possono asportarsi senza una riduzione considerevole del loro valore...".

45 MELLO, Oswaldo de Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*, vol. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1979, p. 643-644.

46 TALAMINI, Daniele Coutinho. *Revogação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 236.

47 FORSTHOFF, Ernest. *Traité de droit administratif allemande*. Trad. Michel Fromant. Bruxelles: Émile Brylant, 1969, p. 408, destaques não-originais.

48 "Na verdade, não apenas quando o particular tem *direito subjetivo* ocorre indenização pelo poder público. Situações, *análogas*, que não tenham idêntica *proteção jurídica*, originam, quando menos, a *recomposição* do patrimônio do indivíduo lesado; ou a efetiva indenização, ampla, inclusive quanto aos lucros cessantes e desembolso do investimento vertido ao negócio." (VITTA, Heraldo Garcia. *Responsabilidade civil e administrativa por dano ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 114, destaques originais)

49 JUÁREZ, Hugo Augusto Olguín. *Extinción de los actos administrativos*: revocación, invalidación y decaimiento. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1961, p. 222.

50 TALAMINI, Daniele Coutinho. *Revogação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 240.

51 Art. 53 da Lei nº 9.784/1999: "A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode *revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos*." (destaques nossos)

Tribunal Federal.[52]

45. Entretanto, se a Administração Pública não puder solucionar o problema de *forma menos gravosa*, ou seja, se houver *interesse público concreto* que exija modificação da situação jurídica, *em vez de revogar o ato*, [não poderá fazê-lo, em face do *direito adquirido*], terá de *desapropriar o direito* do particular, mediante *indenização prévia, justa e em dinheiro* (art. 5º, XXIV, da CF).[53]

5) Conclusões.

Ao cabo dessas explanações, tecemos as seguintes conclusões:

1. A revogação do ato administrativo advém da competência discricionária da Administração Pública, mediante critérios de conveniência ou oportunidade, sem efeitos retroativos.

2. Ela pode ser explícita ou implícita, total ou parcial; não é possível a revogação tácita.

3. Em face do princípio do devido processo legal, se a revogação for atingir a esfera jurídica dos particulares, este deve ser ouvido, previamente, pena de nulidade;

4. O ato revogador tem idêntica natureza jurídica do ato revogado; trata-se de atividade de administração ativa, portanto constitutiva, pois visa criar, modificar ou extinguir situações jurídicas.

5. A discricionariedade para revogar deve ocorrer no momento da edição do ato revogador, pois pode haver hipóteses em que não haja competência discricionária, no caso concreto, para a revogação.

6. Em princípio, o ato revogador deve ter a mesma "forma" do ato revogado; mas não se excluem hipóteses de erros leves, irregularidades, mantendo-se, desse modo, o vício jurídico.

7. A competência discricionária para revogar atos administrativos é imprescritível, salvo previsão legal em contrário.

8. Apesar disso, algumas situações jurídicas são irrevogáveis, como os atos já exauridos, os vinculados, os de controles, os atinentes à coisa julgada administrativa.

9. Os atos complexos, para serem revogados, demandam a manifestação dos mesmos órgãos que participaram da elaboração deles.

10. Devido ao princípio do juiz natural, no caso de competência exclusiva de autoridade, o superior hierárquico pode revogar o ato apenas nos casos legais de interposição de recursos, ressalvada a possibilidade de situações excepcionais e graves, mediante o direito de petição às autoridades superiores (art. 5º, XXXIV, "a", da CF).

11. Tanto o vício de desvio de finalidade quanto o de motivo acarretam invalidação, e não revogação do ato.

12. No caso de vício de mérito originário, a Administração deve revogar o ato, cujos efeitos não retroagirão; não é relevante saber se a inconveniência ao interesse público foi superveniente [à edição do ato], salvo previsão legal.

13. O interesse público do ato revogador deve ter a mesma natureza jurídica do interesse público do ato revogado, pena de desvio de finalidade, e invalidação do ato revogador.

14. Nos atos de prestação única, após a execução, impossível a revogação do ato; nos atos de prestação continuada, a revogação pode ocorrer enquanto perdurarem os efeitos do ato.

15. Com a coisa julgada administrativa, a revogação demanda, necessariamente, ação revisional [administrativa], com a participação dos interessados.

52 Súmula nº 473 do STF: "A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; *ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.*" (destaques nossos)

53 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 474.

16. A revogação ilegítima pode gerar indenização ao particular, pois há violação de direito. No caso de revogação legítima, como regra, não há direito à indenização; porém, diante de situações concretas, por ofensa à segurança jurídica e à esfera jurídica do particular, possível indenizar.

17. Em princípio, a revogação não gera indenização a terceiros estranhos à relação administrativa, porque a conduta da Administração não é consequência direta do dano.

18. No caso de revogação de ato que já tenha gerado direitos adquiridos, a solução jurídica é a desapropriação do direito do particular.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Bibliografia.

ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo,* vol. I. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1974.

_____ . *Principi di diritto amministrativo,* vol. II. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1974.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Processo administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FORSTHOFF, Ernest. *Traité de droit administratif allemande*. Trad. Michel Fromant. Bruxelles: Émile Brylant, 1969.

JUÁREZ, Hugo Augusto Olguín. *Extinción de los actos administrativos*: revocación, invalidación y decaimiento. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1961.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Oswaldo de Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo,* vol. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1979.

PRAT, Julio. *De la desviacion de poder*. Montevideo: Universidad de Montevideo, 1957.

REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

TALAMINI, Daniele Coutinho. *Revogação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

VIRGA, Pietro. *Il provvedimento amministrativo*. IV ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1972.

VITTA, Heraldo Garcia. *Aspectos da teoria geral no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____ . Invalidação dos atos administrativos. *Revista do TRF da 3ª Região*. São Paulo, v. 60, jul./ago. 2003.

_____ . O silêncio no Direito Administrativo. *Revista do TRF da 3ª Região*. São Paulo, v. 65, maio/jun. 2004.

_____ . *Poder de polícia*. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____ . *Responsabilidade civil e administrativa por dano ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2008.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Reflexões sobre o artigo 362 do Código de Processo Penal



Fabiano Righi
Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo com especialização em Direito Público pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Oficial de Justiça Avaliador Federal lotado na CEUNI – Central Unificada de Mandados – Justiça Federal de 1ª Instância em São Paulo.

RESUMO: Visa este trabalho demonstrar que a citação com hora certa no processo penal brasileiro representa avanço legislativo e é justificável estendê-lo também às intimações, ante as razões comuns que o fundamentam.

PALAVRAS-CHAVE: Ampla defesa. Citação com hora certa. Ocultação premeditada. Conhecimento da demanda por premissa. O silêncio como uma opção de defesa. Intimação por hora certa.

RESUMEN: Este trabajo tiene como objetivo demostrar que la citación con hora cierta en el proceso penal brasileño representa un avance legislativo y es justificable extenderlo a las notificaciones, ante las razones comunes que lo subyacen.

PALABRAS-CLAVE: Amplia defensa. Citación con hora certa. Ocultación premeditada. Conocimiento de la demanda por premissa. El silencio como una opción de defensa. Notificación por hora cierta.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Do Recurso Extraordinário nº 635.145/RS. 3. A prática diária na Justiça Federal – Seção Judiciária de São Paulo. 4. A subsidiariedade do processo civil. 5. Suma. 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

> Art. 362. Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.

Trata-se de alteração no processo penal brasileiro, introduzida pela Lei nº 11.719, de 20/06/2008.

Até então, não se encontrando o acusado, seja porque estivesse em lugar incerto e ignorado, seja porque se ocultasse, a citação perfazia-se por meio editalício, indistintamente.

Agora não. Havendo suspeita de ocultação, o ato processual pratica-se na modalidade com hora certa.

O intuito da nova legislação foi, basicamente, prestigiar o direito à ampla defesa e ao contraditório.

O Código de Processo Penal foi editado em 3 de outubro de 1941, por meio do Decreto-Lei nº 3.689, em plena ditadura Vargas, sob a égide da Constituição de 1937.

Passado quase meio século, fizeram-se oportunas a modernização de suas regras e sua compatibilização com os princípios da Constituição Cidadã de 1988.

Esse foi o objetivo da nova Lei, traduzido em diversas modificações práticas no processo penal, entre elas a incorporação da citação com hora certa, de há muito adotada no processo civil.

A justificativa comumente apresentada é de que, para efeito de conhecimento da acusação, é mais eficiente a citação com hora certa, entregue pelo oficial de justiça a um familiar ou, em sua falta, a um vizinho do réu, do que uma publicação na rede mundial de computadores, no sítio do respectivo tribunal e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça.

Vale lembrar que, no Brasil, nem todos têm acesso à *internet* e aqueles que dispõem dessa ferramenta de informação pouco frequentam o sítio dos tribunais ou do Conselho Nacional de Justiça.

A inovação legislativa buscou também afastar a malícia de alguns acusados que, citados por edital, deliberadamente ausentavam-se pelo período de alguns anos, até que se lhes extinguisse a punibilidade por conta da prescrição.

É que, muito embora a citação por edital suscite a suspensão do processo e do prazo prescricional, tal não se dá por prazo indeterminado.

Excetuados os crimes de racismo, os de ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático e aqueles de competência do Tribunal Penal Internacional, a cuja criação o Brasil tenha manifestado adesão, todos os demais prescrevem.

Embora haja decisão do Supremo Tribunal Federal em contrário,[1] a Súmula nº 415

1 STF, Recurso Extraordinário 460.971/RS, Primeira Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, j. 13/02/2007, DJ 30/03/2007, p. 76, conhecido e provido por unanimidade, Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Recorrido: Valdemar Brito da Silva, Advogado: Defensoria Pública da União. Ementa: "I. Controle incidente de inconstitucionalidade: reserva de plenário (CF, art. 97). 'Interpretação que restringe a aplicação de uma norma a alguns casos, mantendo-a com relação a outros, não se identifica com a declaração de inconstitucionalidade da norma que é a que se refere o art. 97 da Constituição...' (cf. RE 184.093, Moreira Alves, DJ 05.09.97). II. Citação por edital e revelia: suspensão do processo e do curso do prazo prescricional, por tempo indeterminado – C.Pr.Penal, art. 366, com a redação da L. 9.271/96. 1. Conforme assentou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ext. 1042, 19.12.06, Pertence, a Constituição Federal não proíbe a suspensão da prescrição, por prazo indeterminado, na hipótese do art. 366 do C. Pr. Penal. 2. A indeterminação do prazo da suspensão não constitui, a rigor, hipótese de imprescritibilidade: não impede a retomada do curso da prescrição, apenas a condiciona a um evento futuro e incerto, situação substancialmente diversa da imprescritibilidade. 3. Ademais, a Constituição Federal se limita, no art. 5º, XLII e XLIV, a excluir os crimes que

do Superior Tribunal de Justiça confirma esse entendimento, nos seguintes termos:

> Súmula 415 do STJ: O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada.

Pretendeu-se neutralizar os efeitos desse expediente astucioso.

A citação com hora certa válida integraria a relação processual e ensejaria a continuidade do feito até final decisão, com ou sem a presença do acusado. Neste último caso, ser-lhe-ia nomeado um defensor dativo.

São os termos do parágrafo único do artigo 362:

> Art. 362. (...)
> Parágrafo único. Completada a citação com hora certa, se o acusado não comparecer, ser-lhe-á nomeado defensor dativo.

A celeuma instalou-se.

De um lado, argumentavam alguns, se o objetivo da nova lei era reforçar o direito à ampla defesa, na prática, o resultado revelou-se outro, pois o processo seguiria até eventual condenação ainda que o réu não comparecesse pessoalmente para se defender.

Asseveravam, ainda, que ampla defesa abrange, *grosso modo*, direito de presença e direito de audiência, ambos prejudicados ante a incerteza de que o réu, citado com hora certa, tivesse, de fato, tomado conhecimento da acusação que lhe pesava.

Apontavam, outrossim, malferimento ao princípio da isonomia, pois o acusado, citado por edital, recebe tratamento diverso daquele que, citado por hora certa, também não comparece aos autos. Para o primeiro, restam suspensos o processo e o prazo prescricional da pena, enquanto que, para o segundo, o processo caminha, independentemente de sua presença, até a sentença.

De outro, seus detratores arrazoavam que a citação por edital é ineficiente, pois ninguém o lê e que deixar de citar uma pessoa com domicílio certo só porque ela se oculta para não ser encontrada pelo oficial de justiça implica estímulo à impunidade, premiação à má-fé e desprestígio à justiça.

O legislador, por seu turno, também não colaborou para minimizar o tumulto.

Preceitua o artigo 367 do Código de Processo Penal:

> Art. 367. O processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo.

A esta altura, cumpre distinguir citação pessoal de outros tipos citatórios.

Sob o critério da pessoalidade, são dois:

I) citação real, também conhecida por citação pessoal ou *in faciem*, é aquela por meio da qual o oficial de justiça, dirigindo-se à residência do réu, dá a ele conhecimento da ação e lhe entrega diretamente uma cópia da petição inicial, conhecida como contrafé.

É a regra no processo penal brasileiro.

A ampla defesa pressupõe conhecimento da acusação e possibilidade de reação.

Não há dúvida de que estes pressupostos são assegurados quando a comunicação da ação penal se dá na pessoa do acusado.

II) citação ficta ou presumida, que recebe essa denominação porque dela não se

enumera da incidência material das regras da prescrição, sem proibir, em tese, que a legislação ordinária criasse outras hipóteses. 4. Não cabe, nem mesmo sujeitar o período de suspensão de que trata o art. 366 do C.Pr.Penal ao tempo da prescrição em abstrato, pois, 'do contrário, o que se teria, nessa hipótese, seria uma causa de interrupção, e não de suspensão'. 5. RE provido, para excluir o limite temporal imposto à suspensão do curso da prescrição."

extrai a certeza de que o réu tenha tomado conhecimento da ação. Apenas presume-se. Não é feita diretamente na pessoa do réu, senão por meio da publicação de edital na rede mundial de computadores, no sítio do respectivo tribunal e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça ou mediante a entrega da contrafé a algum parente ou vizinho do acusado.

É a exceção, só aplicável quando, comprovadamente, não for possível localizar o acusado.

São espécies de citação ficta aquela feita por edital e a realizada com hora certa.

Nas palavras do Professor Vicente Greco Filho:

> Essa denominação *(ficta)* advém do fato de que não há certeza quanto ao efetivo conhecimento a ser levado ao réu. A lei admite a citação ficta como fórmula alternativa em face da impossibilidade de citação real, a fim de que não haja o perecimento do direito alegado pelo autor. Sacrifica-se, no caso, a garantia do real conhecimento da demanda, a fim de não ocorrer uma denegação da justiça.[2]

Nos termos do referido artigo 367, o processo terá seguimento, independentemente da presença do acusado, desde que ele seja *citado ou intimado pessoalmente.*

O comando normativo é textual: "[...] citado ou intimado pessoalmente [...]".

Mas, conforme visto, citação com hora certa não é citação pessoal.

Como se conciliam esse condicionamento ao andamento processual e a regra do já mencionado artigo 362, parágrafo único? Qual a finalidade de se nomear um defensor dativo ao acusado, citado com hora certa (espécie de citação ficta), e que não comparece aos autos? É dar prosseguimento ao feito? Pode avançar um processo no qual o acusado não foi citado pessoalmente?

Há aqui uma *contradictio in terminis* entre os indigitados artigos 362, parágrafo único e 367: para que o processo tenha continuidade, a lei ora exige a citação pessoal do réu, ora contenta-se com a citação ficta, isto é, não pessoal.

Não é um conflito aparente entre normas. É real e fruto de muitas reformas parciais por que passou o Código de Processo Penal, nem todas elas preocupadas com sua coerência sistêmica interna.

A par dessa polêmica, outra surgiu.

Explica-se: a lei previu a suspensão do processo e do curso da prescrição no caso de citação por edital e não comparecimento do acusado. É a regra insculpida no artigo 366.

> Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional [...].

Com base em silogismo, argumenta-se que a citação por edital é espécie de citação ficta e enseja a suspensão do processo e do curso da prescrição se o acusado não comparece aos autos (premissa maior); a citação com hora certa é também espécie de citação ficta (premissa menor); logo, não comparecendo o acusado citado com hora certa, devem ser igualmente suspensos o processo e o curso da prescrição (conclusão).

Acontece que, como mencionado anteriormente, a lei previu a suspensão do processo e do curso prescricional somente no caso de citação por edital, omitindo-se em relação à citação por hora certa.

Daí o imbróglio jurídico, pois, segundo a doutrina, diante de uma citação com hora certa, não comparecendo o réu, poder-se-ia suspender o processo, já que isto, teoricamente, o beneficiaria, mas não seria possível

2 GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 2, p. 64, destaque meu.



suspender o curso do prazo prescricional, porquanto tal decisão implicaria situação mais gravosa ao acusado, hipótese na qual não se admite a aplicação de analogia.

Veja-se o ensinamento do Professor Nucci:

> A citação por hora certa é uma modalidade de citação ficta, tal como ocorre com o edital. Ora, se a finalidade do art. 366 é evitar a continuidade do processo, tendo em vista ter ocorrido uma forma de citação ficta (edital), dando ensejo a supor não ter o réu, verdadeiramente, conhecimento da demanda contra si ajuizada, o mesmo se deve fazer quanto à citação por hora certa. Note-se o disposto no art. 9º, II, do CPC/1973: "O juiz dará curador especial: (...) II – ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa" (vide art. 72, II, do CPC/2015). Estão equiparados, para efeito de proteção especial, os que forem citados por edital e por hora certa. No processo penal, com maior razão, não se pode dar prosseguimento à instrução, valendo-se de uma espécie de citação ficta. Entretanto, por equívoco legislativo, que deveria ter previsto expressamente essa hipótese, há uma lacuna quanto à suspensão da prescrição. Inviável é a utilização de analogia *in malam partem*, razão pela qual a citação por hora certa pode valer-se da suspensão do processo, nos mesmos moldes da citação por edital, mas não haverá suspensão da prescrição.[3]

2. Do Recurso Extraordinário nº 635.145/RS

A controvérsia avolumou-se.

Tanto que, em 2 de junho de 2010, a Defensoria Pública do Rio Grande do Sul interpôs recurso extraordinário contra decisão da Turma Recursal Criminal dos Juizados Especiais Criminais do Estado do Rio Grande do Sul que rejeitara o argumento da inconstitucionalidade da citação com hora certa no processo penal.

No apelo extremo, *grosso modo*, afirmou que a citação com hora certa no processo penal feriria os direitos ao contraditório e à ampla defesa, previstos no artigo 5º, LV, da Constituição e artigo 8º, item 2, "b", da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; que, não comparecendo o réu aos autos, não há garantia de que ele tenha tomado ciência da acusação; que hora certa é cabível exclusivamente para casos versando direitos disponíveis; que não

3 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 15. ed. São Paulo: Forense, 2016, p. 817.

houve paridade de armas, pois o Ministério Público teve todos os elementos para acusar, mas a Defensoria Pública, ante a ausência do acusado, sequer conseguiu falar com ele.

Ponderou a ocorrência de repercussão geral, pois que a solução dessa polêmica interferiria no direito à liberdade dos cidadãos. Ultrapassaria, pois, os limites subjetivos do processo, não interessando exclusivamente às partes, senão a toda a sociedade.

Reafirmou o cumprimento do requisito de prequestionamento, transcrevendo trecho de um dos votos proferidos pela Turma Recursal, no qual a matéria relativa à constitucionalidade foi especificamente decidida.

O Relator, Ministro Marco Aurélio, acolheu a tese da repercussão geral e admitiu o recurso, ao argumento de que presentes os requisitos para tanto.

Enfrentou a questão e assentou o entendimento de que a citação com hora certa no processo penal é constitucional e não viola o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Eis alguns trechos de seu voto:

> A ampla defesa, prevista no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, é a simbiose entre a defesa técnica e a autodefesa do acusado.
> [...]
> A premissa, na citação com hora certa, é a premeditada ocultação do réu, logo, efetivamente sabe da existência da demanda. Se optou por não se defender pessoalmente em Juízo, foi porque, no exercício da autodefesa, não o quis. Tampouco pode ser compelido a fazê-lo, afinal o comparecimento à instrução é direito, não dever; é faculdade, não ônus processual. Em última análise, entendimento diverso consubstanciaria obrigá-lo a produzir prova contra si.

Em suma, sustentou que o não comparecimento pessoal em juízo não significa negação à ampla defesa, senão sua confirmação, na medida em que o acusado não está obrigado a produzir prova contra si e pode, estrategicamente, optar pelo silêncio.

Afinal, em 1º de agosto de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, por unanimidade, constitucional a citação com hora certa no processo penal, prevista no referido artigo 362.

3. A prática diária na Justiça Federal – Seção Judiciária de São Paulo

Os mandados criminais iniciais na Seção Judiciária de São Paulo seguem, basicamente, um padrão. Ei-lo:

> MANDADO DE CITAÇÃO E INTIMAÇÃO
> MANDA a qualquer Oficial de Justiça Avaliador deste Juízo Federal, a quem este for apresentado, que em seu cumprimento:
> CITE e INTIME o(a) acusado(a) para apresentar resposta escrita à acusação, no prazo de 10 (dez) dias, na forma dos artigos 396 e 396-A do CPP, devendo fazê-lo mediante advogado constituído, sendo que, caso não tenha condições de constituir advogado, poderá ser-lhe nomeada a Defensoria Pública da União;
> INTIME o(a) acusado(a) de que, caso sejam arroladas testemunhas pela defesa, caberá a ela apresentá-las em audiência, independentemente de intimação, ou requerer justificadamente, na resposta à acusação, a necessidade de intimação pelo Juízo, conforme previsto na parte final do artigo 396-A do CPP;
> INTIME o(a) acusado(a) de que, em atenção ao princípio da economia processual que deve reger toda a Administração Pública, para os próximos atos processuais, será intimado(a) por meio de seu defensor (constituído ou público).
> CUMPRA-SE na forma e sob as penas da lei.

Ou seja, o expediente contém, na mesma peça, duas ordens distintas, isto é, citação e intimação do acusado.

O Supremo Tribunal Federal validou a citação com hora certa e confirmou a constitucionalidade do artigo 362 do Código de

Processo Penal, conforme exposto acima.

A Corte Máxima, porém, nada falou a respeito de intimação por hora certa.

Tampouco a Lei nº 11.719/2008, pelo menos não textualmente.

Na Seção Judiciária de São Paulo, ela resta vedada pelo Comunicado Eletrônico 29 da Central Unificada de Mandados.

> *COMUNICADO ELETRÔNICO Nº 29 – CEUNI*
> *Intimação - Audiências Criminais*
> 13/12/2012
> Senhores Oficiais de Justiça,
> tendo em vista a necessidade de sempre aprimorar os trabalhos desenvolvidos pelo conjunto de servidores da CEUNI, solicito especial atenção ao cumprimento dos mandados de intimação para audiência oriundos do Fórum Criminal.
> Esclareço que, muito embora as alterações introduzidas no art. nº 362 do Código de Processo Penal, pela Lei nº 11.719, de 20/06/2008, tenham recepcionado a possibilidade de o acusado ser *citado* por hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 do Código de Processo Civil, as intimações destes, bem como, das testemunhas e demais pessoas que devam tomar ciência do ato, deverão ser sempre pessoais, sendo, portanto, vedada a entrega de mandados a terceiras pessoas, mesmo que da família.
> Em havendo informação de que o intimando (testemunha, acusado ou outra pessoa) encontra-se em viagem, os Senhores Oficiais deverão, quando possível, reunir o maior número de informações, principalmente quanto à data estimada para seu retorno, a fim de subsidiar decisão do MM. Juiz responsável pelo feito quanto a designar nova data para audiência.
> Paula Mantovani Avelino
> Juíza Federal Substituta em auxílio na Corregedoria da CEUNI.[4]

Pergunta-se: havendo suspeita de ocultação, como se procede? Cumpre-se integralmente o mandado, parcialmente ou não se o cumpre? *Quid juris*?

É possível cindir o mandado e citar o réu apenas para dar-lhe ciência da acusação sem intimá-lo a apresentar resposta, a constituir advogado ou a informar que não tem condições de fazê-lo, a conduzir suas testemunhas *etc*?

Parece que não.

Cumpre mencionar o comando previsto no artigo 370 do Código de Processo Penal.

> Art. 370. Nas intimações dos acusados, das testemunhas e demais pessoas que devam tomar conhecimento de qualquer ato, será observado, no que for aplicável, o disposto no capítulo anterior. (nota: "o capítulo anterior" trata exatamente das citações)

Sustenta-se que, em termos de hora certa, os procedimentos relativos às citações são perfeitamente aplicáveis às intimações, pois os fundamentos inspiradores da declaração de constitucionalidade do artigo 362 valem também em relação a estas.

Se é verdade que quem se oculta premeditadamente, por premissa, sabe da existência da demanda, não menos verdadeiro é que quem se evade deliberadamente a uma intimação, tem consciência do que está fazendo.

Se é correto afirmar que o não comparecimento do réu em juízo não infirma, senão confirma o direito à ampla defesa e ao silêncio, não menos exato é asseverar que ele pode fazê-lo no início do processo (quando da citação) ou durante seu curso (por ocasião de eventuais intimações).

A única solução viável é a aplicação das

4 Justiça Federal – Seção Judiciária de São Paulo. *Comunicado Eletrônico nº 29 da CEUNI*. Disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/assets/Uploads/subsecoes/sp-CEUNI/comunicados-eletronicos/comunicado29.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2017.

regras relativas à citação também quanto às intimações, sob pena de tornar-se inexequível a hora certa quando o mandado contiver simultaneamente ordem de citação e de intimação.

De duas, uma: ou adota-se a aplicabilidade aqui preconizada ou abandona-se a ideia da citação por hora certa na Seção Judiciária de São Paulo, ante a incindibilidade do mandado. Não é possível "fatiar".[5] Não se pode cumprir só a citação e deixar de efetivar a intimação.

4. A subsidiariedade do processo civil

Não se desconhece a subsidiariedade do processo civil em relação ao processo penal, tanto que o próprio artigo 362 do Código de Processo Penal manda aplicar os artigos 227 a 229 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.

O referido artigo 227 dispunha:

> Art. 227. Quando, por três vezes, o oficial de justiça houver procurado o réu em seu domicílio ou residência, sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar a qualquer pessoa da família, ou em sua falta a qualquer vizinho, que, no dia imediato, voltará, a fim de efetuar a citação, na hora que designar.

Sucede que o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) revogou o Código de Processo Civil de 1973 e, por via de consequência, também o mencionado artigo.

Criou-se insólita situação: o Código de Processo Penal faz remissão a uma lei que não está mais em vigor.

Por sua vez, o novo codex processual civil mudou a regra e limitou o procedimento da hora certa a apenas duas diligências. Eis o dispositivo:

> Art. 252. Quando, por 2 (duas) vezes, o oficial de justiça houver procurado o citando em seu domicílio ou residência sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar qualquer pessoa da família ou, em sua falta, qualquer vizinho de que, no dia útil imediato, voltará a fim de efetuar a citação, na hora que designar.

Afinal, no processo penal atual, a hora certa deve ser precedida de duas ou três diligências?

A favor das duas diligências, militam os argumentos segundo os quais a lei processual penal tem aplicabilidade imediata e o Novo Código de Processo Civil substituiu o anterior. Eis os dispositivos pertinentes:

> Código de Processo Penal:
> Art. 2º. A lei processual penal aplicar-se-á desde logo [...].
>
> Novo Código de Processo Civil.
> Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.
> [...]
> § 4. As remissões a disposições do Código de Processo Civil revogado, existentes em outras leis, passam a referir-se às que lhes são correspondentes neste Código.

Em prol das três diligências, laboram os argumentos de que, em matéria de direitos fundamentais (como a ampla defesa e o contraditório), cabe a interpretação que lhes dê o maior alcance possível, nunca o contrário; de

5 Expressão que ficou popularmente conhecida a partir de uma manobra política atribuída ao então Presidente do Senado Federal, Sr. Renan Calheiros, no sentido de "fatiar" o julgamento de impeachment da acusada, a ex-presidenta, Dilma Rousseff, colocando em primeira votação o quesito relativo à perda do cargo e em segunda votação aquele atinente à inabilitação para o exercício de função pública, ao arrepio do quanto determinado pelo artigo 52, parágrafo único, da Constituição Federal.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA



que o artigo 362 do Código de Processo Penal manda aplicar os artigos 227 a 229 do antigo Código Processual Civil e não do novo; de que a regra insculpida no § 4º do artigo 1.046 do Novo Código de Processo Civil configura indevida interferência do processo civil no processo penal.

Sem entrar no mérito de que duas diligências apenas seriam insuficientes para caracterizar a suspeita de ocultação, não parece razoável a ideia de que, embora revogado, o artigo 227 do antigo Código de Processo Civil continue surtindo efeitos.

Noutro giro verbal, não é sensato afirmar que o artigo 252, *caput,* do Novo Código de Processo Civil, recém inaugurado no ordenamento jurídico brasileiro, já não tenha eficácia.

É conhecida a ultratividade da norma penal, isto é, ela pode e deve retroagir a fatos anteriores a sua vigência ou projetar-se ao futuro, para além de sua validade, se o resultado for benéfico ao réu.

Ele será benéfico se extinguir ou diminuir a pena.

Acontece que o número de diligências preparatórias a uma citação por hora certa não faz uma coisa nem outra. Não interfere na pena. Não a majora nem minora. Incide única e exclusivamente no feitio do processo.

Por isso, as regras do artigo 227 do antigo e 252, *caput* do Novo Código de Processo Penal são consideradas de natureza tipicamente processual, e sujeitam-se, portanto, à aplicabilidade imediata.

Não há que se cogitar, pois, de ultratividade do antigo artigo 227 e deve prevalecer a regra do atual artigo 252, *caput*, por força do critério cronológico para solução de antinomias: *lex posterior derogat legi priori.*

Relativamente à acusação de que o artigo 1.046, § 4º, do Novo Código de Processo Civil representaria descabida ingerência do processo civil no processo penal, argumenta-se que o legislador de 2008 (Lei nº 11.719) absteve-se de indicar um procedimento específico para a citação com hora certa no processo penal e mandou aplicar subsidiariamente os artigos 227 a 229 do antigo Código de Processo Civil.

Até que haja uma manifestação legislativa em contrário, é de se presumir que a *mens legislatoris* daquela época permanece a mesma diante do novo diploma processual civil.

5. Suma

A hora certa como forma de citação no processo penal suscitou discussões extremadas.

Para uns, significava avanço. A outros, retrocesso.

Aos primeiros, eficiência e segurança ao exercício da ampla defesa. Aos últimos, a própria negação à ampla defesa.

A polêmica perdura até os dias atuais.

Explica-se: há um projeto de reforma do Código de Processo Penal em trâmite no Congresso Nacional.

Trata-se do Projeto de Lei nº 156, iniciado no Senado Federal em 2009, cuja redação

final retirou do texto a citação com hora certa.

Veja-se:

> Art. 148. Verificando-se que o réu se oculta para não ser citado, a citação far-se-á por edital, com o prazo de 5 (cinco) dias.[6]

Já na Casa Revisora, o referido Projeto de Lei recebeu o número 8.045/2010 e o Deputado Federal Sr. Nelson Marchezan Júnior apresentou emenda aditiva, de número EMC 21/2016, em 19 de abril de 2016, na qual pugna pela manutenção da citação com hora certa no processo penal brasileiro, ao argumento de que: "Afigura-se de grande proveito que seja reintroduzido no Projeto de Lei em epígrafe a previsão de citação por hora certa no processo penal, em moldes similares aos concebidos na reforma de 2008".[7]

Afinal, a hora certa no processo penal brasileiro é boa ou não?

Sustenta-se aqui que a citação com hora certa é aperfeiçoamento importante em nossa legislação, pois oferece mais segurança de que o réu tenha conhecimento da acusação do que teria caso citado fosse por um edital na *internet*.

Se a ideia é prestigiar a ampla defesa e o contraditório, o caminho é esse.

Sob o ângulo da prestação jurisdicional, essa modalidade de citação também merece apoio, pois tem o condão de afastar a má-fé processual daqueles que se ocultam para não serem citados e, depois, alegam a nulidade do ato a que eles próprios deram causa ou valem-se do decurso do prazo para pleitearem a prescrição da pena.

Quanto ao referido Projeto de Lei nº 156/2009, defende-se a tese de que retirar do texto legal a previsão da citação com hora certa representaria retrocesso, pois igualaria situações essencialmente diferentes (do réu que está em lugar incerto e ignorado em confronto com aquele que tem residência ou domicílio fixos, mas ausenta-se, propositadamente, para não ser encontrado pelo Oficial de Justiça) e daria margem a impunidade.

Citação com hora certa pressupõe ocultação premeditada. Quem premedita sabe o que está fazendo e não pode alegar ignorância.

Se é verdade que ampla defesa pressupõe o direito de o acusado comparecer em juízo para defender-se pessoalmente, não menos verdadeiro é que ele pode calar-se, como forma alternativa de exercitá-la.

É a regra do artigo 5º, LXIII, da Carta Magna:

> Art. 5º. [...]
> LXIII - O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado [...].

Acertou, pois, o Supremo Tribunal Federal ao referendar a citação com hora certa.

Justificável que se faça o mesmo em relação às intimações, a uma porque não se vislumbra outra maneira de cumprir mandados que contenham, na mesma peça, ordem de citação e de intimação; a duas porque, assim agindo, reafirmam-se os fundamentos da hora certa, que são comuns às citações e às intimações; a três porque, dessa maneira, atende-se aos fins da reforma legislativa, quais sejam conciliar as regras do Código de Processo Penal de 1941 com os princípios da ampla defesa e do contraditório insculpidos na Carta Política de 1988 e a quatro porque a hermenêutica jurídica é ciência e, como tal, deve observar regras precisas, metódicas e sistemáticas.

Não é admissível que ora se distinga um acusado que está em lugar incerto e ignorado de outro que tem residência conhecida,

6 Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/wp-content/uploads/2010/09/Reda%C3%A7%C3%A3o-final-PLS-156-09PDF1.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2017.

7 Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1451456&filename=EMC+21/2016+PL804510+%3D%3E+PL+8045/2010>. Acesso em: 12 abr. 2017.

mas deliberadamente esquiva-se do oficial de justiça e ora se os equiparem, só porque aqueles são destinatários de uma citação e estes, de uma intimação.

Citação, intimação e notificação são espécies de um mesmo gênero: comunicação de atos processuais. A doutrina processual civil classifica-as de maneira não perfeitamente coincidente com a classificação da doutrina processual penal. Na prática forense, é comum constatar-se confusão entre as espécies, muitas vezes utilizadas indistintamente. Em homenagem ao rigor científico e em manifestação sincera de apreço pelo devido processo legal, é imperativo que se uniformizem os tratamentos, independentemente do tipo de comunicação processual.

Cabe ao juiz, mais do que nunca, analisar o caso concreto com cautela para confirmar se houve ou não ocultação premeditada.

Por via reflexa, compete ao oficial de justiça especificar as diligências efetivadas, as informações colhidas, as circunstâncias encontradas, como forma de evidenciar ou não a ocultação.

Em caso afirmativo, cabível será a hora certa. Do contrário, por prudência, restará aplicável o procedimento editalício e eventual suspensão do processo e do curso do prazo prescricional, até que o acusado apareça.

Qualquer decisão, num ou noutro sentido, deve ser motivada. Eis aqui outro requisito indispensável para a ampla defesa.

Referências bibliográficas

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 2.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 15. ed. São Paulo: Forense, 2016.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Aborto: uma questão jurídica e de saúde pública

Reis Friede

Desembargador Federal do TRF da 2ª Região. Diretor do Centro Cultural da Justiça Federal (CCJF). Mestre e Doutor em Direito pela UFRJ. Professor e pesquisador do Programa de Mestrado em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM). Autor de várias obras, dentre as quais se destacam: *Ciência Política e Teoria do Estado*, BIBLIEX, 2015 e *Revisão da Lei de Anistia: um contraponto*, Ciência Moderna, 2015.

RESUMO: Dados da Pesquisa Nacional de Aborto (PNA 2016) indicam que, no Brasil, 1 em cada 5,4 mulheres com até quarenta anos já fez aborto, comumente realizado nas idades que compõem o centro do período reprodutivo feminino, isto é, entre 18 e 29 anos. Os números de internação pós-aborto contabilizados pela PNA são também elevados. O presente estudo argumenta que a criminalização da prática do aborto penaliza, sobretudo, a mulher de baixa renda e de baixa escolaridade, que realiza o procedimento em condições sanitárias péssimas, colocando sua vida e sua saúde em risco, e que um Direito que se pretende democrático não pode "criminalizar" um desejo legítimo de não ter filhos indesejados. Até porque a simples proibição não possui a efetividade de evitar a prática, já que, apenas entre 2004 e 2013, cerca de 9 milhões de mulheres interromperam a gestação no Brasil, conforme dados da Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS). Por fim, aponta a adoção direta como uma alternativa à realização do aborto, já que os genitores que não desejarem ou não possuírem condições financeiras e/ou emocionais de cuidar do seu filho, poderiam optar por doá-lo a um terceiro, que passaria a exercer a guarda da criança.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos. Descriminalização do aborto. Adoção direta.

ABSTRACT: Data from the Abortion National Research (PNA 2016) indicate that, in Brazil, 1 in 5,4 women with age up to 40 have already performed an abortion, which is commonly done in the ages that compose the core of the feminine reproductive system, that means, between 18 and 29 years old. The numbers of the post-abortion hospitalization calculated by the PNA are also high. The present study argues that the criminalization of abortion penalizes, mainly,

the poor and uneducated women, which perform it in terrible sanitary conditions, putting their lives and health at risk, and that a democratic Law cannot criminalize the legitimate wish of not having undesired children, given that the simple prohibition cannot avoid this practice. Between 2004 and 2013, around 9 million women interrupted their pregnancies in Brazil, according to data from the Pan American Health Organization. Finally, it points the direct adoption as an alternative to abortion, having in mind the possibility of the genitors to transfer the guard of the child.

KEYWORDS: Human rights. Abortion decriminalization. Direct adoption.

Introdução

Tema complexo e de difícil entendimento sobre uma adequada resolução em várias sociedades modernas, o aborto se perpetua através do tempo. *Envolve aspectos éticos, médicos, jurídicos, morais e religiosos.* É prática antiga, tratada de maneira específica em cada momento histórico, por diversas culturas e crenças.

Na Antiguidade, era fundamentalmente uma questão das mulheres, tal como o eram a gravidez e o parto. Devido aos escassos conhecimentos médicos, o feto era considerado uma espécie de apêndice do corpo da mãe. Assim, no mundo greco-romano, o aborto era punível apenas nos casos em que lesasse um interesse masculino.

É o cristianismo que primeiramente equipara o aborto ao homicídio, mas serão precisos séculos para identificar o momento em que ocorre a animação do feto. Somente entre os séculos XVII e XVIII, o feto adquire uma autonomia própria, graças aos avanços científicos, e, após 1789, entra na esfera pública. Momento em que o Estado privilegia a vida do futuro cidadão, trabalhador e soldado, em relação à da mãe, punindo severamente o aborto.[1]

Após campanhas e lutas do movimento feminista pela despenalização do aborto, hoje muitos países já aboliram a prática criminalizadora, mas no Brasil centenas de mulheres morrem por interromper a gravidez de forma não segura, com procedimento realizado por profissionais não qualificados, apesar da proibição prevista pela legislação penal de 1940.

Chegamos ao século XXI, observando os avanços nos entendimentos e legislações estrangeiros sobre descriminalização do aborto, mas prevalece, infelizmente, certa inércia e até mesmo uma relativa hipocrisia sobre a descriminalização em nosso país.

Um breve histórico

Galeotti mostra que, da Antiguidade até o século XVIII, a única intervenção médica em relação ao aborto consistia em extrair o feto morto do útero materno. O pudor ante as partes íntimas coibia a atuação médica durante a gestação. Eram as mulheres que dirigiam conselhos e instruções às gestantes. As ajudavam a parir e a abortar. Cabia exclusivamente à mulher grávida anunciar seu estado. Aquela que não houvesse comunicado sua gravidez também não poderia ser acusada de haver abortado.[2]

1 GALEOTTI, Giulia *apud* JACOBSEN, Eneida. A história do aborto. *Protestantismo em Revista*, São Leopoldo/RS, v. 18, jan./abr. 2009, p. 102.

2 *Ibidem.*

Também Jacobsen afirma que na Antiguidade greco-romana, "aborto era uma questão de mulheres, o que não significa que o fruto do nascimento não fosse social, econômica e politicamente irrelevante".[3] Conforme Torres, o aborto era "moralmente aceito e juridicamente lícito", mas sua prática não poderia "contrariar a expectativa do pai, do marido ou do patrão".[4]



Na Idade Média, a Igreja relacionou o aborto com a magia e a bruxaria. Se os romanos afirmavam que o feto tinha apenas expectativa de vida, o cristianismo reconheceu a sua condição de "ser humano". Contudo, a vida do feto deveria ser preservada apenas depois que a alma se unisse ao seu corpo. E foi Santo Agostinho que afirmou que havia vida depois da concepção.

Na época da Revolução Francesa e do surgimento dos Estados nacionais, as guerras, pestes e descobertas geográficas determinaram mudanças no enfrentamento do aborto. Com a diminuição das taxas demográficas, o Estado considerado forte pela quantidade de súditos corria sérios riscos, pois quanto mais filhos para a República, mais braços para a força de trabalho, contribuintes e soldados nas forças de defesa. Desta forma em 1870, na França, onde surgiram as primeiras legislações orgânicas relacionadas ao controle do aborto, o mesmo foi considerado crime contra a pessoa.

Ainda seguindo Torres, no século XIX, "tutelar o feto era uma decisão de Estado, por razões eminentemente político-ideológicas", já que "a esperança de um futuro cidadão deveria ser preservada, pois o aborto não lesa a pessoa do nascituro, mas o direito da sociedade ao processo de formação da vida".[5]

Também após a Primeira Guerra Mundial, as nações europeias, motivadas pela ideologia nacionalista, adotaram sanções normativas severas contra o aborto. Era necessário famílias numerosas. O crescimento demográfico era condição importante para o crescimento econômico, além do comportamento imperialista para o qual este aumento é importante na ótica da expansão colonial e territorial.

Entre as décadas de 1950 e 1960, em razão do fortalecimento do feminismo e da noção de Estado laico, este quadro mudou, levando vários países a repensarem suas leis sobre o tema: a Inglaterra, em 1967, sancionou o *Abort Act;* a França, em 1975, Lei *Veil;* a Itália, em 1981, referendo sobre o aborto; e a Alemanha, em 1974, legalização do aborto nos primeiros três meses[6] de gestação.[7]

3 JACOBSEN, Eneida. A história do aborto. *Protestantismo em Revista*, São Leopoldo/RS, v. 18, jan./abr. 2009, p. 102-103.

4 TORRES, José Henrique Rodrigues. Aborto e legislação comparada. *Revista Ciência e Cultura,* São Paulo, v. 64, n. 2, abr./jun. 2012, p. 40.

5 *Ibidem*, p. 40.

6 É importante ressaltar que a "vida embrionária" não se confunde com a "vida fetal". A primeira ocorre nos três primeiros meses de gestação, ao passo que a segunda, a partir do quarto mês. A maioria dos países que admite a prática do aborto limita a mesma ao denominado aborto embrionário (celular), conservando, entretanto, a condenação do chamado aborto fetal.

7 TORRES, José Henrique Rodrigues. Aborto e legislação comparada. *Revista Ciência e Cultura,* São Paulo, v. 64, n. 2, abr./jun. 2012, p. 40-41.

Na Europa, o aborto é permitido, atualmente, além dos motivos de preservação de saúde ou vida das gestantes, também por razões socioeconômicas, com algum tempo determinado de gestação na Holanda, Finlândia, Itália, França e Luxemburgo.[8]

> No sistema interamericano, a jurisprudência afirma que o aborto não viola o direito à vida, ainda que protegido pela Convenção Americana, "em geral", desde a concepção, nos termos de seu artigo 4º, endossando, assim, a necessidade de se estabelecer um juízo de ponderação entre os direitos fundamentais da mulher e os direitos de uma vida em potencial.[9]

Todavia, como observa Estrella Gutiérrez,

> A América Latina é um reduto contra o direito das mulheres decidirem sobre sua gravidez e, apesar de a maioria de seus governantes se proclamarem progressistas, apenas em um país o aborto está despenalizado [Uruguai], enquanto em cinco é crime [Chile, Nicarágua, El Salvador, República Dominicana e Honduras] mesmo se a gestação representar risco de vida para a mãe.[10]

Nos casos de Chile e El Salvador, os médicos realizam abortos para tratamento de gravidez ectópica e ou de câncer do trato genital em mulheres grávidas, sem nenhuma repercussão legal, com base em dispositivos normativos gerais descriminalizadores.[11]

Historicamente, no Brasil, a prática do aborto só passou a ser criminalizada a partir do Código Criminal de 1830. Neste, só se punia a conduta de terceiro que realizava o aborto, e o auto-aborto não era considerado crime. Com o Código Criminal da República (1890), esta prática também passou a ser criminalizada. O atual Código Penal vigente desde 1940 manteve as disposições sobre o aborto presentes no Código Criminal anterior, com as exceções para gravidez que tivesse resultado de estupro ou que representasse risco de vida à mulher.[12]

Aborto e saúde pública

Dados da PNA 2016 indicam que, no Brasil, 1 em cada 5,4 mulheres com até quarenta anos já fez aborto, comumente realizado nas idades que compõem o centro do período reprodutivo feminino, isto é, entre 18 e 29 anos. A pesquisa aponta também que a religião não é um fator importante para a diferenciação das mulheres no que diz respeito à realização de tal prática, já que reflete a composição religiosa do país: a maioria dos abortos foi feita por católicas, seguidas de protestantes e evangélicas e, finalmente, por mulheres de outras religiões ou sem religião.[13]

Na década de 1990,

> [...] o aborto foi amplamente debatido na Conferência Internacional de População e Desenvolvimento (CIPD) em 1994, no Cairo, e na Conferência Mundial sobre a Mulher realizada em 1995, em Beijing. O aborto realizado em condições inseguras foi incluído no Plano de Ação da Conferência do Cairo (parágrafo 8.25) como questão de saúde pública, e os governos signatários, entre eles o Brasil, assumiram o compromisso de implementar serviços para reduzir a morbidade e a

8 *Ibidem*, p. 41.
9 *Ibidem*, p. 42.
10 GUTIÉRREZ, Estrella. América Latina: aborto, moeda de pacto e de poder. *IPS – Inter Press Service Agência de Notícias*, Caracas, 2010.
11 TORRES, José Henrique Rodrigues. Aborto e legislação comparada. *Revista Ciência e Cultura,* São Paulo, v. 64, n. 2, abr./jun. 2012, p. 42.
12 PEDREBON, Luize. *Aborto no Brasil*: a negligência que vitimiza. Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Trabalho de Conclusão de Curso, 2007, p. 20-27.
13 DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo: MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. *Revista Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, fev. 2017, p. 655-657.

> mortalidade por aborto em seus países. No entanto, nos dias atuais, no Brasil e na maior parte da América Latina, o aborto clandestino e inseguro é ainda um grave problema de saúde pública, e sua solução é um desafio que perpassa a exigência de medidas urgentes no processo de descriminalização.[14]

Como argumenta Santos, "as mulheres, como sujeitos de direito, com necessidades que vão além da gravidez e parto, exigem ações que lhes proporcionem melhoria das condições de saúde em todos os ciclos de vida".[15] O planejamento familiar é importante iniciativa em favor de todo cidadão, importante instrumento em favor das mulheres que passam as desventuras de uma gravidez indesejada. Assegurado pela Constituição Federal, em seu artigo 226, § 7º, e também pela Lei nº 9.263, de 1996, que ratifica, em seu artigo 4º, que "o planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade".

Assim, ações relacionadas à saúde da mulher, como o planejamento familiar, vinculadas à atenção primária, ainda consoante argumentação de Santos:

> [...] são parte das responsabilidades mínimas da gestão municipal, conforme define a Norma Operacional da Assistência à Saúde do Sistema Único de Saúde (SUS). Entretanto, alguns municípios não têm conseguido implantar e programar estratégias adequadas para o fornecimento de anticoncepcionais à população nem garantir o acompanhamento da clientela.[16]

Nesse sentido, também tem se revelado problemática a implementação de ações educativas e aconselhamento, com vistas à escolha livre e informada.

> No Brasil, a investigação das mortes decorrentes do aborto tem permitido perceber que se mantém elevado o número de mulheres que abortam em condições clandestinas e inseguras. O número absoluto de eventos efetivamente registrados é capaz de demonstrar o efeito perverso da legislação, levando em consideração a subnotificação da mortalidade e a situação não totalmente consolidada da implantação da vigilância ao óbito materno. [17]

O depoimento de "X", de 30 anos, no Jornal *O globo*: "O aborto ser ou não legal não teria mudado a minha decisão. Só teria permitido que eu não corresse risco de vida como corri",[18] bem como o de Sidnei Ferreira, presidente do Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro, CREMERJ, também ao jornal *O globo*: "tenho a comentar sobre o número de mulheres que sofrem com o aborto, elas deveriam ter o direito de realizar este procedimento",[19] mostram que o assunto precisa ser debatido para além da esfera jurídica, pois os gastos com internação (sem falar das mortes e das sequelas) indicam tratar-se de um inconteste problema de saúde pública.

Nesse sentido, os dados da PNA 2016 indicam o uso de medicamentos para a indução do último aborto em mais da metade

14 DOMINGOS, Selisvane Ribeiro da Fonseca; MERIGHI, Miriam Aparecida Barbosa. O aborto como causa de mortalidade materna: um pensar para o cuidado de enfermagem. *Escola Anna Nery Revista de Enfermagem*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, jan./mar. 2010, p. 178.

15 SANTOS, Vanessa Cruz; ANJOS, Karla Ferraz dos; SOUZAS, Raquel; EUGÊNIO, Benedito Gonçalves. Criminalização do aborto no Brasil e implicações à saúde pública. *Revista de Bioética*, Brasília, v. 21, n. 3, set./dez. 2013, p. 495.

16 *Ibidem*, p. 495.

17 *Ibidem*, p. 499.

18 CASTRO, Carolina Oliveira; TINOCO, Dandara; ARAÚJO, Vera. Tabu nas campanhas eleitorais, aborto é feito por 850 mil a cada ano. *Jornal O Globo*, Rio de Janeiro, 19 set. 2014.

19 TEIXEIRA, Fabio. Em 4 anos, Cremerj iniciou investigação de apenas 12 casos de aborto em todo o estado. *Jornal O globo*, Rio de Janeiro, 26 set. 2014.

da amostra pesquisada e que a outra metade realizou o procedimento em condições precárias de saúde. Os números de internação pós-aborto contabilizados pela PNA são elevados, ocorrendo em quase a metade dos casos. Tal fenômeno com consequências de saúde tão importantes coloca o aborto em posição de prioridade na agenda de saúde pública do país.[20]



Por ser também uma questão de saúde pública, os custos e complicações do aborto são problemas que devem ser debatidos no âmbito dos três poderes. Clinicamente, as mulheres submetidas podem contrair doenças como a AIDS, perda de órgãos internos e hemorragias que podem levar a morte. Consequentemente, a maioria dessas mulheres buscam o socorro do SUS, por conseguinte, o amparo do Estado. O resultado é que o sistema público acaba precisando disponibilizar remédios para tratamento, centros cirúrgicos (que têm alto custo) e deslocar médicos e enfermeiras. Se feitos com fiscalização, responsabilidade e em lugares equipados, esses procedimentos tornariam menores tanto as complicações, como o próprio dispêndio das correspondentes verbas públicas.

Dados tão contundentes implicam na busca de uma solução, avaliando-se a raiz do problema. Sendo o quinto maior causador de mortes de mulheres no Brasil, o aborto tem um custo financeiro alto.

> Levando em consideração que o valor médio da diária de uma internação no SUS é de R$ 413 e que as hospitalizadas passaram apenas um dia sob cuidados médicos, o governo gastou R$ 63,8 milhões por conta de abortos induzidos. Também em 2013, foram 190.282 curetagens.[21]

Questão preventiva e não punitiva

Em adição, cabe ressaltar a própria incoerência da legislação penal brasileira, que – partindo da premissa que a vida (e sua proteção) inicia-se na concepção[22] – permite a interrupção da gravidez no caso de estupro, ao incompreensível argumento que, neste caso, a gestante não poderia ser compelida a conviver, no futuro, com alguém que foi fruto de um momento de terror; ou seja, ceifa-se uma vida por um fato que, embora terrível e lamentável, nada tem a ver com a preservação de outra vida, única hipótese admitida pelo verdadeiro direito penal (*v.g.*, legítima defesa e a própria permissão do aborto no caso de risco de vida da gestante).

20 DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo: MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. *Revista Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, fev. 2017, p. 656 e 659.

21 CASTRO, Carolina Oliveira; TINOCO, Dandara; ARAÚJO, Vera. Tabu nas campanhas eleitorais, aborto é feito por 850 mil a cada ano. *Jornal O Globo*, Rio de Janeiro, 19 set. 2014.

22 O argumento basilar segundo o qual a vida inicia-se na concepção fundamenta-se, sobretudo, na crença de que a alma do indivíduo é adquirida nesse momento, sendo, portanto, irrelevante que nos primeiros dias após a concepção esta suposta vida somente tenha sentido científico no nível celular.

Ora, é preciso estabelecer a necessária conciliação do reconhecido direito da mulher em não ter filhos com o imperioso direito à preservação da vida do nascituro, o que jamais será alcançado com a simples criminalização da prática do aborto (a despeito de mais de 70 anos de vigência do art. 124 do CP), que apenas tem conduzido, todos os anos, milhares de mulheres ao recurso do abortamento clandestino e inseguro, às vezes em total desespero, e com graves riscos à sua saúde, quando não conduz à sua própria morte, devido ao enorme problema que significa uma gravidez indesejada.

Vê-se que a atual proibição penaliza, sobretudo, a mulher de baixa renda e de baixa escolaridade, que realiza o procedimento em condições sanitárias péssimas, colocando sua vida e sua saúde em risco. Também é oportuno consignar que há apenas quatro mulheres presas por terem abortado, o que por si só revela o quanto resta ineficaz a tipificação penal da prática do aborto. E, ainda, que o CREMERJ de 2010 até 2014 abriu apenas 12 sindicâncias contra médicos acusados de praticar aborto no estado, sendo que a estimativa mais recente revela "que foram realizados no estado mais de 67 mil abortos somente no ano passado".[23]

Tratar do direito ao aborto hoje, consoante o pensamento de Pimentel e Villela,

> [...] significa ter como referência a justiça social e considerar os direitos de quem aborta e de quem exerce essa intervenção – mulheres e profissionais de saúde, a partir de quatro princípios éticos: o princípio da integridade corporal, que é o direito à segurança e o controle do próprio corpo, como um dos aspectos do conceito de liberdade reprodutiva e sexual; o princípio de igualdade, que inclui a igualdade de direitos entre mulheres e homens e entre todas as mulheres; o princípio da individualidade, que diz respeito à capacidade moral e legal das pessoas, implicando no direito à autodeterminação, o respeito à autonomia na tomada de decisões sexuais e reprodutivas e o princípio da diversidade, que se refere ao respeito pelas diferenças entre as mulheres.[24]

Para as autoras, a dignidade humana e os direitos fundamentais da mulher devem ser preservados e que a vida do feto, em geral, deve ser protegida. Deve-se reconhecer que:

> [...] a educação na área da sexualidade e da reprodução é comprovadamente a única política pública que apresenta resultados satisfatórios na redução da incidência do aborto, conclui-se que qualquer legislação que vise a diminuir a realização de abortamentos, deve ser preventiva e não punitiva.[25]

Se afastada a nefasta ingerência do Estado – com seus permanentes vícios criminalizadores de condutas –, permitindo que casais interessados em ter filhos possam, por meio de instituições e/ou organizações não governamentais, "adotar" o nascituro diretamente das mulheres dispostas a abortar, financiando todos os custos envolvidos em uma gravidez, demovendo-as deste desejo que, no íntimo, não é plenamente verdadeiro, considerando que nenhuma mulher deseja realmente encerrar a vida fetal, mas, sim, legitimamente não ter filhos, poder-se-ia aproveitar bons exemplos encontrados em outros países.

Uma alternativa possível

No íntimo, todos compartilham dos mesmos valores de preservação da vida humana, seja fetal ou embrionária. A questão

23 TEIXEIRA, Fabio. Em 4 anos, Cremerj iniciou investigação de apenas 12 casos de aborto em todo o estado. *Jornal O globo*, Rio de Janeiro, 26 set. 2014.

24 PIMENTEL, Silvia; VILLELA, Wilza. Um pouco da história da luta feminista pela descriminalização do aborto no Brasil. *Revista Ciência e Cultura,* São Paulo, v. 64, n. 2, abr./jun. 2012, p. 20.

25 *Ibidem,* p. 20.

é como atingir esta aspiração de forma realmente efetiva. Um número crescente de casais busca, por anos, a realização de um simples sonho de ter filhos, igualmente frustrados pelo elevadíssimo custo dos procedimentos de inseminação artificial ou pelo complexo e ineficiente sistema de adoção brasileiro, que condena os que nele se aventuram nas intermináveis, burocráticas e pouco transparentes listas do Cadastro Nacional de Adoção a uma longa e penosa – e quase sempre frustrante – espera por uma criança disponível (destituída de poder familiar).

Para Souza, uma alternativa interessante que poderia diminuir a incidência do aborto clandestino é a adoção direta, que é:

> [...] aquela decorrente de ato no qual a(os) genitora(es), por não desejar(em) ou não possui(rem) condições financeiras e/ou emocionais de cuidar do seu filho, opta(m) por doá-lo a um terceiro (sem observar o cadastro de adotantes previsto no art. 50 do ECA), que passa a exercer a guarda de fato da criança e, posteriormente, requer a sua adoção. Em regra, esta adoção ocorre quando uma mulher que irá dar à luz revela a pessoas conhecidas que não tem condições de criar e educar o filho, e que pretende dá-lo a quem tiver mais condições.[26]

O autor ainda analisa que, em se tratando de valores em conflito:

> [...] o princípio constitucional deve prevalecer, tendo em vista que o futuro de uma criança não pode ser prejudicado em razão da forma pela qual aqueles que exercem a sua guarda de fato a obtiveram. Incumbe aos Conselhos Tutelares fiscalizarem e impedirem que menores permaneçam em situação irregular [...] Se os estudos sociais e psicológicos são favoráveis; se os guardiões de fato oferecem toda a estrutura necessária para o bom desenvolvimento psíquico-social do infante; se há vínculo afetivo entre eles que acarrete sofrimento emocional ao menor no caso de separação, justifica-se a consolidação da adoção dirigida, ignorando-se, nestes casos, excepcionalmente, o cadastro de adotantes previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente.[27]

Um bom exemplo desta prática, inteligente e de grande sensibilidade, encontra-se no Canadá, onde a lei a permite.

> Os pais biológicos conhecem e decidem sobre a escolha dos candidatos. A eles deve ser oferecido, obrigatoriamente, aconselhamento jurídico e psicológico, ao mesmo tempo em que são obrigados a apresentar histórico médico. Depois de assinado o consentimento para adoção, a família tem ainda um período para repensar, podendo mudar de ideia. Esse tempo, em geral, é de 30 dias.[28]

Conclusão

A partir do histórico de razões pelas quais se permitiu ou se proibiu o aborto, através do tempo, nas sociedades ocidentais, é correto afirmar que um direito que se pretende democrático não pode "criminalizar" um desejo legítimo de não ter filhos indesejados. Até porque a simples proibição não possui a efetividade de evitar a prática, como bem demonstram os assustadores números envolvidos: apenas entre 2004 e 2013, cerca de 9 milhões de mulheres interromperam a gestação no Brasil, conforme dados da OPAS.

26 SOUZA, Rodrigo Faria de. Adoção dirigida (vantagens e desvantagens). *Revista da EMERJ*, v. 12, n. 45, 2009, p. 184.

27 *Ibidem*, p. 194.

28 DISCUSSÃO: adoção no Canadá. *Senado Notícias*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/regras-de-adocao-ao-redor-do-mundo/adocao-no-canada.aspx>. Acesso em: 10 dez. 2014.

É fato que ninguém em sã consciência acredita que a melhor forma de evitar que nossos filhos, maiores e cursando uma universidade, gazeteiem as aulas seja através de castigos que impliquem no cerceamento de suas liberdades, posto que tal procedimento seria – a exemplo da criminalização da prática do aborto – igualmente ineficaz. O que fazemos, com grande sucesso, é orientá-los e educá-los, o que igualmente pode ser feito com grande efetividade no caso do aborto.

A criminalização do aborto representa ainda um tentáculo simbólico da ideologia patriarcal e não tem sido eficaz nem útil para a proteção da vida intrauterina. Além do elevado custo social, a penalização impede a implantação e efetivação de medidas realmente eficazes para o enfrentamento do problema e acarreta às mulheres terríveis sequelas e até morte.

Este tema tem de ser debatido de modo que o poder público ouça a sociedade civil, analise e aplique a solução após a coleta de dados e pesquisas de campo, usando de máximo bom senso e estudo técnico na confecção da solução do problema. É necessário ultrapassar a dicotomia entre a afronta ao direito à vida e o direito da mulher sobre o seu próprio corpo. Este dueto antagônico se perpetua por vários campos de estudo do comportamento humano, sejam antropológicos, sociológicos, religiosos ou jurídicos.

Imprescindível o ajuste no que tange à falta de informação e ao acesso a programas de planejamento familiar em nosso país. Mesmo com significativa melhora em nosso sistema de saúde pública, há lugares que o acesso gratuito a programas de planejamento familiar ainda encontra-se restrito. O planejamento compreende dentre outros meios, o acesso a informações e métodos contraceptivos.

Diante da gama de possibilidades, fica claro que a educação, acesso a informação e estudos sobre o tema, são as melhores ferramentas para a construção de qualquer entendimento que leve ao melhor resultado, principalmente para um assunto tão complexo e polêmico como a descriminalização do aborto.

Assim, o Brasil, como verdadeiro aspirante a Estado Democrático de Direito, à luz dos princípios emanados da Carta Magna, e que tem nesta a defesa dos direitos humanos, sexuais e reprodutivos das mulheres – princípios estes consubstanciados por importantes tratados internacionais de direitos humanos adotados por nosso país –, tem a obrigação jurídica e ética de descriminalizar o aborto, tornando-se verdadeiramente uma democracia em sua plenitude material e efetiva e deixando de ser apenas uma democracia formal.

Por fim, uma política pública que tenha como escopo a prevenção, resultando em meios eficazes para redução da incidência do aborto, poderá trazer melhores resultados do que uma legislação que vise a diminuir a realização de abortamentos punitivamente, visto que a simples proibição não conduz a diminuição desta prática, como fica sobejamente demonstrado pelos mais diversos estudos e estatísticas.

Referências

CASTRO, Carolina Oliveira; TINOCO, Dandara; ARAÚJO, Vera. Tabu nas campanhas eleitorais, aborto é feito por 850 mil a cada ano. *Jornal O Globo*, Rio de Janeiro, 19 set. 2014. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/tabu-nas-campanhas-eleitorais-aborto-feito-por-850-mil-mulheres-cada-ano-13981968>. Acesso em: 10 dez. 2014.

DISCUSSÃO: adoção no Canadá. *Senado Notícias*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/regras-de-adocao-ao-redor-do-mundo/adocao-no-canada.aspx>. Acesso em: 10 dez. 2014.

DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. *Revista Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 15 supl. 1, p. 959-966, jun. 2010. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/csc/v15s1/002.pdf>. Acesso em: 23 set 2014.

_____ ; _____; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. *Revista Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 653-660, fev. 2017. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/csc/v22n2/1413-8123-csc-22-02-0653.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2017.

DOMINGOS, Selisvane Ribeiro da Fonseca; MERIGHI, Miriam Aparecida Barbosa. O aborto como causa de mortalidade materna: um pensar para o cuidado de enfermagem. *Escola Anna Nery Revista de Enfermagem*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, p. 177-181, jan./mar. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ean/v14n1/v14n1a26.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2014.

GALEOTTI, Giulia. *História do aborto*. Coimbra: Edições 70, 2007.

GUTIÉRREZ, Estrella. América Latina: aborto, moeda de pacto e de poder. *IPS – Inter Press Service Agência de Notícias*, Caracas, 2010. Disponível em: <http://www.ipsnoticias.net/portuguese/2010/03/america-latina/america-latina-aborto-moeda-de-pacto-e-de-poder/>. Acesso em: 13 jan. 2015.

JACOBSEN, Eneida. A história do aborto. *Protestantismo em Revista*, São Leopoldo/RS, v. 18, p. 102-104, jan./abr. 2009. Disponível em: <http://periodicos.est.edu.br/index.php/nepp/article/viewFile/2039/1952>. Acesso em: 10 dez. 2014.

PEDREBON, Luize. *Aborto no Brasil*: a negligência que vitimiza. Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Trabalho de Conclusão de Curso, 2007. Disponível em: <http://cac-php.unioeste.br/cursos/toledo/servico_social/arquivos/2007_luize_predebon.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2014.

PIMENTEL, Silvia; VILLELA, Wilza. Um pouco da história da luta feminista pela descriminalização do aborto no Brasil. *Revista Ciência e Cultura,* São Paulo, v. 64, n. 2, p. 20-21, abr./jun. 2012. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/pdf/cic/v64n2/a10v64n2.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2014.

SANTOS, Vanessa Cruz; ANJOS, Karla Ferraz dos; SOUZAS, Raquel; EUGÊNIO, Benedito Gonçalves. Criminalização do aborto no Brasil e implicações à saúde pública. *Revista de Bioética*, Brasília, v. 21, n. 3, p. 494-508, set./dez. 2013. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/778/933>. Acesso em: 10 dez. 2014.

SOUZA, Rodrigo Faria de. Adoção dirigida (vantagens e desvantagens). *Revista da EMERJ*, v. 12, n. 45, p. 184-194, 2009. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45_184.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2014.

TEIXEIRA, Fabio. Em 4 anos, Cremerj iniciou investigação de apenas 12 casos de aborto em todo o estado. *Jornal O globo*, Rio de Janeiro, 26 set. 2014. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/em-quatro-anos-cremerj-iniciou-investigacao-de-apenas-12-casos-de-aborto-em-todo-estado-14040093>. Acesso em: 10 dez. 2014.

TORRES, José Henrique Rodrigues. Aborto e legislação comparada. *Revista Ciência e Cultura,* São Paulo, v. 64, n. 2, p. 40-44, abr./jun. 2012. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/pdf/cic/v64n2/a17v64n2.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2014.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

O efeito direto da disciplina da Organização Mundial do Comércio e o desafio das Cortes brasileiras



Natália de Lima Figueiredo

Advogada em Direito do Comércio Internacional. Doutoranda em Direito Econômico Internacional pela Universidade de Maastricht. Mestre em Direito Comercial e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

RESUMO: O presente trabalho trata do importante papel dos tribunais brasileiros em manter o chamado efeito direto das normas da Organização Mundial do Comércio (OMC) no sistema jurídico brasileiro, sob pena de (i) violação de garantias constitucionais e legais associadas ao direito de acesso ao Judiciário e ao dever de reparação, e, ainda, (ii) de invalidação da efetividade dos compromissos assumidos pelo Brasil na esfera internacional.

PALAVRAS-CHAVE: OMC. Efeito direto. Garantias constitucionais. Efetividade dos tratados.

ABSTRACT: This paper analyses the relevant role of the Brazilian courts in ensuring the so called direct effect to WTO norms within the Brazilian legal system, at risk of, not doing so, (i) violating constitutional and legal rights associated with the right to access to the Judiciary and the duty to pay damages; and also (ii) impairing the effectiveness of the international obligations assumed by Brazil.

KEYWORDS: WTO. Direct effect. Constitutional rights. Treaty effectiveness.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O efeito direto das normas da OMC no Brasil. 2.1. Argumentos contra o efeito direto. 2.2. Argumentos a favor do efeito direto. 3. Conclusão. Bibliografia.

1. Introdução

A disciplina da Organização Mundial do Comércio (OMC) não permite o acesso direito do indivíduo ao sistema de solução de controvérsias deste organismo. Nos termos do Entendimento sobre Solução de Controvérsias (ESC), apenas os membros da OMC podem recorrer aos meios de solução de disputas previstos nesta normativa, sejam eles os meios diplomáticos (bons ofícios, mediação, conciliação, consultas), sejam eles os meios judiciais (estabelecimento de painel e arbitragem).[1]

Desta maneira, quando um indivíduo ou mesmo uma empresa entende que a conduta de um determinado país, seja o seu próprio país ou um país estrangeiro, viola normas dos acordos celebrados no âmbito da OMC, aquele não pode recorrer diretamente a esta entidade ou a seu órgão judicial permanente, o Órgão de Apelação.

A despeito da falta de acesso direto do indivíduo à OMC, algumas alternativas podem ser buscadas para a efetivação dos direitos e obrigações estabelecidos nos acordos assinados no âmbito desta organização internacional. O presente artigo explora o caso específico de indivíduos brasileiros ou empresas estabelecidas no país e a possibilidade de se recorrer ao Judiciário brasileiro para a concretização dos direitos e deveres dispostos nos acordos da OMC.

Se a reclamação do indivíduo ou da empresa brasileira é contra a conduta de um país estrangeiro membro da OMC, podem eles recorrer ao Ministério das Relações Exteriores (MRE) a fim de convencê-lo a iniciar tratativas com o país supostamente infrator e, eventualmente, iniciar uma disputa no âmbito da OMC. Neste caso, o Brasil inicia uma disputa não em nome do indivíduo ou empresa que fez a reclamação original, mas sim em nome do próprio governo brasileiro.

O processo interno de discussão entre o indivíduo ou empresa e o MRE é bastante complexo e politizado. Naturalmente, o interesse envolvido deve atingir uma coletividade e a suposta violação do país estrangeiro deve afetar significativamente o Brasil tanto do ponto de vista econômico quanto social. Ainda que esses fatores estejam presentes, nada garante que o Brasil inicie um processo de solução de controvérsia contra o país estrangeiro. Por questões diplomáticas, o Brasil pode decidir "deixar as coisas como estão" até porque iniciar uma disputa contra um determinado país pode significar ser demandado em outra disputa em temas sensíveis para o Brasil no âmbito da OMC.

Neste caso, é evidente que a falta de acesso direto do indivíduo ao mecanismo de solução de controvérsias cria uma lacuna no sistema jurídico, na medida em que o indivíduo ou empresa depende do aval e do suporte do país de que é nacional ou onde está estabelecido para que possa buscar uma solução para supostas violações às regras multilaterais de comércio no âmbito da OMC. Em um sistema ainda fortemente marcado pela presença dos Estados[2] e por uma tensão política intrínseca a questões comerciais, é compreensível que se deseje limitar as demandas internacionais àquelas que sejam endossadas pelo governo dos Estados-Membros.

Recorrer aos tribunais nacionais do país que infringe a disciplina da OMC tampouco é uma alternativa factível, já que há barreiras práticas e jurídicas para se iniciar um processo em um Tribunal estrangeiro com base em violação à normativa da OMC. Há, por exemplo, problemas relativos ao próprio desconhecimento do sistema jurídico do país estrangeiro, aos custos do processo, a questões jurídicas que impedem que se inicie demandas judiciais com base em regras da

1 BOSSCHE, P. V. d. & ZDOUC, W. *The law and policy of the World Trade Organization* - text, cases and materials. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

2 A OMC é comumente referida como "a Member-driven organization".

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA



OMC,[3] e, ainda, problemas com a efetividade da solução judicial.

Dessa maneira, o indivíduo ou empresa que deseje buscar proteção contra a violação das regras da OMC por parte de um país estrangeiro tem, atualmente, como única opção recorrer a seu próprio país na expectativa de que este tome medidas que busquem solucionar o problema jurídico aventado.

Contudo, se o indivíduo ou empresa tem uma reclamação contra o seu próprio país, este pode deparar-se com uma situação extremamente delicada. Seus direitos podem ser tolhidos a depender da posição que o país adote quanto à possibilidade de se recorrer diretamente ao Judiciário com base em violação às regras da OMC. Vale ressaltar que não há um mecanismo de denúncias, no âmbito da OMC, por meio do qual nacionais possam apresentar uma reclamação contra seu próprio país. Nesse sentido, não há nada que um nacional ou uma empresa estabelecida no país possa fazer (ao menos diretamente) no âmbito internacional caso o Brasil viole regras da OMC.

Neste contexto, resta ao nacional recorrer ao Poder Judiciário de seu próprio país. Ocorre, contudo, que nem todos os países reconhecem o chamado "efeito direto" das regras da OMC sobre o ordenamento jurídico nacional.[4] Com isso, indivíduos são impedidos de ajuizar ações em seus países com base em violações à disciplina da OMC.

A título ilustrativo, os Estados Unidos têm dispositivo legal específico proibindo a aplicação direta e a invocação direta dos acordos da OMC no âmbito dos tribunais norte-americanos. Nesse sentido, o *Uruguay Round Agreements Act 1994* estabelece que:

> Sec. 102. RELATIONSHIP OF THE AGREEMENTS TO UNITED STATES LAW AND STATE LAW
> (...) no provision of any of the Uruguay Round Agreements, nor the application of any such provision to any person or circumstance, that is inconsistent with any law of the United States shall have effect.[5]

Dispõe, ainda, que:

> EFFECT OF AGREEMENT WITH RESPECT TO PRIVATE REMEDIES
> (...) no person other than the United States - (A) shall have any cause of action or defense under any of the Uruguay Round Agreements or by virtue of congressional approval of such an agreement, or (B) may challenge, in any action brought under any provision of law, any action or inaction by any department, agency, or other instrumentality of the United States, any State, or any political subdivision of a State on the ground that such action or inaction is inconsistent with such agreement.[6]

3 Há diversos países que não aceitam demandas baseadas em violações aos acordos firmados no âmbito da OMC.

4 ERRICO, J. WTO in the EU: unwinding the knot. *Cornell Int'l LJ* 44, 2011; FABRI, H. R. Is there a case – legally and politically – for direct effect of WTO obligations? *European Journal of International Law* 25, n. 1, p. 151-73, 2014.

5 "Sec. 102. RELAÇÃO DOS TRATADOS COM A LEI DOS ESTADOS UNIDOS E LEI ESTADUAL (...) Nenhum dispositivo de qualquer dos Acordos da Rodada do Uruguai, nem a aplicação de tal dispositivo a qualquer pessoa ou circunstância, que seja incompatível com qualquer lei dos Estados Unidos, terá efeito." (tradução livre)

6 "EFEITOS DO ACORDO EM RELAÇÃO A SOLUÇÕES PRIVADAS
(...) ninguém a não ser os Estados Unidos - (A) poderá

A União Europeia, por sua, vez, a despeito de não possuir um dispositivo legal específico proibindo o chamado "efeito direto" dos acordos da OMC, tem firme jurisprudência nesse sentido.[7] As decisões da Corte Europeia que rejeitam o efeito direto das regras da OMC, no entanto, têm muito mais uma motivação política do que legal.[8] Outros países como Japão, Canadá e China também negam efeito direto aos acordos da OMC, apesar de estes não disporem nada a respeito deste tema, nem explicitamente reconhecendo-o, nem explicitamente rejeitando-o.[9]

No caso brasileiro, há quem argumente que o efeito direto não deve ser reconhecido no ordenamento jurídico pátrio.[10] Algumas correntes do Poder Executivo tentam emplacar essa concepção de forma a evitar que temas sensíveis ao Brasil no âmbito da OMC sejam questionados internamente. Algumas decisões do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF2) começam a encampar essa ideia, sobretudo em temas ligadas ao Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (Acordo TRIPS),[11] mas também em relação ao Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT).[12] No Superior Tribunal de Justiça (STJ), alguns pronunciamentos foram feitos no sentido de que o Acordo TRIPS "não é um tratado que foi editado de forma a propiciar sua literal aplicação nas relações jurídicas de direito privado ocorrentes em cada um dos Estados que a ele aderem"[13] a partir de voto da Ministra Nancy Andrighi.

No entanto, como será demonstrado abaixo, esse entendimento fere garantias constitucionais relativas ao direito de acesso ao Judiciário e ainda o dever legal de reparação em caso de ato ilícito. Considerando que o Brasil adotou o sistema dualista ao regulamentar a relação entre o Direito Interno e o Direito Internacional e que o Acordo da OMC foi devidamente incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, indivíduos e empresas têm direito de recorrer ao Poder Judiciário com base em violações às normas da OMC por parte do governo brasileiro. Com efeito, as decisões do STJ e do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o GATT pressupõem a aplicabilidade direta deste acordo, conforme

ajuizar ação ou defesa com fundamento nos Acordos da Rodada do Uruguai ou em virtude da aprovação do Congresso de tal acordo, ou (B) poderá contestar, em qualquer ação movida por qualquer dispositivo de lei, qualquer ação ou inércia de qualquer departamento, agência ou outra instituição dos Estados Unidos, qualquer Estado ou qualquer subdivisão política de um Estado com o fundamento de que tal ação ou inércia seja inconsistente com tal acordo." (tradução livre)

7 Veja, por exemplo, Case 21/72, *International Fruit Company NV and others v. Produktschap voor Groenten en Fruit* [1972] ECR 1219; Case C-280/93, *Germany v. Council (the Bananas case)* [1994] ECR 1-4973; Case C-149/96, *Portuguese Republic v. Council of the European Union* [1999] ECR I-8395. *Ibidem*.

8 *Ibidem*.

9 *Ibidem*.

10 ZANDAVALI, M. F. O juiz brasileiro e as normas da OMC. *Revista CEJ,* 2013.

11 Em diversos acórdãos envolvendo a temática do Acordo TRIPS, o Desembargador Federal André Fontes afirmou que este tratado "constitui uma normativa internacional que tem como destinatário o Estado-Membro, motivo pelo qual não pode ser suscitado pela parte como fundamento de sua pretensão." Nesse sentido, *vide*, a título ilustrativo: TRF2, Segunda Turma Especializada, AC 2014.51.01.001851-4, Relator Desembargador Federal André Fontes, j. 17/07/2015, DJU 24/07/2015; TRF2, Segunda Turma Especializada, EI 2013.51.01.132356-9, Relator Desembargador Federal André Fontes, j. 17/07/2015, DJU 24/07/2015; TRF2, Segunda Turma Especializada, EI 2013.51.01.132260-7, Relator Desembargador Federal André Fontes, j. 01/07/2015, DJU 14/07/2015; TRF2, Segunda Turma Especializada, AC 1999.51.01.022322-2, Relator Desembargador Federal André Fontes, j. 16/12/2008, DJU 19/05/2009; TRF2, Segunda Turma Especializada, AC 2007.51.01.800135-3, Relator Desembargador Federal André Fontes, j. 24/06/2008, DJU 12/09/2008; TRF2, Segunda Turma Especializada, AC 2001.51.01.532043-3, Relator Desembargador Federal André Fontes, j. 27/11/2007, DJU 25/04/2008; TRF2, Segunda Turma Especializada, REO 2004.51.01.003757-6, Relator Desembargador Federal André Fontes, j. 25/04/2006, DJU 13/11/2007; TRF2, Segunda Turma Especializada, AC 2001.51.01.531050-6, Relator Desembargador Federal André Fontes, j. 25/08/2007, DJU 21/09/2007.

12 "(...) mesmo que se vislumbre, dada a conflituosidade de normas do acordo GATT, hodiernamente traduzido na OMC, eventual, caráter contratual, este só atinge as partes contratantes, entendidas as partes signatárias, quando por ato próprio realizam tais operações e não terceiros com as empresas." (TRF2, Sexta Turma, AMS 1999.02.01.046760-1, Relator Poul Erik Dyrlund, j. 03/04/2002)

13 STJ, Terceira Turma, REsp 960.728/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 17/03/2009, DJe 15/4/2009.

será detalhado abaixo.

Nesse contexto, resta evidente a importante função dos juízes brasileiros em assegurar o efeito direto de todos os acordos da OMC, garantindo direitos constitucionais e legais e, ainda, contribuindo para a efetividade das obrigações assumidas pelo Brasil internacionalmente. O presente artigo busca impedir que visões errôneas sobre a aplicabilidade de tratados, em especial, os acordos da OMC, na ordem jurídica interna coloquem em risco a efetividade das garantias e deveres estipulados em acordos internacionais ratificados e incorporados pelo Brasil.

2. O efeito direto das normas da OMC no Brasil

2.1. Argumentos contra o efeito direto

Zandavali argumenta que os juízes brasileiros devem rejeitar ações que tenham por base violações da OMC. Em sua concepção, a intervenção judicial implica ofensas às prerrogativas do Poder Executivo dispostas no ESC da OMC. Segundo este autor, o fato do ESC estabelecer um mecanismo de solução de controvérsias no âmbito da OMC "impede que eventuais incompatibilidades entre norma doméstica e norma dos acordos da OMC sejam objeto de julgamento, pelas Cortes locais".[14] Ademais, para ele, as normas dos acordos da OMC não atribuem direitos aos particulares, mas apenas aos governos dos membros da OMC. Por fim, segundo o autor, o fato de uma série de países membros da OMC não admitir o efeito direto dos acordos da OMC significa que os tribunais brasileiros também não devem aceitá-lo com base no princípio da reciprocidade.

Em diversas decisões do TRF2 acerca da aplicabilidade do Acordo TRIPS à ordem jurídica brasileira, foi sustentado que ele estabelece preceitos a serem aplicados pelos Estados-Membros, não implicando obrigações ou direitos para os cidadãos. De acordo com as decisões, o Acordo TRIPS reflete uma normativa que determina que os Estados-Membros garantam padrões mínimos de proteção em sua legislação, não resultando dele qualquer direito subjetivo à parte privada, apenas a determinação a Estados-Membros que adotem as medidas necessárias à implantação das regras do acordo. Dentro dessa perspectiva, o Acordo TRIPS não seria autoexecutivo, razão pela qual os indivíduos não poderiam invocá-lo como fundamento de um direito subjetivo. Para corroborar esse entendimento, cita-se o artigo 1.1 do Acordo TRIPS:

> Artigo 1
> Natureza e abrangência das obrigações
> 1. Os Membros colocarão em vigor o disposto neste Acordo. Os Membros poderão, mas não estarão obrigados a prover, em sua legislação, proteção mais ampla que a exigida neste Acordo, desde que tal proteção não contrarie as disposições deste Acordo. *Os Membros determinarão livremente a forma apropriada de implementar as disposições deste Acordo no âmbito de seus respectivos sistema e prática jurídicos.* (destaque nosso)

Ademais, as decisões alegam que o Acordo TRIPS não criou um quadro normativo que se projeta sobre os particulares, originando uma distinção entre o que denomina "tratados que se referem a leis uniformes" e outros tipos de tratado, segundo a qual somente o primeiro tipo teria aplicação direta no ordenamento jurídico. Além disso, expande-se o argumento para outros acordos da OMC, sob a alegação de que nem o GATT nem a OMC foram interpretados pelas instituições do GATT-OMC como detentores de normas legais que produzem efeito direto.[15]

14 ZANDAVALI, M. F. O juiz brasileiro e as normas da OMC. *Revista CEJ,* 2013, p. 48.

15 Para um sumário dos argumentos apresentados, *vide*: TRF2, Segunda Turma Especializada, AC 2005.51.01.500358-5, Relator Desembargador Federal André Fontes, j. 26/09/2006, DJU 30/05/2007.

No STJ, a tese de que o Acordo TRIPS não gera direitos e obrigações na esfera privada teve início com a Ministra Nancy Andrighi em voto no REsp nº 960.728/RJ em 2009.[16] Ao examinar a natureza do acordo, a Ministra concluiu que, até então, o STJ vinha:

> (...) decidindo sobre prazos de prorrogação de patentes tomando como base, de forma implícita, a tese segundo a qual o TRIPS, depois de recepcionado na ordem interna brasileira, teria inteiras condições de incidir sobre relações jurídicas particulares nas quais um dos pólos é ocupado pelos detentores de privilégio de invenção.

A Ministra Nancy Andrighi não concorda com a premissa de que, uma vez recepcionado pelo direito interno, o Acordo TRIPS passa a produzir efeitos sobre as relações jurídicas privadas. Para tanto, baseia-se em quatro argumentos principais.

Primeiro, seguindo a distinção entre tratados que são lei uniforme e outros tipos de tratados,[17] a Ministra conclui que o TRIPS não é uma lei uniforme. Dessa maneira, não estabelece "arcabouços normativos completos sobre determinada matéria" e, assim, não propicia "sua literal aplicação nas relações jurídicas de direito privado" e "não substitui de forma plena a atividade legislativa" dos países membros, não sendo autoexecutivo.

Segundo, com base em uma classificação distinta entre tratados-lei e tratados-contrato, a Ministra, citando Bassos,[18] alega que o Acordo TRIPS é um tratado-contrato, cujo objeto é, em tese, regulamentar determinada questão, sendo o interesse de uma parte dependente do que a outra tem a oferecer. Diferentemente dos tratados-lei, que "estabelecem regras de direitos objetivamente válidas", os tratados-contrato, na visão da autora, geraria obrigação de conduta apenas na ordem externa e não na ordem interna.

Terceiro, em linha com a ideia de que o Acordo TRIPS é um acordo que estabelece garantias mínimas, sustentada também nas decisões do TRF2, a Ministra defende que aquele visa a "fornecer balizas para a adequação legislativa interna de cada país",[19] sendo exigido apenas dos próprios Estados-Partes e não por terceiros como fundamento de direitos subjetivos.

Quarto e, por último, citando Barbosa, a Ministra Nancy Andrighi, sustenta que a aplicação direta às partes privadas foi explicitamente submetida e rejeitada na negociação do Acordo TRIPS e que a Corte Europeia tem rejeitado sua adoção, pois esta "frustraria um dos direitos mais importantes garantidos aos Estados-Membros pelo sistema da OMC, o de negociar e prover compensações no caso de um descumprimento das normas".[20]

Importante ressaltar, todavia, que, a despeito de posicionamento da Ministra Nancy Andrighi e do fato de outros julgados posteriores do STJ terem replicado seu entendimento,[21] este está longe de ser pacífico. Com efeito, outros ministros discordaram da opinião de que o Acordo TRIPS não cria pretensões subjetivas para particulares.[22]

16 STJ, Terceira Turma, REsp 960.728/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 17/03/2009, DJe 15/04/2009.

17 Nem as decisões do TRF2 nem a decisão prolatada pela Min. Andrighi deixam clara qual seria a classificação dos tratados que não refletem lei uniforme.

18 BASSOS, M. A data de aplicação do TRIPS no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 30, ano 8, jan./mar. 2000.

19 BARBOSA, D. B. *Propriedade intelectual*: a aplicação do Acordo TRIPS. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

20 *Ibidem*.

21 A título ilustrativo: STJ, Segunda Seção, REsp 642.213/RJ, Relator Ministro João Otávio de Noronha, j. 28/04/2010, DJe 02/08/2010.

22 No próprio julgamento do REsp 960.728/RJ, o Ministro Ari Pargendler, em voto-vista, discordou dos fundamentos da Ministra Nancy Andrighi, reiterando que "salvo melhor juízo, (...) o Acordo TRIPS obriga os particulares." Ademais, o Ministro Luis Felipe Salomão, no REsp nº 1.096.434, ressaltou que "não tendo havido qualquer ressalva na internalização do acordo – ato complexo que inclui a aprovação congressual e a promulgação executiva –, (...) aplica-se o TRIPS em sua totalidade (...)" (STJ, Quarta Turma, REsp 1.096.434/RJ, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, j. 9/11/2010, DJe 17/11/2010). Outros acórdãos que tratam do Acordo TRIPS, mais especificamente na

Note-se, ainda, que o STJ reconhece a aplicabilidade direta de outros acordos da OMC incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro como é o caso do GATT.[23]

Diante desse contexto, pode-se sumarizar em oito os argumentos contra o efeito direto das normas da OMC no ordenamento jurídico brasileiro:

(i) A existência de um mecanismo de solução de controvérsias na OMC impede que violações a normas multilaterais de comércio sejam julgadas em tribunais locais.

(ii) Os acordos da OMC são direcionados aos Estados-Membros e não a seus particulares.

(iii) Eles não são leis uniformes e não se aplicam à esfera jurídica privada;

(iv) Os acordos da OMC são tratados-contrato, em oposição a tratados-lei, e podem ser exigidos apenas das partes deste tratado.

(v) Seus acordos estabelecem garantias mínimas e não são autoexecutáveis.

(vi) O efeito direto foi rejeitado na negociação dos acordos.

(vii) Diversos países membros da OMC não admitem o efeito direto dos acordos da OMC de modo que os tribunais brasileiros também não devem aceitá-lo com base no princípio da reciprocidade.

(viii) A Corte Europeia tem rejeitado sua adoção, pois ele frustraria direitos importantes garantidos aos Estados-Membros como o de negociar e prover compensações no caso de violação das normas.

Como se analisará mais adiante, contudo, esses argumentos não se sustentam.

2.2. Argumentos a favor do efeito direto

Em primeiro lugar, o fato de o ESC da OMC prever um mecanismo de solução de controvérsias em que apenas os Estados-Membros são parte não significa que este mecanismo, por meio de seus órgãos, em particular, o Órgão de Apelação, tenha competência exclusiva e seja o único foro a analisar questões envolvendo os acordos da OMC. Admitir que a OMC é o único organismo a dirimir questões envolvendo violações às normas multilaterais de comércio é atentar contra a soberania estatal. A soberania estatal confunde-se com o direito à liberdade do Estado, que inclui, dentre outros, o direito à jurisdição, ou seja, o direito de estabelecer sua organização judiciária e submeter à ação dos seus próprios tribunais questões relativas a pessoas e coisas no seu território.[24]

controvérsia acerca sua data de vigência, focam na análise de suas cláusulas, sem corroborar o entendimento de que o acordo não é aplicável a particulares.

23 "A cláusula de 'Obrigação de Tratamento Nacional' é norma auto-aplicável pois tem como condicionante apenas o 'Teste de duas Fases', ou seja: 1º) A verificação da similaridade entre os produtos doméstico e importado e, 2º) A verificação da ocorrência da tributação superior do produto importado em relação ao doméstico. Nesse sentido, a aplicação da cláusula no âmbito do GATT 1994 já foi reconhecida por diversas vezes pela jurisprudência do STF e deste STJ gerando os seguintes precedentes: Súmula n. 575/STF; Súmula n. 20/STJ; Súmula n. 71/STJ; e recurso representativo da controvérsia REsp n. 871.760/BA, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 11.03.2009. No âmbito do MERCOSUL já houve aplicação da cláusula nos seguintes precedentes do STJ: REsp n. 480.563-RS, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 6.09.2005; REsp n. 1.002.069/CE, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 22.04.2008." (STJ, Segunda Turma, REsp 1.205.393/RJ, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, j. 09/04/2013, DJe 16/04/2013)

24 ACCIOLY, H.; SILVA, G. E. D. N. & CASELLA, P. B. *Manual de direito internacional público*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Dessa maneira, deve-se entender o sistema de solução de controvérsias da OMC como um mecanismo internacional por intermédio do qual os Estados podem dirimir conflitos que tenham por base os acordos da OMC. Isso não exclui – tendo em vista o princípio da soberania estatal - o direito dos indivíduos de recorrerem ao Poder Judiciário nacional para, por exemplo, buscarem reparação contra o governo brasileiro por violações à normativa da OMC que tenham lhes causado prejuízo.

Ao entrar para a OMC e se subjugar ao mecanismo de solução de controvérsias, o Brasil ou qualquer outro Membro da OMC não abriu mão de sua jurisdição. Em nenhum dispositivo do ESC ou de outro acordo da OMC, os Estados-Membros renunciam ao seu direito de jurisdição em matérias envolvendo os acordos multilaterais de comércio ou cedem essa competência exclusivamente ao Órgão de Solução de Controvérsias (OSC).

Em segundo lugar, não merece prosperar o argumento de que as normas dos acordos da OMC não atribuem direitos aos particulares, mas apenas aos Estados-Partes. Em primeiro lugar, é necessário ressaltar que referências aos Estados-Membros são naturais sendo um tratado internacional celebrado evidentemente entre Estados.

O atual estado do Direito Internacional Público ainda não permite a celebração de acordos internacionais entre indivíduos, mas apenas entre Estados e/ou Organizações Internacionais. Dessa maneira, é natural que a linguagem do tratado seja direcionada majoritariamente às partes do acordo, como é o caso da importante cláusula de tratamento nacional do GATT, que assim dispõe:

> Artigo III.1. As Partes Contratantes reconhecem que os impostos e outros tributos internos, assim como leis, regulamentos e exigências relacionadas com a venda, oferta para venda, compra, transporte, distribuição ou utilização de produtos no mercado interno e as regulamentações sobre medidas quantitativas internas que exijam a mistura, a transformação ou utilização de produtos, em quantidade e proporções especificadas, não devem ser aplicados a produtos importados ou nacionais, de modo a proteger a produção nacional.

Ora, obrigações assumidas pelos Estados no âmbito internacional geram consequências no âmbito interno dos países. Elas criam direitos para os respectivos nacionais na medida em que, sendo o tratado incorporado ao ordenamento jurídico nacional (no caso de um sistema dualista), as obrigações dele decorrentes limitam a atuação do Estado e trazem ainda deveres que ele deve observar em sua conduta interna e externa. Com isso, surge o direito do indivíduo de obrigá-lo a agir em conformidade com esta norma, a qual o próprio Estado se submeteu por força de um tratado internacional.

O Brasil adota um sistema próprio de incorporação de tratados internacionais. Normas esparsas da Constituição Federal (art. 49, I, c.c. art. 84, VII e VIII) permitem concluir que o Brasil adota o modelo tradicional de incorporação de tratados, por meio do qual sua introdução ao sistema jurídico brasileiro fica subordinada a:

> (a) aprovação, pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, de tais convenções; (b) ratificação desses atos internacionais, pelo Chefe de Estado, mediante depósito do respectivo instrumento; (c) promulgação de tais acordos ou tratados, pelo Presidente da República, mediante decreto, em ordem a viabilizar a produção dos seguintes efeitos básicos, essenciais à sua vigência doméstica: (1) publicação oficial do texto do tratado e (2) executoriedade do ato de direito internacional público, que passa, então – e somente então – a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno.[25]

25 STF, Tribunal Pleno, CR 8279 AgR, Relator Ministro Celso de Mello, j. 17/06/1998, DJ 10/08/2000. Ainda, segun-

Uma vez incorporado ao ordenamento jurídico, o tratado reveste-se de caráter vinculante e força obrigatória, conferindo direitos e obrigações que podem ser invocadas pelo Estado e por particulares como fundamento de suas pretensões junto aos órgãos jurisdicionais.

Nesse sentido, diversos dispositivos constitucionais confirmam o efeito direto dos tratados na ordem jurídica brasileira. O artigo 5º, § 2º, refere-se aos tratados como fontes de direitos e garantias individuais; o artigo 109, III, reserva à Justiça Federal o julgamento das causas fundadas em tratados; o artigo 105, III, "a", prevê recurso especial contra os acórdãos dos tribunais de apelação que contrariem lei federal ou tratado; e o artigo 102, III, "b", prevê recurso extraordinário contra as decisões finais que declarem a inconstitucionalidade de lei federal ou tratado.[26] Não por outra razão, o STF confere aos tratados a natureza de lei ordinária (com exceção dos tratados de direitos humanos que tem caráter supralegal ou constitucional, a depender do procedimento de incorporação).[27]

O STF também já confirmou que, uma vez que haja incorporação do tratado ao ordenamento jurídico, a norma internacional passa a repercutir, em matéria de direitos e obrigações, na esfera jurídica dos particulares. O que este Tribunal não admite é o efeito direto entendido especificamente como a aptidão de a norma internacional ter efeitos, desde logo, isto é, antes do processo de incorporação, na esfera jurídica dos particulares.[28]

do este Tribunal, "[É] na Constituição da República – e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas – que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe – enquanto Chefe de Estado que é – da competência para promulgá-los mediante decreto. O *iter* procedimental de incorporação dos tratados internacionais – superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado – conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno." (Tribunal Pleno, ADI 1480 MC, Relator Ministro Celso de Mello, j. 04/09/1997, DJ 18/05/2001)

26 SANTIAGO, I. M. Regras tributárias do GATT e da OMC têm aplicação direta no Brasil. *Consultor Jurídico*, 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-15/regras-tributarias-gatt-omc-aplicacao-direta-brasil>. Acesso em: 02 dez. 2016.

27 *Vide* ADI 1480 citada na nota 23.

28 "MERCOSUL - CARTA ROGATÓRIA PASSIVA - DENEGAÇÃO DE *EXEQUATUR* - PROTOCOLO DE MEDIDAS CAUTELARES (OURO PRETO/MG) - INAPLICABILIDADE, POR RAZÕES DE ORDEM CIRCUNSTANCIAL - ATO INTERNACIONAL CUJO CICLO DE INCORPORAÇÃO, AO DIREITO INTERNO DO BRASIL, AINDA NÃO SE ACHAVA CONCLUÍDO À DATA DA DECISÃO DENEGATÓRIA DO *EXEQUATUR*, PROFERIDA PELO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RELAÇÕES ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL, O DIREITO COMUNITÁRIO E O DIREITO NACIONAL DO BRASIL - PRINCÍPIOS DO EFEITO DIRETO E DA APLICABILIDADE IMEDIATA - AUSÊNCIA DE SUA PREVISÃO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO - INEXISTÊNCIA DE CLÁUSULA GERAL DE RECEPÇÃO PLENA E AUTOMÁTICA DE ATOS INTERNACIONAIS, MESMO DAQUELES FUNDADOS EM TRATADOS DE INTEGRAÇÃO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. A RECEPÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM GERAL E DOS ACORDOS CELEBRADOS NO ÂMBITO DO MERCOSUL ESTÁ SUJEITA À DISCIPLINA FIXADA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - A recepção de acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL está sujeita à mesma disciplina constitucional que rege o processo de incorporação, à ordem positiva interna brasileira, dos tratados ou convenções internacionais em geral. É, pois, na Constituição da República, e não em instrumentos normativos de caráter internacional, que reside a definição do *iter* procedimental pertinente à transposição, para o plano do direito positivo interno do Brasil, dos tratados, convenções ou acordos – inclusive daqueles celebrados no contexto regional do MERCOSUL – concluídos pelo Estado brasileiro. Precedente: ADI 1.480-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO. - Embora desejável a adoção de mecanismos constitucionais diferenciados, cuja instituição privilegie o processo de recepção dos atos, acordos, protocolos ou tratados celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL, esse é um tema que depende, essencialmente, quanto à sua solução, de reforma do texto da Constituição brasileira, reclamando, em consequência, modificações de *jure constituendo*. Enquanto não sobrevier essa necessária reforma constitucional, a questão da vigência doméstica dos acordos celebrados sob a égide do MERCOSUL continuará sujeita

Com relação à disciplina específica da OMC, os tribunais superiores também reconhecem a aplicabilidade direta de suas regras no ordenamento jurídico brasileiro, com exceção de algumas decisões do STJ sobre o Acordo TRIPS, descritas acima. Vale notar que há quatro súmulas do STF[29] e três súmulas do STJ[30] sobre questões atinentes ao GATT. Embora as decisões dos tribunais superiores sobre esse acordo não tenham discutido preliminarmente a questão da aplicabilidade direta das normas da OMC, uma vez incorporadas ao ordenamento jurídico, todo o tratamento de questões jurídicas atinentes ao GATT parte do pressuposto de que este tem força vinculante no sistema jurídico brasileiro, podendo ser invocado diretamente por particulares.

Em terceiro lugar, a alegação relacionada especialmente ao Acordo TRIPS, mas que poderia ser eventualmente estendida a outros acordos da OMC, de que não reflete "lei uniforme" e, portanto, não rege as relações jurídicas privadas, não merece prosperar. Não há qualquer embasamento constitucional ou legal na classificação de tratados como leis uniformes. O Acordo TRIPS ou qualquer

ao mesmo tratamento normativo que a Constituição brasileira dispensa aos tratados internacionais em geral. PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DE CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM GERAL E DE TRATADOS DE INTEGRAÇÃO (MERCOSUL). - A recepção dos tratados internacionais em geral e dos acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL depende, para efeito de sua ulterior execução no plano interno, de uma sucessão causal e ordenada de atos revestidos de caráter político-jurídico, assim definidos: (a) aprovação, pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, de tais convenções; (b) ratificação desses atos internacionais, pelo Chefe de Estado, mediante depósito do respectivo instrumento; (c) promulgação de tais acordos ou tratados, pelo Presidente da República, mediante decreto, em ordem a viabilizar a produção dos seguintes efeitos básicos, essenciais à sua vigência doméstica: (1) publicação oficial do texto do tratado e (2) executoriedade do ato de direito internacional público, que passa, então – e somente então – a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes. O SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO NÃO CONSAGRA O PRINCÍPIO DO EFEITO DIRETO E NEM O POSTULADO DA APLICABILIDADE IMEDIATA DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. - A Constituição brasileira não consagrou, em tema de convenções internacionais ou de tratados de integração, nem o princípio do efeito direto, nem o postulado da aplicabilidade imediata. Isso significa, de *jure constituto*, que, enquanto não se concluir o ciclo de sua transposição, para o direito interno, os tratados internacionais e os acordos de integração, além de não poderem ser invocados, desde logo, pelos particulares, no que se refere aos direitos e obrigações neles fundados (princípio do efeito direto), também não poderão ser aplicados, imediatamente, no âmbito doméstico do Estado brasileiro (postulado da aplicabilidade imediata). - O princípio do efeito direto (aptidão de a norma internacional repercutir, desde logo, em matéria de direitos e obrigações, na esfera jurídica dos particulares) e o postulado da aplicabilidade imediata (que diz respeito à vigência automática da norma internacional na ordem jurídica interna) traduzem diretrizes que não se acham consagradas e nem positivadas no texto da Constituição da República, motivo pelo qual tais princípios não podem ser invocados para legitimar a incidência, no plano do ordenamento doméstico brasileiro, de qualquer convenção internacional, ainda que se cuide de tratado de integração, enquanto não se concluírem os diversos ciclos que compõem o seu processo de incorporação ao sistema de direito interno do Brasil. Magistério da doutrina. - Sob a égide do modelo constitucional brasileiro, mesmo cuidando-se de tratados de integração, ainda subsistem os clássicos mecanismos institucionais de recepção das convenções internacionais em geral, não bastando, para afastá-los, a existência da norma inscrita no art. 4º, parágrafo único, da Constituição da República, que possui conteúdo meramente programático e cujo sentido não torna dispensável a atuação dos instrumentos constitucionais de transposição, para a ordem jurídica doméstica, dos acordos, protocolos e convenções celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL." (STF, Tribunal Pleno, CR 8279 AgR, Relator Ministro Celso de Mello, j. 17/06/1998, DJ 10/08/2000)

29 Súmula nº 88 – "É válida a majoração da tarifa alfandegária, resultante da Lei nº 3.244, de 14/8/1957, que modificou o Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT), aprovado pela Lei nº 313, de 30/7/1948".
Súmula nº 130 – "A taxa de despacho aduaneiro (art. 66 da Lei nº 3.244, de 14/8/1957) continua a ser exigível após o Decreto Legislativo 14, de 25/8/1960, que aprovou alterações introduzidas no Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT)".
Súmula nº 131 – "A taxa de despacho aduaneiro (art. 66 da Lei nº 3.244, de 14/8/1957) continua a ser exigível após o Decreto Legislativo 14, de 25/8/1960, mesmo para as mercadorias incluídas na vigente lista III do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT)".
Súmula nº 575 – "À mercadoria importada de país signatário do GATT, ou membro da ALALC, estende-se a isenção do imposto de circulação de mercadorias concedida a similar nacional".

30 Súmula nº 20 – "A mercadoria importada de país signatário do GATT é isenta do ICM, quando contemplado com esse favor o similar nacional".
Súmula nº 71 – "O bacalhau importado de país signatário do GATT é isento do ICM".
Súmula nº 124 – "A taxa de melhoramento dos portos tem base de cálculo diversa do imposto de importação, sendo legítima a sua cobrança sobre a importação de mercadorias de países signatários do GATT, da ALALC ou ALADI".

outro acordo da OMC tem total condições de produzir efeitos na esfera jurídica privada e de ser objeto de pretensões legais por parte de particulares. A construção de que apenas tratados que reflitam leis uniformes – seja qual for a definição precisa deste tipo – está calcada em bases frágeis e sem apoio da doutrina especializada.

Em quarto lugar, é possível dizer que, da mesma forma, não se sustenta a distinção entre tratados-lei e tratados-contrato para fins de se determinar a aplicabilidade do tratado na ordem jurídica interna. Todos os tratados são aplicáveis e tem força de lei, independentemente de sua classificação.

A tradicional distinção entre "traité-contrat" e "traité-loi"[31] tem relevância para fins do método interpretativo a ser aplicado em sua análise. A título ilustrativo, em *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa),*[32] o Juiz De Castro, em opinião separada, deixou claro que tratados que estabelecem organizações internacionais deveriam ser interpretados como leis e não como contratos. A lógica contratual se aplicaria melhor a contratos bilaterais.

> 3. Multilateral treaties, conventions establishing an international organization and above all the Charter, are subject to particular rules of interpretation. The Charter would appear not to fall within the framework of the Convention on the Law of Treaties. To interpret it, one should not apply by analogy the rules of municipal law on contracts, but rather rules for the interpretation of laws and statutes (Restatement, loc. cit., para. 146, p. 1965; Dahm, loc. cit., Vol. III, p. 55).
> It should not be forgotten that the General Assembly and Security Council have the responsibility of promoting the purposes laid down in the Charter. They cannot remain bound by the possible intentions of the draftsmen, not only because it is difficult to know what those intentions were (while the intentions of those who speak are known, the intentions of those who give their vote in silence are not), but also because interpretation necessarily undergoes a process of development, and, as in municipal law, must adapt itself to the circumstance of the time and to the requirements, so far as they are foreseeable, of the future. The text breaks away from its authors and lives a life of its own (dissenting opinions of Judge Alvarez, I.C.J. Reports 1950, p. 18, and I.C.J. Reports 1951, p. 53; Dahm, loc. cit., Vol. III, p. 55).[33-34]

A discussão sobre a interpretação de

31 Para uma discussão sobre a distinção entre tratado-lei e tratado-contrato e suas implicações do ponto de vista interpretativo, *vide* MCNAIR, A. D. The functions and differing legal character of treaties. *Brit. YB Int'l L., 11*, 100, 1930; WRIGHT, Q. The interpretation of multilateral treaties. *The American Journal of International Law, 23*(1) , p. 94-107, 1929; KIRBY, M. *Towards a grand theory of interpretation*: the case of statutes and contracts. Paper presented at the Clarity and Statute Law Society Joint Conference, Cambridge University, 2003.

32 Corte Internacional de Justiça (ICJ), Advisory Opinion of 21 June 1971.

33 "3. Tratados multilaterais, convenções estabelecendo uma organização internacional e, acima de tudo, a Carta, são sujeitas a regras de interpretação específicas. A Carta parece não se enquadrar na Convenção sobre o Direito dos Tratados. Para interpretá-la, não se deve aplicar, por analogia, as regras da lei municipal sobre os contratos, mas sim as regras para interpretação das leis e dos estatutos (Restatement, loc. cit., para. 146, p. 1965; Dahm, loc. cit., Vol. III, p. 55).
Não se deve esquecer que a Assembleia Geral e o Conselho de Segurança têm a responsabilidade de promover os fins estabelecidos na Carta. Eles não podem permanecer vinculados pelas possíveis intenções do redator, não só porque é difícil saber quais são essas intenções (enquanto as intenções daqueles que falam são conhecidas, as intenções daqueles que dão seu voto em silêncio não são), mas também porque a interpretação necessariamente passa por um processo de desenvolvimento e, como no direito municipal, deve adaptar-se às circunstâncias do tempo e às demandas, na medida do possível, do futuro. O texto rompe com seus autores e ganha vida própria. (Voto divergente do Juiz Alvarez, I.C.J. Reports 1950, p. 18, e I.C.J. Reports 1951, p. 53; Dahm, loc. cit., Vol. III, p. 55)." (tradução livre)

34 A mesma ideia foi defendida pelo Juiz Lauterpacht em *South-West Africa-Voting Procedure* (1955) e pelo Juiz De Visscher em *International Status of South West Africa* (1950).

tratados-lei e tratados-contrato não tem qualquer relação com o seu efeito na ordem jurídica interna. Este último é regulado pelas leis nacionais de incorporação de tratados. O Brasil não fez qualquer distinção no que tange à incorporação de tratados-contrato, de um lado, e tratados-lei, de outro. Dessa maneira, não se sustenta a alegação de que o efeito jurídico interno de um tratado-lei é diferente de um tratado-contrato.

No mais, também é bastante questionável a identificação do Acordo da OMC como um tratado-contrato. Na realidade, ele tem natureza híbrida, com elementos tanto de um tratado-lei quanto de um tratado-contrato.[35]

Em quinto lugar, o fato de alguns acordos da OMC terem como característica a estipulação de garantias mínimas como é o caso do Acordo TRIPS, relegando aos governos nacionais a melhor forma de implementá-las não significa que esses acordos não criem direitos e deveres que podem ser utilizados por particulares como base de uma pretensão subjetiva.

Nesse sentido, é bastante frágil o argumento de que o Acordo TRIPS não é autoexecutivo. De fato, ele contém alguns dispositivos com eficácia contida, o que, em hipótese alguma, impede que seja invocado por particulares. Muitas de suas normas, todavia, têm eficácia plena, como é o caso da cláusula de tratamento nacional e as cláusulas de duração da proteção de direitos do autor, direitos marcários, direitos patentários, etc. Não pode o Judiciário brasileiro, sob o argumento de que o Acordo TRIPS é um acordo de garantias mínimas, deixar de aplicar a proteção mínima que o Brasil assumiu fornecer quando da assinatura, ratificação e incorporação do tratado a sua ordem jurídica interna. O mesmo racional se aplica a outros acordos firmados no âmbito da OMC.

Em sexto lugar, o fato de o efeito direto ter sido rejeitado durante as negociações do Acordo da OMC[36] não altera em nada o tratamento dado ao Brasil, por força da Constituição Federal, à disciplina dos tratados incorporados e seus efeitos sobre ordem jurídica interna. O fato de os membros da OMC não terem chegado a um consenso sobre o efeito direto não implica qualquer proibição deste nas ordens jurídicas nacionais dos Estados-Membros. A ausência de dispositivo disciplinando o efeito direto no âmbito da OMC apenas evidencia que o Acordo da OMC deixou a cargo dos governos nacionais a regulamentação deste.[37] Com efeito, o Painel[38] em *United States – Sections 301-310 of the Trade Act of 1974*, afirmou que:

> The fact that WTO institutions have not to date construed any obligations as producing direct effect does not necessarily preclude that in the legal system of any given Member, following internal constitutional principles, some obligations will be found to give rights to individuals. Our statement of fact does not prejudge any decisions by national courts on this issue.[39]

35 Nesse sentido, *vide* LANGILLE, J. Neither constitution nor contract: understanding the WTO by examining the legal limits on contracting out through regional trade agreements. *NYuL REv*, 86, 1482, 2011; e QURESHI, A. H. *Interpreting WTO agreements*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

36 Proposta feita pela Suíça durante as negociações da Rodada do Uruguai defendia expressamente a aplicação do efeito direto pelos membros da OMC. No entanto, ela foi rejeitada. Cf. FABRI, H. R. Is there a case – legally and politically – for direct effect of WTO obligations? *European Journal of International Law* 25, n. 1, p. 151-73, 2014, p. 154.

37 *Ibidem*, p. 154.

38 Um painel, também denominado grupo especial, pode ser estabelecido a pedido de qualquer membro da OMC para dirimir controvérsias comerciais entre partes desta organização, as quais demandem a interpretação dos acordos da OMC. O painel será composto por 3 integrantes selecionados dentre pessoas qualificadas, funcionários governamentais ou não, incluindo aquelas que tenham integrado um grupo especial ou a ele apresentado uma argumentação, que tenham atuado como representantes de um membro ou de uma parte contratante do GATT 1947 ou como representante no Conselho ou Comitê de qualquer acordo abrangido ou do respectivo acordo precedente, ou que tenha atuado no Secretariado, exercido atividade docente ou publicado trabalhos sobre direito ou política comercial internacional, ou que tenha sido alto funcionário na área de política comercial de um dos membros.

39 "O fato de as instituições da OMC até agora não terem estabelecido nenhuma obrigação como produzindo efeito direto não impede necessariamente que, no sistema jurídico

De fato, o tratamento do efeito direto é regulamentado de acordo com as regras – constitucionais ou legais – de cada ordenamento jurídico. No Brasil, como já ressaltado, regras esparsas da Constituição disciplinam a forma como um tratado é incorporado ao ordenamento jurídico, passando, então, a criar direitos e deveres na ordem jurídica brasileira. Não há qualquer exceção para os acordos da OMC ou qualquer outro tipo de tratado.



Em sétimo lugar, não há que se alegar o princípio da reciprocidade para justificar eventual recusa do Poder Judiciário de garantir aos particulares os direitos e obrigações derivados da normativa da OMC, sob o argumento de que outros membros da OMC não asseguram o efeito direto aos acordos multilaterais de comércio. Deveras, o princípio da reciprocidade não pode derrogar toda a disciplina constitucional que garante o efeito direto a tratados uma vez que estes sejam devidamente incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, a falta de reciprocidade tampouco isenta os Estados de cumprirem as obrigações assumidas por força de tratado internacional. Conforme estabelece o artigo 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, o tratado em vigor tem força vinculante e deve ser aplicado de boa-fé. Trata-se, em outras palavras, do princípio da *pacta sunt servanda*, que deve orientar a aplicação e a interpretação dos tratados internacionais. Não há qualquer norma internacional estatutária ou não estatutária estabelecendo que a falta de reciprocidade entre estados é motivo para violação do mais basilar dos princípios do Direito dos Tratados, isto é, o *pacta sunt servanda*.

Por fim, o fato de a Corte Europeia de Justiça ter rejeitado a adoção do efeito direto, sob o argumento de que ele frustraria direitos importantes garantidos aos Estados-Membros – como o de negociar e prover compensações no caso de violação das normas –, também não pode ser utilizado pelo Brasil para negar o efeito direto neste país. As regras constitucionais brasileiras relativas à incorporação de tratados e seus efeitos na ordem jurídica interna diferem das regras da União Europeia que, aliás, se refere a uma entidade supraestatal e não a uma entidade estatal puramente.

No *leading case Portugal v. Council*,[40] no qual a Corte Europeia debateu o efeito direto de normas da OMC, ela argumentou, como forma de negar a aplicação do instituto na então Comunidade Europeia, que a OMC tem forte viés negocial, tendo-se originado do desejo das partes de realizar "acordos recíprocos e mutuamente vantajosos". Ademais, afirmou que o ESC da OMC concede às partes a prerrogativa de "um período de tempo razoável" para cumprir com as recomendações e decisões do OSC e para conformar suas

de um dado Membro, de acordo com os princípios constitucionais internos, algumas obrigações confiram direitos a particulares. Nossa declaração não prejulga as decisões dos tribunais nacionais sobre esta questão." Relatório do Painel, *United States – Sections 301-310 of the Trade Act of 1974*, DS152/R, j. 22/12/1999, nota de rodapé nº 661. (tradução livre)

40 Case C-149/96, *Portuguese Republic v. Council of the European Union* [1999] ECR 1-8395.

medidas com os acordos da OMC.[41] Ademais, também garante às partes a possibilidade de compensação e a suspensão das concessões ou outras obrigações como medidas provisórias disponíveis caso as recomendações e as decisões não sejam implementadas dentro de um período de tempo razoável.[42] Dessa maneira, entende a Corte Europeia que a aplicação do efeito direto impediria que os órgãos legislativos e executivos da então Comunidade Europeia pudessem usar esses mecanismos como margem de manobra, os quais ficariam disponíveis para outros membros da OMC e não para a Comunidade Europeia.

Importante ressaltar que a origem negocial da OMC e o fato de o sistema de solução de controvérsias ter como um de seus objetivos a manutenção de um contrapeso apropriado entre direitos e obrigações dos Membros[43] não são, por si só, questões impeditivas do efeito direto.

O sistema de solução de controvérsias da OMC como um mecanismo internacional de soluções de controvérsias estabeleceu uma disciplina especial de responsabilidade internacional, tendo em vista a ausência de um ente soberano com poder coercitivo. O período de tempo razoável para conformação das medidas, a compensação e a possibilidade de suspensão de concessões são todos mecanismos que visam, em última instância, a contribuir para que o país reclamado exclua do seu ordenamento medidas incompatíveis com os acordos da OMC ou as adapte para que fiquem conforme.

De fato, o ESC da OMC dá certa margem para que os governos posterguem a conformação da medida; substituam esta solução por compensação ou mesmo arquem com as consequências de uma suspensão de concessões ou obrigações pela parte reclamante. De todo modo, tudo isso reflete mecanismos dentro de um sistema internacional de solução de controvérsias que visa forçar o ente estatal a cumprir com suas obrigações internacionais. Embora haja certa flexibilidade para conformar suas medidas com a disciplina da OMC, não podem os Estados, por manobras políticas, deixar de cumprir com os acordos.[44]

Dentro de uma controvérsia no âmbito da OMC, será o Executivo brasileiro quem decidirá sobre questões de tempo razoável, compensação ou suspensão de concessões ou obrigações. O juiz brasileiro não usurpa os poderes daquele, pois tem competência apenas sobre causas internas.

Naturalmente, quando causas internas versem sobre matérias no contexto de disputas do Brasil perante o OSC da OMC, complicações poderão surgir. Imagine-se, por exemplo, a situação na qual o OSC decida pela inexistência de violação às regras da OMC e o juiz brasileiro entenda pela existência de violação. Ou, ainda, o governo brasileiro decide, diante de uma violação de normas da OMC, por manter sua medida e compensar o país reclamante, mas o Judiciário brasileiro ordena ao Brasil a alteração da medida.

Todas essas complicações são decorrentes da problemática inerente à relação entre tribunais internacionais e nacionais. Não são, porém, argumentos para negar efeito direto às normas da OMC no Brasil, tendo em vista regras constitucionais claras a esse respeito, uma vez que o tratado tenha sido incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro. A situação complexa potencialmente

41 Conforme artigo 21.3 do ESC.
42 Conforme artigo 22.1 do ESC.
43 Conforme artigo 3.3 do ESC.

44 Stoll sustenta que "o argumento de que o sistema de comércio internacional permite e exige o poder discricionário dos governos para resolver uma disputa por meios diplomáticos dificilmente é convincente. Enquanto – certamente – o sistema de comércio internacional permite que procedimentos e mecanismos específicos se desviem dos compromissos assumidos ou renegociem compromissos em vários casos específicos, o entendimento sobre solução de controvérsias deixa claro que não há de forma alguma flexibilidade na forma como os membros da OMC podem escapar de seus compromissos por algum 'acordo político'." (STOLL, P.T. Constitutional perspectives on international economic law. *Reflections on the Constitutionalisation of International Economic Law*, Brill, 2013, p. 210, tradução livre)

gerada pela coexistência de decisões do OSC e decisões nacionais não é motivo para negar aos particulares direitos oriundos de tratados incorporados. Uma agenda futura de pesquisa poderia estudar as relações entre as decisões do OSC da OMC e as decisões dos tribunais brasileiros bem como propostas de solução de eventuais incompatibilidades.

Diante de tudo o que se expôs, impedir que particulares fundamentem suas pretensões em normas dos acordos da OMC é negar-lhes o direito de acesso ao Judiciário e infringir o princípio constitucional da proteção judiciária, também conhecido por princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no artigo 5º, XXXV, LIV e LV da Constituição Federal. Por meio deste princípio, o Poder Judiciário tem o monopólio da jurisdição, sendo garantido ao indivíduo o "direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que se tenha como lesado ou simplesmente ameaçado um direito individual ou não".[45]

Ademais, o artigo 186 do Código Civil estabelece cláusula geral de responsabilidade civil fundada no ato ilícito ao dispor que: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".[46] No mesmo sentido, tem-se o artigo 927 do mesmo diploma legal: "[A]quele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo". Portanto, caso haja violação pelo governo brasileiro às normas da OMC, pode o particular buscar reparação.

3. Conclusão

Em resumo, restou claro que, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, é perfeitamente possível que um indivíduo ou mesmo uma empresa recorra ao Poder Judiciário face a uma violação, por parte do Estado brasileiro, das normas multilaterais do comércio.

Ao assinar os acordos da OMC, o Brasil não abriu mão de sua jurisdição. Nenhum dispositivo dos acordos da OMC confere competência exclusiva ao OSC para dirimir questões envolvendo a matéria relativa ao Direito do Comércio Internacional, à exclusão das Cortes nacionais. Não há qualquer dispositivo nos acordos que proíba o efeito direto. Este é disciplinado pelas normas constitucionais de cada Estado-Membro da OMC.

O efeito direto dos acordos da OMC no sistema jurídico pátrio decorre do fato de a Constituição garantir que os tratados repercutam, em matéria de direitos e obrigações, na esfera jurídica dos particulares, uma vez que aqueles tenham sido devidamente incorporados na ordem jurídica interna. Diversos dispositivos constitucionais refletem o efeito direto assegurado aos tratados incorporados (art. 5º, § 2º; art. 109, III; art. 105, III, "a"; art. 102, III, "b"). Ademais, o direito constitucional de acesso ao Judiciário, baseado no princípio da proteção judiciária, e, ainda, a cláusula geral de responsabilidade civil por ato ilícito garantem o direito de particulares de recorrerem ao Judiciário contra violações à normativa da OMC, buscando também a reparação do dano, quando aplicável.

O STF já confirmou que, uma vez que haja incorporação do tratado ao ordenamento jurídico, a norma internacional passa a repercutir, em matéria de direitos e obrigações, na esfera jurídica dos particulares. Com relação à disciplina específica da OMC, os tribunais superiores também reconhecem a aplicabilidade direta de suas regras no ordenamento jurídico brasileiro, com exceção de algumas decisões do STJ sobre o Acordo TRIPS cujos

45 SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 434.

46 TEPEDINO, G. *et al. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

fundamentos foram contestados neste artigo.

Além disso, conforme se verificou, qualquer tentativa de negar efeito a tratados com base em classificações (*e.g.* lei uniforme, tratado-lei, tratado-contrato, tratado de garantias mínimas) não merece prosperar. Não há qualquer embasamento constitucional ou legal para atribuir efeitos diretos a depender de sua classificação. A divisão de tratados em tratados-lei e tratados-contrato tem a finalidade de evidenciar os diferentes métodos interpretativos que cada tipo de tratado demanda. Não tem qualquer relação com seus efeitos no ordenamento jurídico. Ademais, o fato de um acordo fornecer garantias mínimas não significa que ele não é autoexecutável.

Ainda, como se verificou, o princípio da reciprocidade não pode ser alegado para justificar eventual recusa do Poder Judiciário de garantir aos particulares os direitos e obrigações derivados da normativa da OMC, sob o argumento de que outros membros da OMC não asseguram o efeito direto aos acordos multilaterais de comércio. Por força do princípio do *pacta sunt servanda*, os Estados devem salvaguardar o cumprimento de suas obrigações internacionais.

No mais, decisões da Corte Europeia negando o efeito direto não podem ser usadas como fundamentos das decisões das Cortes brasileiras. Cada ordenamento tem suas regras próprias acerca dos efeitos jurídicos dos tratados na ordem interna.

O fato de situações complexas surgirem da coexistência de decisões do OSC da OMC e dos tribunais nacionais não pode ser uma barreira à garantia do acesso ao Judiciário pelos particulares, com base em direitos e obrigações estipuladas em tratados devidamente incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro.

Finalmente, resta mencionar que a garantia do efeito direto no ordenamento jurídico brasileiro é fundamental para que se dê efetividade aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil e, ainda, à proteção dos indivíduos frente a essas normas internacionais. Independentemente da conduta de outros países, isto é, independentemente de adotarem ou não o efeito direto em seus ordenamentos jurídicos, é responsabilidade do Estado brasileiro garantir a execução de suas obrigações na esfera internacional e asseverar que seus indivíduos possam receber a proteção delas decorrente.

Além disso, trata-se de medida de *accountability* assegurar que os indivíduos possam demandar do seu Estado os compromissos a que ele se obrigou internacionalmente.

Por todas essas razões, é inconteste o papel do Poder Judiciário na manutenção do efeito direto a todos os tratados incorporados, em especial, aos acordos da OMC. É temerário que argumentos contrários à aplicabilidade direta das normas da OMC sejam aceitos, colocando em risco garantias constitucionais e legais e também a efetividade das obrigações assumidas pelo Brasil na esfera internacional.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Bibliografia

ACCIOLY, H.; SILVA, G. E. D. N. & CASELLA, P. B. *Manual de direito internacional público*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARBOSA, D. B. *Propriedade intelectual*: a aplicação do Acordo TRIPS. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BASSOS, M. A data de aplicação do TRIPS no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 30, ano 8, jan./mar. 2000.

BOSSCHE, P. V. d. & ZDOUC, W. *The law and policy of the World Trade Organization* - text, cases and materials. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

ERRICO, J. WTO in the EU: unwinding the knot. *Cornell Int'l LJ* 44, 2011.

FABRI, H. R. Is there a case – legally and politically – for direct effect of WTO obligations? *European Journal of International Law* 25, n. 1, p. 151-73, 2014.

KIRBY, M. *Towards a grand theory of interpretation*: the case of statutes and contracts. Paper presented at the Clarity and Statute Law Society Joint Conference, Cambridge University, 2003.

LANGILLE, J. Neither constitution nor contract: understanding the WTO by examining the legal limits on contracting out through regional trade agreements. *NYuL REv*, 86, 1482, 2011.

MCNAIR, A. D. The functions and differing legal character of treaties. *Brit. YB Int'l L., 11*, 100, 1930.

QURESHI, A. H. *Interpreting WTO agreements*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

SANTIAGO, I. M. Regras tributárias do GATT e da OMC têm aplicação direta no Brasil. *Consultor Jurídico*, 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-15/regras-tributarias-gatt-omc-aplicacao-direta-brasil>. Acesso em: 02 dez. 2016.

SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

STOLL, P.T. Constitutional perspectives on international economic law. *Reflections on the Constitutionalisation of International Economic Law*, Brill, p. 201-213, 2013.

TEPEDINO, G. *et al*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

WRIGHT, Q. The interpretation of multilateral treaties. *The American Journal of International Law, 23*(1) , p. 94-107, 1929.

ZANDAVALI, M. F. O juiz brasileiro e as normas da OMC. *Revista CEJ,* 2013.



Jurisprudência

Uniformização de jurisprudência



TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA
0012712-41.2016.4.03.0000
(2016.03.00.012712-1)

Suscitante: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO - DÉCIMA TURMA
Suscitado: DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY - PRIMEIRA TURMA
Parte Autora: JOSÉ CARLOS DO NASCIMENTO
Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA
Classe do Processo: CC 20798
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/05/2017

EMENTA

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

e a natureza da questão controvertida é eminente previdenciária, pois está relacionada ao caráter alimentar do benefício previdenciário, que, para a fixação da competência em razão da matéria, antecede todas às outras questões, inclusive o tipo de ação.
7. A matéria de restituição de valores recebidos por erro da Administração ou judicialmente, seja por força de sentença transitada em julgado ou antecipação de tutela deferida, é corriqueiramente objeto de processos e de decisões afetos às todas as Turmas que compõem a 3ª Seção, razão pela qual se impõe a uniformização de jurisprudência nesta Corte, a fim de evitar soluções díspares entre as Seções.
8. A 3ª Seção também julga as ações em que se discute no mesmo processo o pedido de benefício previdenciário e a devolução dos valores recebidos indevidamente pela parte autora. Se o E. Órgão Especial desta Corte resolver pela competência da 1ª Seção para as execuções fiscais e consequentemente das ações de conhecimento (anulatória, por exemplo), ainda assim, haveria o risco de decisões conflitantes com aquelas ações em que se discutem também o benefício em si, que logicamente são da 3ª Seção.
9. Tendo em vista que a competência das Seções é fixada em função da matéria e da natureza da relação jurídica litigiosa (Art. 10, do Regimento Interno deste Tribunal), e não pelo tipo de ação, bem como para se evitar decisões conflitantes entre Seções, deve ser reconhecida a competência da 3ª Seção para o julgamento do recurso.
10. Conflito conhecido para declarar competente o MM. Juiz Federal Convocado suscitante, integrante da Terceira Seção.
11. Aprovada a proposta de edição de súmula nesta matéria, com fundamento no Art. 107 *caput*, § 1º do RI do TRF3, diante da natureza da causa e com o escopo de evitar decisões conflitantes entre as Seções.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 10 de maio de 2017.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

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

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

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

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

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

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

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

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

> PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO INDEVIDO. REVISÃO ADMINISTRATIVA DAS DATAS DE INÍCIO DA DOENÇA E DE INÍCIO DA INCAPACIDADE, DAÍ DECORRENDO, POR FORÇA DO DISPOSTO NO ARTIGO 59, PARÁGRAFO ÚNICO, PRIMEIRA PARTE, DA LEI Nº 8.213/1991, A CONCLUSÃO DE QUE SERIA INDEVIDA A CONCESSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA. DEMANDA DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. COMPETÊNCIA DAS TURMAS QUE INTEGRAM A 3ª SEÇÃO DESTE TRIBUNAL.
> 1. Na demanda subjacente, o INSS busca a restituição de valores que teriam sido indevidamente pagos a título de auxílio-doença, alegando que, revistas administrativamente as datas de início da doença e da incapacidade, constatou que o reingresso no Regime Geral da Previdência Social deu-se quando a segurada já portava a doença.
> 2. Fundada a demanda, primordialmente, no poder-dever de revisão administrativa de benefícios - previsto no artigo 71 da Lei nº 8.212/1991 - e na impossibilidade de conceder-se auxílio-doença a segurado que reingressa no Regime Geral da Previdência Social quando já portava a enfermidade - nos termos do artigo 59, parágrafo único, primeira parte, da Lei nº 8.213/1991 -, é de rigor concluir-se pela natureza previdenciária da demanda e, por conseguinte, pela competência das Turmas da 3ª Seção deste Tribunal Regional Federal.
> 3. Conflito negativo julgado improcedente.
> (TRF3, CC 0012713-26.2016.4.03.0000/SP, Relator Desembargador Federal Nelton dos Santos, Órgão Especial, j. 14.9.2016)

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

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

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

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.
> 1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.
> 2. Embora o Agravo Regimental tenha sido julgado quando o feito deveria ser sobrestado (até julgamento do recurso repetitivo), não há motivo para anular a decisão quando não for demonstrado prejuízo para a parte.
> 3. Hipótese em que o acórdão seguiu a decisão que, ao final, foi posteriormente adotada no julgamento do REsp 1.350.804/PR, no rito do art. 543-C do CPC, segundo a qual se confirmou definitivamente a jurisprudência pacífica do STJ de que a Execução Fiscal não é meio adequado para cobrança de benefício previdenciário pago indevidamente, pois o valor respectivo não se enquadra no conceito de dívida ativa não tributária.
> 4. Embargos de Declaração rejeitados.
> (STJ, EDcl no AgRg no AREsp 291.352/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 06/08/2015)

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

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

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

> Art. 55. Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir.
> § 1º. Os processos de ações conexas serão reunidos para decisão conjunta, salvo se um deles já houver sido sentenciado.
> § 2º. Aplica-se o disposto no *caput*:
> I - à execução de título extrajudicial e à ação de conhecimento relativa ao mesmo ato jurídico;
> II - às execuções fundadas no mesmo título executivo.
> § 3º. Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles.

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

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

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

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

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

> PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO LEGAL. DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS DE BOA-FÉ POR FORÇA DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. NATUREZA ALIMENTAR. IRREPETIBILIDADE. CONTRADIÇÃO. OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES.
> - Embargos de declaração, opostos pelo INSS, em face do v. Acórdão que negou provimento ao seu agravo legal, mantendo a decisão monocrática.
> - Não se constata a presença de contradições, obscuridades ou omissões a serem supridas, uma vez que o v. acórdão embargado motivadamente, de forma clara e precisa, concluiu ser indevida a devolução de valores recebidos força de decisão judicial antecipatória dos efeitos da tutela, em razão da boa-fé do segurado e da natureza alimentar dos benefícios previdenciários.
> - Não há que se falar em ofensa aos artigos 876, 884 e 885 do Código Civil de 1973, e nem tampouco aos artigos 115, II, da Lei nº 8.213/91 e 154, II, do Decreto nº 3.048/99, uma vez que apenas foi dado ao texto desses dispositivos interpretação diversa da pretendida pelo INSS, privilegiando o princípio da irrepetibilidade dos alimentos recebidos de boa-fé.
> - O art. 475-O, II, do CPC de 1973 (art. 520 do novo Código de Processo Civil), que possibilita, nos mesmos autos, a liquidação de eventuais prejuízos decorrentes de execução, tornados sem efeito em face de acórdão que modifique ou anule a sentença objeto de execução, tem aplicação mitigada nos feitos previdenciários, cujos valores destinam-se à própria sobrevivência do segurado, circunstância que o reveste de nítido caráter alimentar, impedindo sua repetição.
> - Agasalhado o v. acórdão recorrido em fundamento consistente, não se encontra o magistrado obrigado a exaustivamente responder a todas as alegações das partes, nem tampouco ater-se aos fundamentos por elas indicados ou, ainda, a explanar acerca de todos os textos normativos propostos, não havendo, portanto, qualquer violação ao artigo 535, do CPC de 1973 (art. 1022 do atual diploma processual).
> - O Recurso de Embargos de Declaração não é meio hábil ao reexame da causa.
> - A explanação de matérias com finalidade única de estabelecer prequestionamento a justificar cabimento de eventual recurso não elide a inadmissibilidade dos embargos declaratórios quando ausentes os requisitos do artigo 535, do CPC de 1973 (art. 1022 do atual diploma processual).
> - Embargos de declaração rejeitados.
> (TRF3, AMS 0003412-87.2013.4.03.6102, Relator Desembargador Federal Fausto de Sanctis, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 03/05/2016)

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

NATUREZA ALIMENTAR DO BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE DOS ALIMENTOS. CONTRADIÇÃO. OMISSÃO. OBSCURIDADE. INOCORRÊNCIA. EFEITO INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO.
- Conquanto sejam os embargos declaratórios meio específico para escoimar o acórdão dos vícios que possam ser danosos ao cumprimento do julgado, não se constata a presença de contradições, obscuridades ou omissões a serem supridas, uma vez que o r. decisum embargado, de forma clara e precisa, concluiu ser indevida a devolução de valores recebidos por erro de cálculo cometido pela própria administração pública, em razão da boa-fé do segurado e da natureza alimentar dos benefícios previdenciários.
- Constou expressamente do decisum que, não há que se falar em ofensa aos artigos 115, II, da Lei nº 8.213/91 e 154, II, do Decreto nº 3.048/99, uma vez que apenas deu-se ao texto desses dispositivos interpretação diversa da pretendida pelo INSS, privilegiando o princípio da irrepetibilidade dos alimentos recebidos de boa-fé.
- Também não há que se falar em ofensa aos princípios constitucionais do art. 37 e 195, § 5º, da CF, na medida em que o magistrado, ao proferir sua decisão, não pode fechar seus olhos à aplicação dos demais princípios constitucionais, tais como o princípio da proteção ao hipossuficiente e o princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios, devendo fazer o cotejo entre as normas constitucionais para o fim de aplicar a que melhor resolve a questão.
- Agasalhado o v. Acórdão recorrido em fundamento consistente, não se encontra o magistrado obrigado a exaustivamente responder a todas as alegações das partes, nem tampouco ater-se aos fundamentos por elas indicados ou, ainda, a explanar acerca de todos os textos normativos propostos, não havendo, portanto, qualquer violação ao artigo 1022 do CPC.
- O Recurso de Embargos de Declaração não é meio hábil ao reexame da causa. - A explanação de matérias com finalidade única de estabelecer prequestionamento a justificar cabimento de eventual recurso não elide a inadmissibilidade dos embargos declaratórios quando ausentes os requisitos do artigo 1022 do CPC.
- Embargos de declaração improvidos.
(TRF3, AC 0038710-21.2015.4.03.9999, Relatora Desembargadora Federal Tania Marangoni, 8ª Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 09/05/2016)

AGRAVO DO ART. 557, § 1º, DO CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO PREVIDENCIÁRIO. DEVOLUÇÃO DE VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE. ERRO ADMINISTRTIVO. NATUREZA ALIMENTAR. BOA-FÉ. IRREPETIBILIDADE. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER INEXISTENTES.
I - No agravo do art. 557, § 1º, do CPC, a controvérsia limita-se ao exame da ocorrência, ou não, de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, a gerar dano irreparável ou de difícil reparação, vícios inexistentes na decisão.
II - Razões recursais que não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele decidida.
III - Agravo não provido.
(TRF3, AI 0017797-42.2015.4.03.0000, Relatora Juíza Convocada Marisa Cucio, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 18/03/2016)

DIREITO PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS. IMPOSSIBILIDADE. CARÁTER ALIMENTAR DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE DOS ALIMENTOS. DESPROVIMENTO.
1- Restou pacificado, pelo E. Supremo Tribunal Federal, ser desnecessária a restituição dos valores recebidos de boa fé, devido ao seu caráter alimentar, em razão do princípio da irrepetibilidade dos alimentos.

2- Diante da situação fática descrita, não se verifica a má fé do impetrante, não havendo que se falar em desconto nos benefícios de pensão por morte.
3- Agravo desprovido.
(TRF3, AMS 0006433-28.2014.4.03.6105, Relator Desembargador Federal Baptista Pereira, 10ª Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 09/12/2015)

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

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

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

À vista destas considerações, proponho aos ilustres integrantes deste Órgão Especial a edição de súmula da questão no sentido de que "Compete à 3ª Seção julgar as ações referentes à devolução dos valores recebidos indevidamente a título de benefício previdenciário, independentemente do tipo de ação proposta."

Ante o exposto, conheço do conflito para declarar a competência do E. Juiz Federal Convocado suscitante e, com fundamento no Art. 107, *caput* e § 1º do RI desta Corte, proponho aos ilustres integrantes deste Órgão Especial a edição de súmula no sentido de que "Compete à 3ª Seção julgar as ações referentes à devolução dos valores recebidos indevidamente a título de benefício previdenciário, independentemente do tipo de ação proposta."

É o voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI:

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

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

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

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

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

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

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

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

É o voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA
0012713-26.2016.4.03.0000
(2016.03.00.012713-3)

Suscitante: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO - DÉCIMA TURMA
Suscitado: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO - SEGUNDA TURMA
Parte Autora: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Parte Ré: JANDIRA PORTES RAMOS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS
Classe do Processo: CC 20799
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/09/2016

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO INDEVIDO. REVISÃO ADMINISTRATIVA DAS DATAS DE INÍCIO DA DOENÇA E DE INÍCIO DA INCAPACIDADE, DAÍ DECORRENDO, POR FORÇA DO DISPOSTO NO ARTIGO 59, PARÁGRAFO ÚNICO, PRIMEIRA PARTE, DA LEI Nº 8.213/1991, A CONCLUSÃO DE QUE SERIA INDEVIDA A CONCESSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA. DEMANDA DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. COMPETÊNCIA DAS TURMAS QUE INTEGRAM A 3ª SEÇÃO DESTE TRIBUNAL.
1. Na demanda subjacente, o INSS busca a restituição de valores que teriam sido indevidamente pagos a título de auxílio-doença, alegando que, revistas administrativamente as datas de início da doença e da incapacidade, constatou que o reingresso no Regime Geral da Previdência Social deu-se quando a segurada já portava a doença.
2. Fundada a demanda, primordialmente, no poder-dever de revisão administrativa de benefícios - previsto no artigo 71 da Lei nº 8.212/1991 - e na impossibilidade de conceder-se auxílio-doença a segurado que reingressa no Regime Geral da Previdência Social quando já portava a enfermidade - nos termos do artigo 59, parágrafo único, primeira parte, da Lei nº 8.213/1991 -, é de rigor concluir-se pela natureza previdenciária da demanda e, por conseguinte, pela competência das Turmas da 3ª Seção deste Tribunal Regional Federal.
3. Conflito negativo julgado improcedente.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 14 de setembro de 2016.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

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

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

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

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

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

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

> PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO DE CRÉDITO INSCRITO EM DÍVIDA ATIVA DECORRENTE DO PAGAMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO QUE FOI, A FINAL, RECONHECIDO COMO INDEVIDO. NATUREZA INDENIZATÓRIA.
> - O segurado, licitamente, na medida em que amparado por comando judicial, recebeu prestação previdenciária. Posteriormente, no entanto, essa determinação foi revertida, o que deu causa a que o ente público tomasse providências para ser ressarcido. Saber se esse quantum pode ou não ser repetido é o mérito da controvérsia e nenhuma relevância tem para a solução do conflito, assim como, obviamente, o benefício que o originou. Importa examinar é a natureza da pretensão da autarquia deduzida por meio de uma ação específica.
> - A legislação civil assegura a restituição do que foi indevidamente auferido (artigos 884 e 885 do Código Civil). Assim, o ente previdenciário busca ser indenizado pelos pagamentos que fez e que foram por fim judicialmente reconhecidos como indevidos. Por essa razão é que o débito foi inscrito na dívida ativa da fazenda pública, que compreende créditos de natureza tributária e não tributária, como deixa claro o § 2º do artigo 39 da Lei nº 4320/64, incluído pelo Decreto-Lei nº 1735/79. A cobrança judicial dos créditos tributários e não tributários inscritos em dívida ativa se dá por meio da execução disciplinada na Lei º 6.830/80, como preceitua seu artigo 1º.
> - Conclui-se que, no caso dos autos, a lide originária tem como causa petendi a satisfação de um crédito de natureza indenizatória, portanto não tributário e tampouco previdenciário, inscrito em dívida ativa. Logo, *ex vi* do inciso III do § 1º do artigo 10 do Regimento Interno, a competência é da Primeira Seção desta corte.
> - Conflito de competência julgado procedente.
> (TRF 3ª Região, ORGÃO ESPECIAL, CC 0006301-21.2012.4.03.0000, Rel. p/ acórdão Desembargador Federal André Nabarrete, julgado em 30/05/2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/06/2012).

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

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

PREVIDENCIÁRIO. DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO LEGAL. ART. 557, DO CPC. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DEVOLUÇÃO INCABÍVEL. CARÁTER ALIMENTAR. BOA-FÉ. NÃO PROVIMENTO.
1. De acordo com o artigo 557, "caput", do Código de Processo Civil, o relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. E, ainda, consoante o § 1º-A do mesmo dispositivo se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.
2. Incabível a devolução de valores recebidos a título de benefício previdenciário, em razão de seu caráter alimentar e do princípio da irrepetibilidade dos alimentos.
3. Tratando-se de verba de caráter alimentar recebida de boa-fé pela apelada, não há que se falar em restituição dos valores pagos por reforma da decisão que os concedeu.
4. *A autora recebeu benefício previdenciário de auxílio-doença administrativamente no período de 15.02.2001 a 04.08.2006 e, consoante se depreende do relatório da decisão proferida pelo Conselho de Recursos da Previdência Social de fls. 21-24, foi submetida a quinze perícias médicas administrativas no período.*
5. *Por ocasião de perícia realizada em 16.09.2005, o profissional médico do ente autárquico alterou a data de início da incapacidade laborativa para 20.11.1992 e opinou pela suspensão do benefício ante a constatação de que a incapacidade era preexistente à data do reinício das contribuições para o Regime Geral da Previdência Social - RGPS.*
6. Conquanto não se negue a possibilidade de revisão administrativa dos benefícios em âmbito administrativo, facultada pela lei a realização de exames periódicos a cargo do INSS para que se avalie a perenidade ou não das moléstias diagnosticadas, a parte autora não pode ser penalizada com posterior condenação à restituição de valores recebidos de boa-fé e decorrentes de regular procedimento administrativo concessivo.
7. Agravo legal não provido.
(TRF 3ª Região, OITAVA TURMA, AC 0001847-51.2010.4.03.6116, Rel. Desembargador Federal Luiz Stefanini, julgado em 07/03/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/03/2016)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO PREVISTO NO ART. 557, §1º, DO CPC. BENEFÍCIO DE AUXÍLIO-DOENÇA. VALORES RECEBIDOS DE BOA FÉ PELA AUTORA. RESTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. VERBA ALIMENTAR.
I - *Havendo a autora recebido de boa fé, o benefício de natureza alimentar, ainda que tenha se revelado indevida posteriormente a benesse*, é descabida a sua devolução à autarquia.
II - Agravo do INSS, previsto no art. 557, § 1º do CPC, improvido.
(TRF 3ª Região, DÉCIMA TURMA, AC 0003850-43.2014.4.03.6114, Rel. Desembargador Federal Sergio Nascimento, julgado em 16/02/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/02/2016)

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO INOMINADO - ART. 557, § 1º, DO CPC - AÇÃO ORDINÁRIA - *EQUÍVOCO AUTÁRQUICO, NA FIXAÇÃO DA DATA DE INÍCIO DA DOENÇA (DID), RESULTANTE EM PAGAMENTO INDEVIDO DE BENEFÍCIO (AUXÍLIO-DOENÇA)* - ERRO ESTATAL INOPONÍVEL AO RECEBIMENTO DE BOA-FÉ, AOS AUTOS CONFIGURADO - DEVOLUÇÃO INCABÍVEL - PRECEDENTES DO E. STJ - APELAÇÃO PARTICULAR PROVIDA- AGRAVO IMPROVIDO
1. Verifica-se, do acima exposto, que a ora agravante, em seu recurso, não aduz qualquer acréscimo apto a modificar o entendimento esposado na decisão.
2. Vênias todas à r. sentença, contudo, tal como emana nítido dos autos, indevida se põe a cobrança perpetrada, com o fito de remediar falha emanada do próprio Poder Público.
3. Ressalte-se, por primeiro, o inquestionável direito da Administração Pública de rever seus

atos, quando eivados de ilegalidade, observado o decadencial prazo, nos termos do art. 103-A da Lei n. 8.213/91.
4. Dispõe a v. Súmula n. 473, do Excelso Pretório, que "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".
5. Em que pese o direito público de invalidar o ato concessivo, revogando o enfocado benefício previdenciário, na espécie, revela-se sem sentido nem substância, "data vênia", deseje o Poder Público carrear ao segurado sua falha interna, derivada de má avaliação de Perito do próprio INSS, que, ao submeter a parte autora à primeira avaliação médica, estabeleceu que sua doença teria se iniciado em 12/05/2005 (fls. 66), contexto no qual a autora faria jus ao auxílio-doença.
6. Consoante os autos, extrai-se que a parte recorrente percebeu o benefício de auxílio-doença no período de 29/09/2005 a 31/08/2006 (fls. 28), sublinhando-se que na primeira perícia realizada junto ao INSS, a data de início de sua moléstia foi fixada em 12/05/2005 e a data de início da incapacidade em 29/09/2005.
7. *Posteriormente, submeteu-se o polo autoral a nova perícia médica, realizada por Junta Médica oficial, que, inclusive, procedendo à análise de prontuário médico da demandante, obtido junto à Rede Pública de Saúde (fls. 60/66), modificou a data de início da doença, de 12/05/2005 para 09/01/2001, tanto quanto a data de início da incapacidade, de 29/09/2005 para 10/01/2005, alterações estas que exerceram elementar influência sobre o direito particular ao benefício* (fls. 29 e 57).
8. Observe-se que *a apelante somente tornou a contribuir para o RGPS em janeiro de 2005 (fls. 25), ou seja, em data posterior àquela em que fixado o novo marco inicial da moléstia (09/01/2001), tendo vertido exatas seis contribuições, descortinando-se cenário de preexistência da doença, em relação à refiliação ao RGPS, no qual o pagamento do benefício é vedado, consoante o parágrafo único do art. 59 da Lei n. 8.213/91.*
9. O proceder autárquico não encontra arrimo nos indigitados arts. 115, II, da Lei 8.212/91, e 884, CCB, sublinhando-se que a faculdade do Poder Público de rever seus atos não lhe permite, indiscriminadamente, afetar cifras recebidas pelo beneficiário de boa-fé.
10. Cristalina a boa-fé da parte postulante / apelante, no recebimento das verbas em prisma, indesculpável a assim solitária falha estatal, máxima a jurídica plausibilidade aos fundamentos invocados, inciso XXXV do art. 5º, Lei Maior, inadmitindo-se prossiga a cobrança em pauta. Precedentes.
11. Incabível se revela a retomada dos valores, afigurando-se de rigor o desfecho favorável à pretensão demandante.
12. Impositiva a reforma da r. sentença, a fim de se julgar procedente o pedido inicial, declarando-se descabida a restituição da cifra apurada pelo INSS, da ordem de R$ 26.165,93 (fls. 87), cujo pagamento, como denotado, derivou de falha exclusiva da Administração.
13. Agravo inominado improvido.
(TRF 3ª Região, NONA TURMA, AC 0004649-74.2009.4.03.6110, Rel. Juiz Convocado Silva Neto, julgado em 26/10/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/11/2015)

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

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

Ante o exposto, julgo improcedente o conflito.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

Direito Administrativo



TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

RECURSO ADMINISTRATIVO
0015613-26.2009.4.03.0000
(2009.03.00.015613-0)

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

EMENTA

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

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

- Por todas essas razões, conclui-se que o regime do instituto da redistribuição é o que deve ser aplicado ao caso dos autos. Isso significa que os requisitos a serem cumpridos são os previstos no *caput* do art. 37 (interesse da administração; equivalência de vencimentos; manutenção da essência das atribuições do cargo; vinculação entre os graus de responsabilidade e complexidade, mesmo nível de escolaridade, especialidade ou habilitação profissional, compatibilidade entre as atribuições do cargo e as finalidades institucionais do órgão ou entidade) e, principalmente, que "correrá *ex officio* para ajustamento de lotação e da força de trabalho às necessidades dos serviços, inclusive nos casos de reorganização, extinção ou criação de órgão ou entidade" (art. 37, § 1º). Ou seja, trata-se de *ato discricionário, a ser exercido no interesse da administração, não havendo, em regra, direito adquirido dos servidores a ser oposto contra ele*. Precedentes.
- Das ementas acima reproduzidas também se conclui que a *proteção à família* prevista no art. 226 da Constituição Federal não é suficiente a afastar a legalidade do ato administrativo impugnado.
- Finalmente, quanto ao *interesse público* e aos princípios da *razoabilidade*, *proporcionalidade* e *eficiência*, observo que, como o ato de redistribuição é exercício de poder discricionário da Administração Pública, não é possível que seu mérito seja atacado, salvo hipóteses excepcionais.
- No caso dos autos, conforme relatado, o Juiz Federal Paulo Cesar Conrado, Corregedor da Central de Mandados Unificada, prestou informações no sentido de que as novidades na administração dos mandados têm sido implementadas de forma bem sucedida, com participação dos oficiais no acerto de questões relativas ao cumprimento de mandados ("todos os Senhores Oficiais foram e seguem sendo reiteradamente instados, com efeito, a participar deste processo, propondo, criticando, indagando [...]", fl. 540) e concluindo que "o que se evidencia é que também no que toca à sua atividade rotineira, a CEUNI está se estabelecendo com a efetiva integração dos Senhores Oficiais, sendo desconhecida deste Juiz Federal qualquer insatisfação nesse ponto" (fl.540). Dessa forma, não há razão para se concluir que o ato impugnado esteja fora do âmbito razoável de exercício do poder discricionário da Justiça Federal no desempenho de sua função administrativa.
- Recurso administrativo a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

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

São Paulo, 26 de julho de 2017.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Peço dia para julgamento.

É o relatório.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

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

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

> Art. 11. Compete:
> [...]
> II - ao Órgão Especial:
> [...]
> m) decidir recursos administrativos interpostos contra decisões dos Conselhos da Justiça Federal e de Administração;
>
> Art. 46 - O recurso administrativo ao Conselho da Justiça Federal, contra atos e decisões do Corregedor-Geral, será interposto no prazo de 30 (trinta) dias, observando-se o disposto em seu Regimento Interno.
> Parágrafo único - Admitir-se-á interposição de recurso ao Plenário, no prazo assinalado neste artigo, se o ato ou decisão for do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região.

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

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

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

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

> Aqui[,] não tratamos da abusiva prática do desvio de função, como detectado pelo próprio Magistrado [Desembargador Baptista Pereira] , mas sim apontamos que o remanejamento dos cargos representa afronta a uma série de direitos [...].
> Ou seja, ainda que, de fato, não tenha havido descaracterização do cargo, ficou perceptível que além de não ter atendido o interesse público (como abaixo será pormenorizadamente descrito), a Resolução foi de encontro a garantias dos servidores atingidos pela medida (fl. 472).

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

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

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

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

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

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

Nesse sentido, a jurisprudência também é pacífica:

> MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. REDISTRIBUIÇÃO. AGÊNCIA REGULADORA. LEI 11.357/2006. REQUISITOS. DILAÇÃO PROBATÓRIA. ART. 37, I, § 1º, DA LEI 8.112/90. ATO DISCRICIONÁRIO.
> 1. A via mandamental não comporta dilação probatória, porquanto imprescindível a existência de prova pré-constituída de liquidez e certeza do direito alegado.
> 2. O ato de redistribuição dos servidores, de *natureza eminentemente discricionária*, deverá atender o juízo de conveniência e oportunidade da administração, não sendo dado ao Judiciário imiscuir-se no mérito administrativo.
> 3. Segurança denegada.
> (MS 200602762403, NEFI CORDEIRO, STJ - TERCEIRA SEÇÃO, DJE DATA: 20/08/2015 ..DTPB:.)

AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR. REDISTRIBUIÇÃO. INSTITUTO DECORRENTE DO INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. REDISTRIBUIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA DE DESVIO DE FUNÇÃO. RECURSO IMPROVIDO.
[...]
7. Pode-se dizer que a principal característica do instituto da Redistribuição reside no fato dela decorrer do *interesse da Administração Pública*.
8. A insatisfação do servidor com a lotação encontra-se no *âmbito do Poder Discricionário*, salvo prova de incompatibilidade entre as atividades desenvolvidas pelo servidor e o cargo público respectivo. Se houvesse prova dessa incompatibilidade seria o caso de reconhecer-se o desvio de função. Por sua vez, "cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor", como dispõe o artigo 3º da Lei nº 8.112/90.
9. O ônus da prova incumbe ao autor quanto a fato constitutivo de seu direito. Não provados os fatos alegados na inicial a improcedência do pedido é de rigor.
10. Agravo legal improvido.
(AC 04062315119984036103, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 11/03/2011 PÁGINA: 75 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. SERVIDOR PÚBLICO. CESSÃO. REVOGAÇÃO. ATO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO.
1 - Trata-se de pedido de manutenção de cessão de servidor público do TRT/2ª Região para o TRT/15ª Região ou sua redistribuição independentemente da existência de cargo vago.
2 - A questão não comporta maiores digressões, estando pacificado o entendimento jurisprudencial no sentido de que a cessão do servidor público é ato discricionário e precário, não confere direito adquirido e pode ser revogado a qualquer tempo pela administração, inclusive independentemente de motivação.
3 - O mesmo se pode dizer da redistribuição, *estando o servidor sujeito ao interesse e conveniência da administração*, não prevalecendo eventuais necessidades do servidor, cabendo assentar que, no caso, sequer restaram comprovadas as afirmativas volvidas à dependência financeira da mãe e às condições de saúde do marido, embora não tivessem o condão de alterar o panorama já delineado.
4 - Apelo da autoria a que se nega provimento.
(AC 00083271120014036100, JUIZ CONVOCADO ROBERTO JEUKEN, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 20/05/2010 PÁGINA: 198 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

ADMINISTRATIVO. CAUTELAR. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. REDISTRIBUIÇÃO. PODER DISCRICIONÁRIO. DEPARTAMENTO DE IMPRENSA NACIONAL. SENTENÇA MANTIDA
1. É lícito à Administração Pública Federal no exercício do poder discricionário redistribuir servidores e cargos em seu próprio âmbito, quando tal conduta se encontra de acordo com a norma do art. 37 da Lei 8.112/90.
2. Integra o poder discricionário da Administração a redistribuição de servidor, *não restando caracterizado o direito dos autores a se opor a tal movimentação.*
3. Apelação desprovida.
(APELAÇÃO 2001.34.00.033249-2, JUÍZA FEDERAL ADVERCI RATES MENDES DE ABREU, TRF1 - 3ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 DATA: 15/02/2012 PAGINA:155.)

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

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

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

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

É o voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0001609-68.2010.4.03.6104
(2010.61.04.001609-8)

Apelante: UNIÃO FEDERAL
Sucedida: FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE - FUNASA/SP
Apelados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SANTOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA
Classe do Processo: ApelReex 1686666
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/07/2017

EMENTA

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

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

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

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

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

5 - Preliminares rejeitadas.

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

à União o dever de preservar as populações indígenas, conforme o art. 231.
7 - A reserva do possível não pode ser utilizada como um escudo para a não efetivação das políticas públicas de forma devida, descumprindo preceitos normativos da Constituição Federal.
8 - Tratando-se a saúde de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, não existe empecilho jurídico para que o Judiciário determine a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, haja vista que não houve comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da União.
9 - O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça possuem jurisprudência sedimentada no sentido que é possível o controle judicial de políticas públicas, não configurando isso violação à separação de poderes, sendo, pelo contrário, essencial o controle judicial das escolhas dos administradores, podendo determinar a implementação de políticas públicas já resguardadas na Constituição.
10 - Sentença de procedência mantida.
11 - Remessa necessária e recurso de apelação desprovidos.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 05 de julho de 2017.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

RELATÓRIO

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

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

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

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

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

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

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

É o relatório.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

VOTO

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

Do pedido de concessão de efeito suspensivo

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

Do pedido de exclusão da FUNASA

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

Da inépcia da inicial

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

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

Da falta de interesse de agir

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

Afasto, portanto, a referida preliminar.

Impossibilidade jurídica do pedido

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

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

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

Do mérito

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

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

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

Não assiste razão à recorrente.

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

> 1 - Não foram construídos Postos de Saúde na Terra Indígena Tapyi, em Cananéia-SP e Pindoty, em Pariquera-Açú;
> 2 - A Associação Rondon Brasil, disponibilizou materiais para as comunidades pudessem construir locais provisórios para o atendimento da EMSI;
> 3 - Permanece em vigor a Portaria FUNASA n 840/07, na qual um dos pré-requisitos para a construção de Postos de Saúde é a apresentação de copia do documento de homologação da terra indígena (cópia do item da Portaria mencionado em anexo);
> 4 - As estruturas construídas, por não se tratar inclusive de Postos de Saúde, por si só, não oferecem e nem tão pouco garantem o pleno atendimento nos locais à saúde da comunidades, porém, amenizam a ausência de Postos de Saúde.
>
> Em resposta ao ofício nº 189/12009, referente às representações acima citadas, informo que os motivos que levam a conclusão de que as citadas construções não garantem aos indígenas o pleno atendimento à saúde são:
> 1. As construções não seguem os padrões técnicos definidos pelo SENSP de uma unidade de saúde (posto de saúde), são locais improvisados para que o atendimento seja feito dentro da aldeia pela equipe multidisciplinar de saúde indígena - EMSI em local abrigado e que ofereça alguma privacidade durante o atendimento;
> 2. Por não ser um Posto de Saúde, não há condições técnicas e sanitárias para a instalação de consultório odontológico, consultório de enfermagem, consultório médico, sala de expurgo, e outras instalações próprias de uma unidade de saúde e que permitiriam o pleno atendimento por parte da EMSI da demanda por atendimento básico da comunidade indígena dentro da respectiva aldeia;

> 3. Por exemplo, na ausência de consultórios odontológicos, muitos procedimentos são realizados em unidades de saúde dos municípios aumentando o tempo para a finalização de alguns tratamentos e um maior custo devido ao freqüente deslocamento de pacientes das aldeias até a sede dos municípios.
> 4. Portanto, essas construções não garantem o pleno atendimento "médico" entendido não só no sentido restrito, mas como do atendimento da EMSI.
> Como já mencionado anteriormente no item 4, do despacho anterior dessa Assessoria, em resposta ao Ofício/PRM/SANTOS/GABCÍVEL/AJ MD nº 127/2009, as estruturas construídas amenizam a ausência de Postos de Saúde nas aldeias.

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

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

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

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

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

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

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

Como bem destacado pelo doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet:

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

> como num dever de promoção da saúde (dimensão prestacional em sentido amplo), especialmente vigente no âmbito das normas e políticas públicas de regulamentação e organização do SUS. Além disso, importa sublinhar que também os particulares (pessoas físicas e jurídicas) possuem, para além de um dever geral de respeito, até mesmo deveres específicos em relação à saúde de terceiros e mesmo em relação à própria saúde, quando for o caso.
> (*In* Comentários à Constituição do Brasil, ed. Saraiva, São Paulo, 2014, 1ª ed., 2ª tiragem, p. 1932).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> rede pública; não há necessidade de organizar a produção básica a milhões de indivíduos para evitar a subnutrição ou morte; não há altos números de crianças e jovens fora da escola; não há pessoas que não conseguem sobreviver fisicamente com o montante pecuniário e assistência social que recebem, etc.
> (KRELL, Andreas J. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional "comparado". Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002, p. 108/109)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

É certo que existe um espaço para deliberação democrática pelos administradores, mas esse espaço não é infinito, devendo esses atuarem com razoabilidade, principalmente, priorizando a efetivação do mínimo existencial, cabendo ao Judiciário fazer o controle judicial dessas escolhas, principalmente quando implicam na não efetivação de direitos essenciais.

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

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

> Note-se que em um Estado democrático e pluralista é conveniente que seja assim, já que há diversas concepções da dignidade que poderão ser implementadas de acordo com a vontade popular manifestada a cada eleição. *Nenhuma delas, todavia, poderá deixar de estar comprometida com essas condições elementares, necessárias à existência humana (mínimo existencial), sob pena de violação de sua dignidade que, além de fundamento e fim da ordem jurídica, é pressuposto da igualdade real de todos os homens e da própria democracia.* A identificação desse núcleo, associado ao conceito de mínimo existencial, é igualmente um meio de lidar com outra dificuldade nessa seara: o problema dos custos, ao qual se fará referência adiante. Em suma, e já aplicando a discussão ao tema da saúde: as prestações que fazem parte do mínimo existencial - sem o qual restará violado o núcleo da dignidade da pessoa humana, compromisso fundamental do Estado brasileiro - são oponíveis e exigíveis dos poderes públicos constituídos.
> (...)
> *A diferença em relação ao mínimo existencial está em que, em relação a este, o Judiciário pode praticar um ato específico: determinar concretamente o fornecimento da prestação de saúde com fundamento na Constituição e independentemente de existir uma ação específica da Administração ou do Legislativo nesse sentido.*
> *(...) compete ao Judiciário, portanto, determinar o fornecimento do mínimo existencial independentemente de qualquer outra coisa, como decorrência das normas constitucionais sobre a dignidade humana e sobre a saúde.*
> (BARCELLOS, Ana Paula. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: Revista da Defensoria Pública de São Paulo. Ano 1 – n. 1 - jul./dez. 2008. Edição Especial Temática Sobre o Direito à Saúde. p. 140/141).

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

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

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

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

Assim, quando o não desenvolvimento de políticas públicas acarretar grave vulneração a direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição, é cabível a intervenção do Poder Judiciário como forma de implementar os valores constitucionais. Não adianta um direito ser garantido pela Constituição se não for possível garantir a efetivação desse direito.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

DE LEGITIMIDADE SOBRE A OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) - DOUTRINA - PRECEDENTES - A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA E A ESSENCIALIDADE DESSA INSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.
(RE 763667 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-246 DIVULG 12-12-2013 PUBLIC 13-12-2013)

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

art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- -jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.* - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À "RESERVA DO POSSÍVEL" E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS "ESCOLHAS TRÁGICAS". - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras "escolhas trágicas", em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de "mínimo existencial", que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Uni-

versal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em conseqüência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS "ASTREINTES". - Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A "astreinte" - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência.
(ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125)

ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS - DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DO PODER PÚBLICO. NÃO OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. NÃO HÁ OFENSA À SÚMULA 126/STJ.
1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente importantes.
2. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.
3. *In casu*, não há impedimento jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o Município, tendo em vista a consolidada jurisprudência do STJ: "o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade *ad causam* para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005).
4. Apesar de o acórdão ter fundamento constitucional, o recorrido interpôs corretamente o Recurso Extraordinário para impugnar tal matéria. Portanto, não há falar em incidência da Súmula 126/STF.
5. Agravo Regimental não provido.
(AgRg no REsp 1107511/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2013, DJe 06/12/2013)

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

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

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

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

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

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

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

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

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0007739-29.2010.4.03.6119
(2010.61.19.007739-1)

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

EMENTA

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

1. O prazo prescricional é de cinco anos, contado da data em que o fato se torna público, com interrupção do prazo desde a abertura do processo disciplinar até a decisão final da autoridade competente; havendo decisão final no PAD após o ajuizamento da presente ação, não houve prescrição. Art. 23, II, da Lei 8.429/92 e art. 142, I e §§ 1º e 3º da Lei 8.112/90.

2. Tendo havido lesão ao erário e atentado aos princípios da Administração Pública, resta evidente que os atos de improbidade devem ser tipificados nos artigos 10 e 11 da Lei 8.429/92, não se exigindo a ocorrência de enriquecimento ilícito do agente.

3. Na condição de Auditor Fiscal da Receita Federal desde 1978, sendo, portanto, um funcionário público experiente e com vasto conhecimento acerca da legislação e dos procedimentos inerentes à cobrança de créditos tributários e à expedição de certidões negativas de débito (CNDs), deveria o réu obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, de acordo com o disposto no artigo 37 da CF/88 e na Lei 8.429/92.

4. Dentre as irregularidades verificadas, houve: emissão de CNDs sem recolhimentos, com recolhimentos a menor e/ou sem verificação da documentação necessária; emissão de CNDs com simulação do responsável pela obra de construção civil; extravio de processos administrativos; não formalização de Declarações e Informações sobre Obras (DISO).

5. Restou inconteste que o sistema informatizado da Secretaria de Receita Previdenciária exigia que a senha, de uso pessoal e intransferível, fosse substituída a cada 30 (trinta) dias, independentemente da vontade do usuário, e que não permitia o uso de qualquer das últimas 10 (dez) senhas utilizadas; sendo assim, padece de verossimilhança a tese sustentada pelo apelante de que terceiro teria se apropriado de sua senha e emitido as CNDs em seu nome.

6. O apelante não agiu em estado de perturbação mental e, portanto, não estava al-

bergado por uma excludente de culpabilidade, nos termos do artigo 26 do CP, pois, consoante se verifica dos documentos carreados nos autos, ele padecia de sonolência e falta de concentração, o que não inviabilizava sua compreensão acerca do caráter ilícito dos fatos.
7. Verificada a ocorrência de atos de improbidade, praticados com dolo ou culpa gravíssima, e constatado o nexo de causalidade, faz-se mister a imposição das penalidades previstas no artigo 12 da Lei 8.429/92. Precedentes.
8. Devem ser mantidas as penalidades de ressarcimento integral do dano, suspensão dos direitos políticos e perda da função pública, impostas com fundamento nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, nos termos do artigo 12, parágrafo único, da Lei 8.429/92.
9. Deve ser mantida a decretação de indisponibilidade de bens, até o limite do prejuízo apontado pela Receita Federal.
10. Negado provimento à apelação.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 02 de agosto de 2017.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Com contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

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

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

In verbis:

> Lei 8.429/92:
> Art. 23. As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:
> I - (...)

> II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.
>
> Lei 8.112/90:
> Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:
> I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;
> (...)
> § 1º *O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.*
> § 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.
> § 3º *A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.*
> § 4º *Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.* (grifei)

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

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

Isto posto, passo à análise do mérito.

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

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

> Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:
> (...)
> VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

E ainda:

> Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições, e notadamente:
> I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> (...) Vale lembrar *que o sistema MV2/CND tem como peculiaridade o fato de exigir a troca de senha a cada 30 dias, independentemente da vontade do usuário, ou seja, essa condição é inerente ao sistema, não sendo possível repetir as últimas 10 senhas.*
> O PLENUS, ao ser acessado, exibe em sua tela inicial a mensagem;
> "O acesso não autorizado, a disponibilização voluntária ou acidental da senha ou quebra de sigilo constituem infrações que sujeitam o usuário à responsabilização administrativa, penal e civil. Todo acesso é controlado. Base legal: Constituição Federal, Código penal e portaria ministerial n. 862 DOU 26/03/2001. Ao efetuar logon, o usuário declara-se ciente das responsabilidades acima referidas."

> Dessa forma, *o acesso aos Sistemas é controlado, sendo permitido somente a pessoas autorizadas mediante código de acesso e uso privativo de senha pessoal e intrasferível, formalizado mediante assinatura de Termo de Responsabilidade.*
> (...)
> 3.3.4. Registre-se *a inexistência quanto ao controle de acesso* aos sistemas informatizados da previdência Social pela então DRP/Guarulhos, conforme se observou pelos depoimentos dos servidores em exercício em Mogi das Cruzes, bem como da *Chefe da ORAR e gestora do SCA, Alice Yukie Hamada*.
> 3.3.5. Essa falta de controle aliada ao descumprimento das orientações contidas no Termo de Responsabilidade propiciaram a utilização contínua, por um longo período, pelo servidor Wagner, considerando que a CND n. 019522001 foi liberada em 01/06/2001 (Ruhtra) e a CND n. 01088/2007, em 12/02/2007 (Potencial), *importando em 2051 dias entre as duas CNDs, implicando necessariamente a alteração de senha no sistema Plenus, 68 vezes aproximadamente, uma vez que o sistema exige a troca de senha a cada 30 dias.* (...) (grifos no original)

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

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

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

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

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

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

E ainda:

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

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

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

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

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

Veja-se:

> RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE DOLO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.
> 1. O ato de improbidade, na sua caracterização, como de regra, exige elemento subjetivo doloso, à luz da natureza sancionatória da Lei de Improbidade Administrativa.
> 2. A legitimidade do negócio jurídico e a ausência objetiva de formalização contratual, reconhecida pela instância local, conjura a improbidade.
> 3. É que "*o objetivo da Lei de Improbidade é punir o administrador público desonesto, não o inábil. Ou, em outras palavras, para que se enquadre o agente público na Lei de Improbidade é necessário que haja o dolo, a culpa e o prejuízo ao ente público, caracterizado pela ação ou omissão do administrador público.*" (Mauro Roberto Gomes de Mattos, em "O Limite da Improbidade Administrativa", Edit. América Jurídica, 2ª ed. pp. 7 e 8). "A finalidade da lei de improbidade administrativa é punir o administrador desonesto" (Alexandre de Moraes, *in* "Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional", Atlas, 2002, p. 2.611). "De fato, a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil, despreparado, incompetente e desastrado" (REsp 213.994-0/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DOU de 27.9.1999). (REsp 758.639/PB, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, DJ 15.5.2006)
> 4. A Lei 8.429/92 da Ação de Improbidade Administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, § 4º da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art.9º); b) que causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa.
> 5. Recurso especial provido.
> (REsp 734.984/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2007, DJe 16/06/2008) (grifei)
> ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE. LEI 8.429/92. ELEMENTO SUBJETIVO DA

CONDUTA. IMPRESCINDIBILIDADE.
1. A ação de improbidade administrativa, de matriz constitucional (art.37, § 4º e disciplinada na Lei 8.429/92), tem natureza especialíssima, qualificada pelo singularidade do seu objeto, que é o de aplicar penalidades a administradores ímprobos e a outras pessoas - físicas ou jurídicas - que com eles se acumpliciam para atuar contra a Administração ou que se beneficiam com o ato de improbidade. Portanto, se trata de uma ação de caráter repressivo, semelhante à ação penal, diferente das outras ações com matriz constitucional, como a Ação Popular (CF, art. 5º, LXXIII, disciplinada na Lei 4.717/65), cujo objeto típico é de natureza essencialmente desconstitutiva (anulação de atos administrativos ilegítimos) e a Ação Civil Pública para a tutela do patrimônio público (CF, art. 129, III e Lei 7.347/85), cujo objeto típico é de natureza preventiva, desconstitutiva ou reparatória.
2. Não se pode confundir ilegalidade com improbidade. *A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente*. Por isso mesmo, *a jurisprudência dominante no STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos culposa, nas do artigo 10 (v.g.: REsp 734.984/SP, 1 T., Min. Luiz Fux, DJe de 16.06.2008; AgRg no REsp 479.812/SP, 2ª T., Min. Humberto Martins, DJ de 14.08.2007; REsp 842.428/ES, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 21.05.2007; REsp 841.421/MA, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJ de 04.10.2007; REsp 658.415/RS, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 03.08.2006; REsp 626.034/RS, 2ª T., Min.João Otávio de Noronha, DJ de 05.06.2006; REsp 604.151/RS, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 08.06.2006).* (...)
4. Recurso especial do Ministério Público parcialmente provido.
Demais recursos providos.
(REsp 827.445/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/02/2010, DJe 08/03/2010) (grifei)

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROMOÇÃO PESSOAL EM PROPAGANDA DO GOVERNO. ATO ÍMPROBO POR VIOLAÇÃO DOS DEVERES DE HONESTIDADE E LEGALIDADE E ATENTADO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DOLO OU CULPA. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES COMINADAS ÀS HIPÓTESES DO ART. 11 DA LEI 8.429/1992. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO DO VALOR GASTO COM A PUBLICIDADE. DOSIMETRIA DA PENA.
1. Hipótese em que o Tribunal de origem reconheceu ter havido promoção pessoal dos recorridos em propaganda governamental, mas considerou a conduta mera irregularidade por ausência de dolo.
2. A conduta dos recorridos amolda-se aos atos de improbidade censurados pelo art. 11 da Lei 8.429/1992, pois atenta contra os princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da legalidade, além de ofender frontalmente a norma contida no art. 37, § 1º, da Constituição da República, que restringe a publicidade governamental a fins educacionais, informativos e de orientação social, vedando, de maneira absoluta, a promoção pessoal.
3. De acordo com o entendimento majoritário da Segunda Turma, a configuração dos atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11) prescinde da comprovação de dolo. Precedentes: REsp. 915.322/MG (Rel. Min. Humberto Martins, j. 23/9/2008); REsp. 737.279/PR (Rel. Min. Castro Meira, j. 13/5/2008, DJe 21/5/2008).
4. Embora entenda ser tecnicamente válida e mais correta a tese acima exposta, no terreno pragmático a exigência de dolo genérico, direto ou eventual, para o reconhecimento da infração ao art. 11, não trará maiores prejuízos à repressão à imoralidade administrativa. Filio-me, portanto, aos precedentes da Primeira Turma que afirmam a necessidade de caracterização do dolo para configurar ofensa ao art. 11.
5. Ainda que se admita a necessidade de comprovação desse elemento subjetivo, forçoso reconhecer que *o art. 11 não exige dolo específico, mas genérico: "vontade de realizar fato*

descrito na norma incriminadora". Nessa linha, é desnecessário perquirir a existência de enriquecimento ilícito do administrador público ou o prejuízo ao Erário. *O dolo está configurado pela manifesta vontade de realizar conduta contrária aos deveres de honestidade e legalidade, e aos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade.*
6. No caso em tela, a promoção pessoal foi realizada por ato voluntário, desvirtuando a finalidade estrita da propaganda pública, a saber, a educação, a informação e a orientação social, o que é suficiente a evidenciar a imoralidade. Não constitui erro escusável ou irregularidade tolerável olvidar princípio constitucional da magnitude da impessoalidade e a vedação contida no art. 37, § 1º, da Constituição da República.
7. O dano ao Erário não é elementar à configuração de ato de improbidade pela modalidade do art. 11. De toda sorte, houve prejuízo com o dispêndio de verba pública em propaganda irregular, impondo-se o ressarcimento da municipalidade.
8. *As penas do art. 12 da Lei 8.429/1992 não são necessariamente cumulativas. Desse fato decorre a imprescindibilidade de fundamentação da escolha das sanções aplicadas, levando-se em conta fatores como: a reprovabilidade da conduta, o ressarcimento anteriormente à propositura da Ação Civil Pública dos danos causados, a posição hierárquica do agente, o objetivo público da exemplaridade da resposta judicial e a natureza dos bens jurídicos secundários lesados (saúde, educação, habitação, etc..). Precedentes do STJ.*
9. Apesar de estar configurado ato ímprobo, o acórdão recorrido deixou de analisar, de maneira suficiente, os fatos relevantes à dosimetria da sanção a ser aplicada. Assim, caberá ao egrégio Tribunal de origem fixar as penas incidentes concretamente, sem prejuízo da já determinada obrigação de ressarcimento ao Erário.
10. Recurso Especial parcialmente provido.
(REsp 765.212/AC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJe 23/06/2010) (grifei)

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. LEI 9.429/92, ART. 11. DESNECESSIDADE DE OCORRÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. EXIGÊNCIA DE CONDUTA DOLOSA.
1. A classificação dos atos de improbidade administrativa em atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), atos que causam prejuízo ao erário (art. 10) e atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11) evidencia não ser o dano aos cofres públicos elemento essencial das condutas ímprobas descritas nos incisos dos arts. 9º e 11 da Lei 9.429/92. Reforçam a assertiva as normas constantes dos arts. 7º, *caput*, 12, I e III, e 21, I, da citada Lei.
2. *Tanto a doutrina quanto a jurisprudência do STJ associam a improbidade administrativa à noção de desonestidade, de má-fé do agente público. Somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, é que se admite a configuração de improbidade por ato culposo (Lei 8.429/92, art. 10). O enquadramento nas previsões dos arts. 9º e 11 da Lei de Improbidade, portanto, não pode prescindir do reconhecimento de conduta dolosa.*
3. Recurso especial provido.
(REsp 604.151/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/04/2006, DJ 08/06/2006, p. 121) (grifei)

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

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

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

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

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

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. AGENTE POLÍTICO. LEGITIMIDADE PASSIVA. TIPICIDADE. DOLO. DOSIMETRIA DAS SANÇÕES. ELEMENTOS DE PROVA. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. HONORÁRIOS FIXADOS EM FAVOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE.
> 1. Cuidam os autos de ato de improbidade administrativa atribuída a Procurador-Geral de Município e subordinado, pelo desempenho de atividades de interesse particular - advocacia - no âmbito da Administração Pública. Ficou demonstrada na fundamentação do acórdão recorrido a existência do elemento subjetivo dos agentes, em ato que causou lesão ao erário - art. 10, XIII, da Lei 8.429/1992 -, e violação dos princípios insculpidos no *caput* do art. 11, da Lei 8.429/1992.
> 2. O destinatário final das provas produzidas é o juiz, a quem cabe avaliar, quanto à suficiência e necessidade, em consonância com o disposto no parte final do art. 130 do CPC. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que compete às instâncias ordinárias exercer juízo acerca das provas produzidas, haja vista sua proximidade com as circunstâncias fáticas da causa, cujo reexame é vedado em âmbito de Especial, a teor da Súmula 7/STJ. (Precedentes: AgRg no Ag 1419008/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 15/09/2011, DJe 03/10/2011; AgRg no Ag 1050105/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 21/10/2008, DJe 21/11/2008; AgRg no Ag 1364996/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 18/08/2011, DJe 24/08/2011).
> 3. *A aplicação das penalidades previstas no art. 12 da Lei 8.429/1992 exige que o magistrado considere, no caso concreto, "a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente" (conforme previsão expressa contida no parágrafo único do referido artigo). Assim, é preciso analisar a razoabilidade e a proporcionalidade em relação à gravidade do ato ímprobo e à cominação das penalidades, as quais podem ocorrer de maneira cumulativa ou não. (Precedente: AgRg no REsp 1242939/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 24/05/2011, DJe 30/05/2011).*
> 4. A Primeira Seção, ao julgar os EREsp 895.530/PR, de relatoria da Ministra Eliana Calmon, por maioria, firmou que, em ação civil pública movida pelo Parquet, devem ser seguidas as seguintes balizas: I) o Ministério Público não pode auferir honorários por vedação constitucional, consoante o art. 128, § 5º, II, letra "a", da Constituição da República; II) aplicam-se estritamente os critérios previstos nas regras específicas da Lei 7.347/85, quanto à verba honorária; III) o STJ entende que o Ministério público somente pode ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios apenas nos casos de prova irrefutável de sua má-fé e; IV) dentro de critério de absoluta simetria, se o Ministério Público não paga os honorários, também não deve recebê-los. (Precedente: REsp 1099573/RJ, Rel. Min. Castro Meira, Segunda

> Turma, julgado em 27/04/2010, DJe 19/05/2010). Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido.
> (RESP 201101496684, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 14/03/2012 ..DTPB:.) (grifei)
>
> ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CUMULAÇÃO DE CARGOS. OMISSÃO CARACTERIZADA. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. SANÇÕES DO ART. 12 LEI 8.492/92. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. RECURSOS CONHECIDOS E PROVIDOS.
> 1. Conforme previsto no art. 535 do CPC, os embargos de declaração têm como objetivo sanear eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida.
> 2. Deixando o acórdão de se manifestar sobre a matéria sub judice, rejeitando os embargos declaratórios, insistindo na omissão, incorre em ofensa ao art. 535, II, do CPC.
> 3. *É indispensável, sob pena de nulidade, que a sentença indique os motivos para a aplicação de cada uma das sanções previstas no art. 12 da Lei 8.492/92, levando em consideração a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente, sob pena de violação ao princípio da proporcionalidade. Precedentes do STJ.*
> 4. Recursos especiais conhecidos e providos para anular o acórdão que julgou os embargos de declaração e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para que profira nova decisão com a análise das alegações dos recorrentes.
> (RESP 201100049794, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA: 14/09/2011 ..DTPB:.) (grifei)
>
> PROCESSUAL CIVIL - ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - SANÇÕES DO ART. 12 DA LEI DE IMPROBIDADE - CUMULAÇÃO - PENA PECUNIÁRIA - APLICAÇÃO ALÉM DO MÍNIMO - FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO - ANULAÇÃO PARCIAL DO JULGADO.
> 1. Não deve ser conhecido o recurso especial sobre questão que, a despeito da oposição de embargos de declaração, não foi objeto de prequestionamento pelo Tribunal *a quo*. Súmula 211/STJ.
> 2. É inadmissível recurso especial com suporte na alínea "c" do permissivo constitucional, quando o suposto dissídio jurisprudencial não foi apresentado de forma analítica, como determina o art. 255, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.
> 3. Não vislumbrada omissão, *in casu*, quanto à configuração do ato de improbidade, apenas no tocante à aplicação das penas.
> 4. *Consoante a jurisprudência desta Corte, as penas do art. 12 da Lei 8.429/92 não são aplicadas necessariamente de forma cumulativa, do que decorre a necessidade de se fundamentar o porquê da escolha das penas aplicadas, bem como da sua cumulação. Para as sanções pecuniárias se faz necessária a motivação da sua aplicação além do mínimo legal.*
> 5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido.
> (REsp 713.146/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/03/2007, DJ 22/03/2007, p. 324) (grifei)

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

> Art. 208. A certidão negativa expedida com dolo ou fraude, que contenha erro contra a Fazenda Pública, responsabiliza pessoalmente o funcionário que a expedir, pelo crédito tributário e juros de mora acrescidos.
> Parágrafo único. O disposto neste artigo não exclui a responsabilidade criminal e funcional que no caso couber.

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

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

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS INCIDENTES SOBRE A MÃO-DE-OBRA EMPREGADA NA CONSTRUÇÃO CIVIL. FRAUDE NA EMISSÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO (CND). RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO CONTRIBUINTE E DO SERVIDOR QUE EMITIU A CERTIDÃO FALSA. ART. 208 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. ART. 173, II, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.
> 1. *O art. 208 do Código Tributário Nacional estabelece que a certidão negativa de débito expedida com dolo ou fraude responsabiliza pessoalmente o funcionário que a expedir, pelo crédito tributário e juros de mora, e não exclui as responsabilidades criminal e funcional cabíveis no caso.*
> 2. Não obstante esse dispositivo mencione que a responsabilidade tributária é pessoal, *trata-se de responsabilidade solidária, que não exime o contribuinte de pagar o tributo, pois não é forma de extinção do crédito tributário. Ao contrário, consta da certidão a ressalva do direito do INSS de cobrar qualquer importância que venha a ser considerada devida*.
> 3. O fato gerador da contribuição previdenciária incidente sobre obras de construção civil é tido por ocorrido na data da conclusão da obra. Consequentemente, a Fazenda tem o prazo de 05 (cinco) anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte ao da conclusão da obra (fato gerador), para fiscalizar e efetuar, de ofício, o lançamento da respectiva exação, conforme determinam o art. 173, I, do Código Tributário Nacional e a Súmula Vinculante nº 8 do Supremo Tribunal Federal.
> 4. No caso em exame, no entanto, aplica-se o prazo de cinco anos, mas contado da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado, nos termos do art. 173, II, do Código Tributário Nacional. Como a decisão que concluiu pela irregularidade na emissão da CND é de 18/01/2000 (Parecer nº 2.006 da Consultoria Jurídica do INSS), e a NFLD foi emitida em 13/12/2004, não há que se falar em decadência. Precedente deste Tribunal.
> 5. Apelação a que se nega provimento.
> (AC 00031640220054036103, DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO, TRF3 - DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/08/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) (grifei)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0003358-87.2014.4.03.6102
(2014.61.02.003358-8)

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

EMENTA

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

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 25 de julho de 2017.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

RELATÓRIO

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

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

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

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

É o relatório.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

VOTO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> 2. Ao permitir a consignação em folha de pagamento, em percentual de 70% (setenta por cento), o acórdão recorrido diverge da jurisprudência atual e pacífica desta Corte de Justiça, que limita os descontos consignados em 30% (trinta por cento) dos rendimentos líquidos do servidor público.
> (REsp 1184378/RS, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 20/11/2012)

Ante o exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO à apelação.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

APELAÇÃO CÍVEL
0004642-15.2014.4.03.6108
(2014.61.08.004642-3)

Apelante: NEUSA RIO BRANCO
Apelados: UNIÃO FEDERAL E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE BAURU - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI
Classe do Processo: AC 2195008
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/07/2017

EMENTA

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

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

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

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

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

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

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

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

era impossível, notadamente aos mais carentes.
8. O simples fato de não constar na ficha social da parte autora que a mesma foi levada à força, por terceiros, não ilide a constatação da obrigatoriedade no tratamento ofertado pela política sanitária de isolamento e internação.
9. Preenchidos os requisitos necessários à concessão da pensão especial prevista na Lei 11.520/2007, razão pela qual dever ser reformada a r. sentença para julgar procedente o pedido para conceder o benefício a partir do requerimento administrativo.
10. As parcelas em atraso deverão ser corrigidas monetariamente nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal elaborado pelo Conselho da Justiça Federal-CJF e acrescidas de juros de mora, a partir da data da citação. Tendo em vista a procedência do pedido, devem ser invertidos os ônus da sucumbência.
11. Apelação provida. Deferida tutela antecipada, de oficio, para implantação do benefício.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 20 de julho de 2017.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

RELATÓRIO

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

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

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

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

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

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

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

É o relatório.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

VOTO

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

Merece acolhimento a insurgência da apelante.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Nesse sentido, os acórdãos assim ementados:

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

sória prevista pela Lei nº 11.520/2007 como requisito para a concessão da pensão especial.
7. A decisão monocrática, portanto, foi bem fundamentada, sendo acertada a concessão da pensão especial no corrente caso.
8. Já a atualização do valor a ser pago retroativamente permanece nos moldes da Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, já considerados os ajustamentos decorrentes do quanto decidido nas ADI's 4357 e 4425, item 5 das ementas publicadas em 26.09.2014 e 19.12.2013, respectivamente, em especial a inconstitucionalidade por arrastamento da Lei nº 9.494/97 retornando ao panorama anteacto, qual seja a correção monetária estabelecida na Lei nº 10.192, de 14.02.2001, na MP nº 1973-67, de 26.10.2000, convertida na Lei nº 10.522, de 19.07.2002, que determina a aplicação do IPCA-E/IBGE.
9. Das alegações trazidas no presente, salta evidente que não almeja a agravante suprir vícios no julgado, buscando, em verdade, externar seu inconformismo com a solução adotada, que lhe foi desfavorável, pretendendo vê-la alterada.
10. Como se vê, a decisão agravada resolveu de maneira fundamentada as questões discutidas na sede recursal, na esteira da orientação jurisprudencial já consolidada em nossas cortes superiores acerca da matéria. O recurso ora interposto não tem, em seu conteúdo, razões que impugnem com suficiência a motivação exposta na decisão monocrática.
11. Agravos legais desprovidos.
(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1928976 - 0002253-38.2011.4.03.6116, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 21/07/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 29/07/2016)

ADMINISTRATIVO. PENSÃO ESPECIAL. LEI Nº 11.520/2007. REQUISITOS. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA E ISOLAMENTO. HANSENÍASE. COMPROVAÇÃO. BENEFÍCIO DEVIDO. LEGITIMIDADE DA UNIÃO E DO INSS. PRESCRIÇÃO. COMPENSAÇÃO. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS.
1. O INSS é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda, uma vez que lhe cabe, deferido o benefício, a operacionalização do pagamento; é o que se extrai do contido nos arts. 1º, §, e 6º da Lei nº 11.520/2007.
2. A União também é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda, já que lhe compete a análise dos requisitos para a concessão da pensão especial.
3. Eventual procedência da demanda afetará a esfera jurídica da União e do INSS, cuidando-se, destarte, da figura do litisconsórcio passivo necessário, condição de validade do processo, nos termos do art. 47 do Código de Processo Civil.
4. A prescrição quinquenal é de ser reconhecida por força da disposição contida no art. 1º do Decreto nº 20.910/32, relativa às parcelas anteriores ao ajuizamento da demanda.
5. *A jurisprudência dos Tribunais Regionais tem entendido que a compulsoriedade do isolamento e da internação para a concessão da pensão mensal vitalícia aos portadores de hanseníase, haja vista a repulsiva política sanitária adotada à época, bem como ao estigma social a que ficavam submetidos as pessoas acometidas pela doença no mundo todo, constante, inclusive de textos bíblicos, cujo preconceito perdura até hoje, pode ser presumida diante da violência psíquica sofrida à época.*
6. *Recebido o diagnóstico, não restava outra alternativa ao portador da doença, senão procurar os sanatórios e a viver em isolamento social, dado que o convívio em sociedade era impossível, notadamente aos mais carentes.*
7. *A comprovação de que houve compulsoriedade na internação é presumida, não havendo que se perquirir acerca da efetiva violência física, traduzida pela condução forçada até a colônia, haja vista que a violência psíquica a que ficaram submetidas as pessoas é suficiente para atender ao requisito da compulsoriedade.*
8. A prova meramente testemunhal necessita ao menos de um início de prova material.

9. Da documentação carreada ao processo administrativo não concluiu o Hospital São Julião quanto à compulsoriedade da internação, remetendo tal decisão à autoridade administrativa. No entanto, a situação que se desenha é que, realmente, há dúvidas quanto à compulsoriedade, cabendo à prova testemunhal, diante da ausência de registro efetivo, a solução da controvérsia. Destaque-se o teor do § 2º do art. 2º da Lei nº 11.520/2007.
10. Comprovado o acometimento pela hanseníase, e demonstrado, haver sido atingido por tal política de isolamento no período de 7.6.1977 a 18.6.1993, o caso é de deferimento da pensão mensal vitalícia, porque presentes os requisitos exigidos pela Lei nº 11.520/2007.
11. O art. 3º, parágrafo único da Lei nº 11.520/2007 é claro ao afirmar que "o recebimento da pensão especial não impede a fruição de qualquer benefício previdenciário", não merecendo guarida o pedido de compensação formulado pela União.
12. Para o período de mora anterior à publicação da Lei nº 11.906/2009 (30.06.2009), os juros devem ser de 6% (seis por cento) ao ano; para o período posterior, os juros devem ser os aplicáveis às cadernetas de poupança. Questão apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça em recurso submetido à sistemática do art. 543-C do CPC.
13. Os critérios de correção monetária remanescem inalterados, porquanto, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 4.357/DF, declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do art. 5º da Lei nº 11.960/2009, ao fundamento de que a taxa básica de remuneração da poupança não mede a inflação acumulada no período, de maneira que não pode servir de parâmetro para a correção monetária a ser aplicada aos débitos da Fazenda Pública.
14. Não se trata de verba honorária exorbitante, revelando-se, na verdade, caso de majoração. Verba mantida em homenagem ao princípio da ne *reformatio in pejus*.
15. Remessa oficial e Apelação da União parcialmente providas para aplicar os critérios da Lei nº 9.494/97. Apelação do INSS desprovida.
(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, APELREEX - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 2030390 - 0002099-43.2012.4.03.6000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 18/02/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 25/02/2016)

APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO ESPECIAL. LEI Nº 11.520/2007. PORTADOR DE HANSENÍASE. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA E ISOLAMENTO. COMPROVAÇÃO. BENEFÍCIO DEVIDO. PARCELAS PRETÉRITAS. TERMO INCIAL. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. MANUAL DE CÁLCULOS DA JUSTIÇA FEDERAL ATÉ JUNHO DE 2009. A PARTIR DE 30/06/2009, DATA DO INÍCIO DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11960/09, QUE MODIFICOU A REDAÇÃO DO ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97, ATUALIZAÇÃO SEGUNDO A TR (TAXA REFERENCIAL). A PARTIR DA INSCRIÇÃO DO DÉBITO EM PRECATÓRIO ATÉ O EFETIVO PAGAMENTO PELA FAZENDA NACIONAL, INCIDÊNCIA DO IPCA-E (ÍNDICE DE PREÇOS AO CONSUMIDOR AMPLO ESPECIAL) MENSAL, DO IBGE. LIMINAR PROFERIDA NOS AUTOS DA RECLAMAÇÃO (RCL) Nº 21147. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.
1. Cuida-se de apelação cível alvejando sentença que, nos autos de ação de conhecimento, processada sob o rito comum ordinário, confirmou a decisão que concedeu a antecipação dos efeitos da tutela postulada e julgou procedente em parte o pedido formulado na exordial, condenando a ré a implantar em favor do autor a pensão especial prevista no art. 1º da Lei nº 11.520/2007, desde a data da vigência do aludido diploma legal, observando-se a prescrição quinquenal. Determinou que as parcelas pretéritas deverão ser corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora, na forma do estatuído no art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997. Não houve condenação ao pagamento de honorários advocatícios, haja vista a sucumbência recíproca, a teor do disposto no art. 21 do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73).
2. O deferimento da pensão especial prevista na Lei nº 11.520/2007 depende de três requisitos:

1) ter sido acometido pela hanseníase; 2) submissão a isolamento e internação compulsórios em hospitais colônia; e 3) a internação compulsória deve ter ocorrido até 31 de dezembro de 1986.
3. Na espécie, é incontroverso o fato de o demandante ser portador de hanseníase, consoante se verifica dos documentos carreados ao caderno processual. No que toca ao segundo requisito, consta do prontuário médico adunado que, no período compreendido entre 19.07.1984 e 31.12.1986, o autor se internou no Hospital Estadual Curupaiti, encaminhado por funcionário do mencionado nesocômio, o que revela o caráter compulsório da internação e do isolamento. Nesse ponto, a definição de compulsoriedade perpassa pela natureza da doença e sua gravidade, além da sistemática de tratamento impingida aos doentes.
4. *A jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais tem entendido que a comprovação da compulsoriedade do isolamento e da internação para a concessão da pensão mensal vitalícia aos portadores de hanseníase, haja vista a repulsiva política sanitária adotada à época, bem como ao estigma social a que ficavam submetidas as pessoas acometidas pela doença no mundo todo, constante, inclusive, de textos bíblicos, cujo preconceito perdura até hoje, pode ser presumida diante da violência psíquica sofrida*.
5. Em relação ao último requisito, restou demonstrada nos autos, através dos depoimentos colhidos, bem assim da prova documental produzida, que o autor é portador da hanseníase e que foi internado no Hospital-Colônia de Curupaiti em 19.07.1984, sendo o caso de deferimento da pensão mensal vitalícia, porque presentes os requisitos exigidos pela Lei nº 11.520/2007.
6. Não merece acolhida a tese de que as internações ocorreram por períodos curtos e espaçados, o que retiraria o caráter de compulsoriedade e isolamento. As internações a que o autor se submeteu são suficientes para a concessão do benefício, eis que não há na Lei nº 11.520/07 qualquer previsão a respeito de um prazo mínimo de internação para que o paciente faça jus à pensão especial nela prevista. Não cabe ao intérprete da norma fazer distinções e/ou restrições onde a mesma não o faz de forma expressa.
7. A pensão instituída pela Lei nº 11.520/2007 buscou reparar, ainda que de maneira pecuniária e tardia, o dano sofrido por aqueles que foram privados do convívio social, inclusive familiar, fruto da adoção de política sanitária reconhecidamente equivocada e degradante, por estarem acometidas por hanseníase. Vê-se, pois, que a razão da pensão especial vitalícia é buscar reparar a segregação compulsória, o preconceito e os maus tratos a que desnecessariamente foram submetidas tais pessoas.
8. A apresentação de requerimento administrativo tem o condão de suspender a fluência do prazo prescricional enquanto a Administração estiver analisando o pedido, consoante preceitua o art. 4º do Decreto nº 20.910/1932.
9. A pretensão autoral não se encontra fulminada pela prescrição, haja vista que o processo administrativo instaurado a requerimento do demandante foi concluído apenas em 16.07.2013, ao passo que a presente demanda foi ajuizada em 30.04.2014. Assim, verifica-se que o lustro prescricional permaneceu suspenso, razão pela qual o autor, a princípio, faz jus a receber os atrasados pleiteados, desde a data do requerimento administrativo de percepção da pensão.
10. As parcelas em atraso deverão ser corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora, a partir da data da citação, de acordo com o art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, na redação atribuída pela Lei nº 11.960/2009, nos mesmos moldes da correção monetária. Precedentes: STF, RE 870947, DJe 24/04/2015; TRF2, APELREEX 2013.51.03.113377-4, E-DJF2R 19/06/2015; TRF2 APELREEX 2013.51.01.113314-8, E-DJF2R 23/07/2015.
(...)
14. Apelação conhecida e improvida.
(TRF 2ª Região, SEXTA TURMA, APELAÇÃO CIVEL 0006034-31.2014.4.02.5101, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, julgado em 24/08/2016, e-DJF2 Judicial 1 DATA: 13/09/2016)

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

CIPAÇÃO DE TUTELA. DEFERIMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEFENSORIA PÚBLICA.
1. Analisado o contexto de maneira ampla, sopesados os depoimentos das testemunhas e, ainda, considerado o fato de haver internações compulsórias e isolamento no Hospital de Dermatologia do Paraná até o ano de 1986, tendo o autor passado por 14 internamentos no período de 1977 a 1985, restou devidamente comprovado o atendimento aos requisitos delineados pela Lei nº 11.520/2007, de modo que faz jus à pensão pleiteada.
2. O pedido sucessivo, relativo à indenização por danos morais no valor de R$ 100,00 (cem mil reais) ou uma pensão vitalícia de R$ 750,00 (setecentos e cinqüenta reais) não merece trânsito, tendo em vista que é de cinco anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem, o prazo prescricional da ação de indenização contra a Fazenda Pública, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/32.
3. Diante da manutenção da sentença, penso estar devidamente demonstrado o *fumus boni iuris*. Por outro lado, o *periculum in mora* deriva, no presente caso, da natureza alimentar da demanda. Assim, defiro a antecipação da tutela, nos exatos termos em que julgado procedente o feito, deixando de fixar, por ora, multa por eventual descumprimento.
4. Não são devidos honorários advocatícios à Defensoria Pública quando atua contra a pessoa jurídica de direito público da qual é parte integrante.
5. Apelação da União Federal e remessa oficial improvidas. Apelação do autor parcialmente provida.
(TRF4, APELREEX 5023292-43.2011.404.7000, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, juntado aos autos em 07/12/2012)

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

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

ADMINISTRATIVO. PENSÃO ESPECIAL. LEI 11.520/2007. REQUISITOS. INTERNAÇÃO

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

EMENTA: HANSENÍASE. PENSÃO ESPECIAL. LEI 11.520, DE 18 DE SETEMBRO DE 2007. LEGITIMIDADE DOS AUTORES. EXAURIMENTO DAS VIAS ADMINISTRATIVAS. DOENÇA ESTIGMATIZANTE. LEGITIMIDADE DOS INSS. AUSÊNCIA DE PRONTUÁRIOS MÉDICOS. COMPULSORIEDADE DOS INTERNAMENTOS. APELAÇÕES IMPROVIDAS. JUROS DE MORA NA FORMA DOS ART. 1ºF DA LEI 9.494, A PARTIR DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI 11.960/2009, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO DISPOSITIVO.
1. Apelação interposta contra sentença que concedeu a pensão especial, instituída na Lei nº 11.520/2007, aos ex-internados no Leprosário Lourenço Magalhães.
2. Internação compulsória comprovada por meio de depoimentos e declarações, ante a falta de exibição dos prontuários médicos pelo órgão responsável pelo arquivamento dos mesmos.
3. A hanseníase é doença que causa estigma aos seus portadores, assim como dificulta sua inserção social.
4. Os juros de mora são aplicáveis na forma do art. 1ºF da Lei nº 9.494/97, a partir da entrada em vigor da Lei nº 11.960, que deu nova redação ao dispositivo.
5. Apelações improvidas e remessa oficial parcialmente provida unicamente para calcular os juros de mora na forma do art. 1ºF da Lei nº 9.494/97, a partir da entrada em vigor da Lei nº 11.960, que deu nova redação ao dispositivo.
(TRF5, QUARTA TURMA, APELAÇÃO CIVEL 496972-SE (2009.85.00.002275-1), REL. DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI, j. 11/05/2010, publ. DJe 13/05/2010, pg. 999)

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

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

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

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

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

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

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

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

É como voto.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

APELAÇÃO CÍVEL
0021813-09.2014.4.03.6100
(2014.61.00.021813-3)

Apelantes: TONY OKONDJI MONGENGO E JESSICA OKONDJI MONGENGO (incapazes)
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE
Classe do Processo: AMS 357806
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/07/2017

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. PEDIDO DE REFÚGIO DE MENORES INCAPAZES. AUSÊNCIA DE AMBOS OS GENITORES. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA GUARDA LEGAL. POSSIBILIDADE. SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE. APELAÇÃO PROVIDA.
- A falta de recebimento do pedido de refúgio restringe os apelantes ao exercício de direitos fundamentais, como saúde e educação, além de deixá-los em situação irregular no país.
- Não há na Lei nº 9.474/1997, qualquer exigência quanto à apresentação do termo de guarda de menores desacompanhados dos respectivos genitores.
- A recusa no recebimento do pedido de refúgio ofende ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, na medida em que impede o legítimo exercício do direito dos apelantes de permanência no Brasil, situação essa criada por diversas razões de perseguição no país de origem, submetendo-os a uma situação de extrema vulnerabilidade.
- A r. sentença de primeiro grau deve ser reformada, determinado que a autoridade coatora receba e processe os pedidos de solicitação de refúgio dos apelantes, independente da apresentação de termo de guarda.
- Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 24 de maio de 2017.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

RELATÓRIO

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

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

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

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

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

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

É o Relatório.

VOTO

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

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

Pois bem.

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

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

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

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

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

> Art. 1º. Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:
> I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;
> II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;
> III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.
> (...)
> Art. 7º O estrangeiro que chegar ao território nacional poderá expressar sua vontade de solicitar reconhecimento como refugiado a qualquer autoridade migratória que se encontre na fronteira, a qual lhe proporcionará as informações necessárias quanto ao procedimento cabível.

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

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

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

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

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

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

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

É o meu voto.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0000573-02.2016.4.03.6000
(2016.60.00.000573-9)

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

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PRIVATIVOS DE PROFISSIONAIS DE SAÚDE. JORNADA SEMANAL SUPERIOR A 60 (SESSENTA HORAS). SEGURANÇA DENEGADA.
- Embora haja previsão constitucional da permissão de acúmulo de cargos privativos de profissionais da área da saúde, há que se atentar para a impossibilidade dessa acumulação nos casos em que haja incompatibilidade de carga horária, esta não compreendida apenas como o choque entre as jornadas de trabalho, mas igualmente como uma jornada tão extensa que coloque em risco a higidez física e mental do trabalhador.
- A disposição constitucional de acumulação de cargos públicos, em especial de profissionais da área da saúde, deve ser analisada de forma restritiva, visto que há necessidade de uma limitação temporal para o exercício do labor, sob pena de violação dos princípios da dignidade humana, da proporcionalidade e da razoabilidade. Essa limitação se mostra necessária também para que o exercício profissional se dê de maneira eficiente, atendendo aos valores sociais do trabalho, e visando a proteção tanto do trabalhador, quanto dos pacientes que dele dependem.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, POR MAIORIA, NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO DO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RELATOR, ACOMPANHADO PELOS VOTOS DO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, DO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY E DO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS; VENCIDO O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR, QUE LHE DAVA PROVIMENTO.

São Paulo, 03 de agosto de 2017.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

RELATÓRIO

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

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

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

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

Com contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

VOTO

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

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

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

> AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 635.757 - RJ (2014/0325175-9)
> RELATOR: MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
> AGRAVANTE: ROSANE PEREIRA CARDOSO
> ADVOGADO: PATRÍCIA VAIRAO CARELLI VIEIRA E OUTRO(S)
> AGRAVADO: UNIÃO
> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS. ENFERMAGEM. CARGA HORÁRIA MÁXIMA SEMANAL. PARECER AGU GQ-145/1998. JORNADA SEMANAL SUPERIOR A 60 (SESSENTA HORAS). IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA QUE DISCIPLINA A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO. PRESERVAÇÃO DA HIGIDEZ FÍSICA E MENTAL DO TRABALHADOR. PRECEDENTES. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE ENTENDE PELA INCOMPATIBILIDADE DE CARGA HORÁRIA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSÁRIO REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.
> DECISÃO
> Trata-se de agravo em recurso especial interposto por Rosane Pereira Cardoso, com fulcro no art. 544 do CPC, contra decisão que não admitiu o recurso especial manejado contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que, por unanimidade, negou provimento ao apelo interposto pela agravante, nos termos da seguinte ementa: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. CUMULAÇÃO DE CARGOS. CARGA HORÁRIA SEMANAL SUPERIOR A 60 HORAS. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. AUSÊNCIA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO INFIRMADO. 1. É cediço que o art. 37, XVI, a, da CRFB/88 excepciona a regra da inacumulabilidade de cargos ao admitir a cumulação de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas, exigindo, todavia, a compatibilidade de horários. 2. Da análise dos autos,

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

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

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

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

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

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

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

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

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR:

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

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

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

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
> XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
> a) a de dois cargos de professor; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
> b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
> c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 34, de 2001)

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

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

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. FIXAÇÃO DE JORNADA POR LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. LIMITAÇÃO DA ACUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.
> 1. *A jurisprudência da Corte é no sentido de que a Constituição Federal autoriza a acumulação remunerada de dois cargos públicos privativos de profissionais da saúde quando há compatibilidade de horários no exercício das funções e que a existência de norma infraconstitucional que estipula limitação de jornada semanal não constitui óbice ao reconhecimento do direito à acumulação prevista no art. 37, inciso XVI, alínea c.*
> 2. Agravo regimental não provido.
> (STF, ARE 859484 AgR, Segunda Turma, Relator: Ministro Dias Toffoli, j. em 12.05.2015)
>
> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS. PROFISSIONAL DA SAÚDE. ART. 17 DO ADCT.
> 1. Desde 1º.11.1980, a recorrida ocupou, cumulativamente, os cargos de auxiliar de enfermagem no Instituto Nacional do Câncer e no Instituto de Assistência dos servidor es do Estado do Rio de Janeiro - IASERJ. A administração estadual exigiu que ela optasse por apenas um dos cargos.

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

Também de utilidade na questão julgado desta Corte:

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

Estas as razões de meu voto dando provimento ao recurso.

É o voto declarado.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR

APELAÇÃO CÍVEL
0002475-78.2016.4.03.6100
(2016.61.00.002475-0)

Apelante: BRUNO GROMBOWISKI DE ANDRADE
Apelada: UNIVERSIDADE PAULISTA UNIP
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA
Classe do Processo: AMS 367999
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/08/2017

EMENTA

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

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de junho de 2017.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

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

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

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

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

O pedido de liminar foi indeferido.

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

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

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

Com contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

Opinou o Ministério Público Federal pelo provimento da apelação.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

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

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

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

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

> Eu, Bruno Grombowiski de Andrade, (...), declaro que deverei entregar o CPF e a documentação de Conclusão do Ensino Médio (2º Grau, Colegial ou equivalente) por meio da apresentação dos documentos exigidos, constantes no item 2 (Matrícula) do Manual do Candidato, impreterivelmente até o dia 13/02/2010.
> Declaro, também, que caso não consiga comprovar a conclusão do curso do Ensino Médio e caso não entregue o CPF até a data acima, será cancelada automaticamente a minha classificação e consequentemente a minha matrícula e todos os atos escolares que porventura tenham sido praticados, sem direito a qualquer reclamação, recurso ou restituição de valores pagos.

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

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

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

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

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

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

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

Neste sentido, o seguinte julgado:

> ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR. CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO. IRREGULARIDADE. SENTENÇA REFORMADA.
> - Inicialmente, cabe destacar o que dispõem os incisos I e II do artigo 44 da Lei nº 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, *in verbis*: Art. 44. A educação superior abrangerá os seguintes cursos e programas: I - cursos seqüenciais por campo de saber, de diferentes níveis de abrangência, abertos a candidatos que atendam aos requisitos estabelecidos pelas instituições de ensino, desde que tenham concluído o ensino médio ou equivalente; II - de graduação, abertos a candidatos que tenham concluído o ensino médio ou equivalente e tenham sido classificados em processo seletivo.
> - No caso concreto, constata-se que a aluna/impetrante teve frequência integral, bem como obteve aprovação em todas as matérias e pagou a totalidade das mensalidades relativas ao curso superior em debate. Contudo, inobstante tenha efetuado sua matrícula por força de decisão liminar autorizadora, o acórdão proferido na apelação cível nº 2007.029362-0/0000-0 declarou a invalidade do certificado de conclusão do ensino médio apresentado pela acadêmica, o qual foi emitido pelo Centro Educacional Alfa (fls. 35/36). Desse modo, é de ser reconhecida a existência de óbice à expedição do Certificado de Conclusão do Curso de Enfermagem

da impetrante, uma vez que não se encontra satisfeita a exigência prevista na norma citada. - Outrossim, informa a aluna que, insegura quanto ao julgamento relativo à ação declaratória que ajuizara contra o Centro Educacional Alfa, Estado de Mato Grosso do Sul e Escola Exata, frequentou o ensino médio em outra instituição de ensino (Colégio Portinari) e juntou aos autos o respectivo certificado de conclusão (fls. 38/39). Verifica-se, entretanto, que o referido documento não se mostra apto a demonstrar efetivamente o término do 2º grau, como alega o centro universitário impetrado, na medida em que certifica que a aluna concluiu os estudos do Projeto Pedagógico de Ensino Médio no ano letivo de 2006, e, nos termos da informação encartada aos autos, emitida pela Secretaria de Estado da Educação - Coordenadoria de Ensino da Região Metropolitana da Grande São Paulo, tal referência (Aproveitamento do Projeto Pedagógico), não tem valor de conclusão do ensino médio. Informa o referido documento, ademais, que o Colégio Portinari, desde 20/04/2001, não tinha autorização para oferecer o curso em questão. Nesse contexto, merece reforma a sentença recorrida, dado que não se encontra satisfeita a exigência prevista nos incisos I e II do artigo 44 da Lei nº 9.394/96.
- Remessa oficial a que se dá provimento.
(TRF3, Quarta Turma, REOMS 00001938020104036002, Rel. Juiz. Convocado Sidmar Martins, e-DJF3 02/03/2016).

Em face do exposto, nego provimento à apelação.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO RETIFICADOR

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

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

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

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

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

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

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

Neste sentido, os julgados:

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

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

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

Em face do exposto, dou provimento à apelação.
Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

AGRAVO REGIMENTAL EM SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA
0023152-96.2016.4.03.0000
(2016.03.00.023152-0)

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

EMENTA

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

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

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

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

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

assumidas em contrato decorrem de manifestações judiciais precárias, produzidas em cognição sumária e sem análise de mérito;
V - Informações prestadas pela União apontam que no local "vicejavam inúmeras denúncias de operação de esquemas criminosos", sendo notória a ausência de Estado no Pátio do Pari, onde agentes públicos raramente podiam transitar para inspeções de rotina sem riscos à própria integridade física, não havendo nenhum controle fiscal ou de proteção ao consumidor sobre o comércio ali realizado. Acode à ordem pública reestabelecer o poder público no local, com saneamento das irregularidades mediante a execução de obras de melhoria e a inclusão na formalidade do comércio exercido;
VI - Também a ordem econômica necessita de salvaguarda, pois a manutenção do Município de São Paulo à frente do espaço público gera um gasto mensal da ordem de dois milhões de reais, onde se inclui, dentre outras, despesas com água, luz e limpeza. Por sua vez, a União deixa de receber os valores que lhe são devidos como contraprestação pela cessão de uso do terreno;
VII - Tanto o poder público municipal como o federal, além do Ministério Público Federal, são favoráveis à realização das obras e à retomada e regularização do terreno público, indevidamente utilizado por alguns comerciantes para fins particulares;
VIII - A edificação da passarela possui previsão contratual, constituindo obrigação acessória firmada pela Concessionária e submetida ao crivo dos órgãos de proteção ao patrimônio histórico;
IX - Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 26 de julho de 2017.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Presidente

RELATÓRIO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

É o relatório.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Presidente

VOTO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> O motivo da invasão e destruição das estruturas que delimitavam o local da intervenção (tapumes) decorreria exatamente da equivocada interpretação da decisão judicial em tela, uma vez que os infratores, ao que consta, entendiam que mesmo que a área sul, que em nada se relaciona ao provimento liminar, teria quaisquer obras obstadas."
> Ademais da crise já iniciada, a comoção social decerto se intensificará. A decisão estimula sentimento de desordem, desgoverno sobre o Pátio do Pari, motivando indivíduos insatisfeitos com os novos rumos que a concessão à iniciativa privada deu ao local à conflagração para reafirmarem seus interesses. - grifo meu.

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

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

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

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

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

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

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

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo regimental.

É como voto.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Presidente

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0002429-22.2017.4.03.0000
(2017.03.00.002429-4)

Agravante: CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CRF/SP
Agravada: SUA IMAGEM DIAGNÓSTICOS MÉDICOS LTDA.
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 14ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA
Classe do Processo: AI 595028
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/08/2017

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CRF. MULTA. RESPONSABILIDADE TÉCNICA. HORÁRIO INTEGRAL DE FUNCIONAMENTO. EXISTÊNCIA DE FARMÁCIA: MANIPULAÇÃO OU DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS. CLÍNICA DE DIAGNÓSTICOS POR IMAGEM. LEI 13.021/2014. RECURSO PROVIDO.
1. Na vigência da Lei 13.021/2014, é obrigatória a contratação de farmacêutico, por todo o período de funcionamento, para atuar em farmácias, independentemente do porte da unidade, restando, pois, superada a jurisprudência firmada com base na Súmula 140/TFR.
2. As atividades típicas de farmácia são as previstas no artigo 3º e devem ser prestadas sob assistência de responsável técnico, ainda que os serviços sejam voltados a público reservado e mesmo que não haja, propriamente, o comércio de medicamentos, bastando a respectiva manipulação ou dispensação.
3. Ainda que a agravante seja clínica de exames de diagnóstico por imagem, a contratação de responsável técnico por tempo integral é necessária se existente farmácia, qualquer que seja o seu porte, com manipulação ou dispensação de medicamentos. Tal exigência não depende de estar ou não o estabelecimento registrado no CRF, mas apenas da constatação da existência de farmácia com a prestação de serviços específicos, que exigem o profissional técnico previsto na lei.
4. A atuação eventual de enfermeira ou médico, responsáveis pelos medicamentos, não é suficiente, na vigência da Lei 13.021/2014, para afastar a exigência de profissional técnico da área específica de farmácia.
5. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 02 de agosto de 2017.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

RELATÓRIO

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

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

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

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

Houve contraminuta pelo desprovimento do recurso.

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

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

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

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

> Art. 3º Farmácia é uma unidade de prestação de serviços destinada a prestar assistência farmacêutica, assistência à saúde e orientação sanitária individual e coletiva, na qual se processe a manipulação e/ou dispensação de medicamentos magistrais, oficinais, farmacopeicos ou industrializados, cosméticos, insumos farmacêuticos, produtos farmacêuticos e correlatos.
> Parágrafo único. As farmácias serão classificadas segundo sua natureza como:
> I - farmácia sem manipulação ou drogaria: estabelecimento de dispensação e comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos em suas embalagens originais;
> II - farmácia com manipulação: estabelecimento de manipulação de fórmulas magistrais e oficinais, de comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, compreendendo o de dispensação e o de atendimento privativo de unidade hospitalar ou de qualquer outra equivalente de assistência médica.
>
> Art. 5º No âmbito da assistência farmacêutica, as farmácias de qualquer natureza requerem, obrigatoriamente, para seu funcionamento, a responsabilidade e a assistência técnica de farmacêutico habilitado na forma da lei.

> Art. 6º Para o funcionamento das farmácias de qualquer natureza, exigem-se a autorização e o licenciamento da autoridade competente, além das seguintes condições:
> I - ter a presença de farmacêutico durante todo o horário de funcionamento;
>
> Art. 8º A farmácia privativa de unidade hospitalar ou similar destina-se exclusivamente ao atendimento de seus usuários.
> Parágrafo único. Aplicam-se às farmácias a que se refere o *caput* as mesmas exigências legais previstas para as farmácias não privativas no que concerne a instalações, equipamentos, direção e desempenho técnico de farmacêuticos, assim como ao registro em Conselho Regional de Farmácia.

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

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

> AC 01069182020144025117, Rel, Des. Fed. SERGIO SCHWAITZER, publ. 25/11/2016:
> ADMINISTRATIVO - EXECUÇÃO FISCAL - CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA -CRF/RJ - PROFISSIONAL FARMACÊUTICO - PRESENÇA - ROL TAXATIVO DO ART. 15, DA LEI Nº 5.991/73 - OBRIGATORIEDADE DECORRENTE DE DECRETO - RELAÇÃO DE SUBORDINAÇÃO DO DECRETO REGULAMENTAR À LEI - DECRETO QUE DESBORDA SEUS LIMITES DE REGULAMENTAÇÃO - ILEGALIDADE - RELEITURA DA SÚMULA 140 DO EXTINTO TFR - FISCALIZAÇÃO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.021/2014.
> - A alteração positivada na regulamentação do art. 15, da Lei nº 5.991, de 17.12.1973, por força do advento do Decreto nº 793, de 05.04.1993, importou em ilícita inovação da ordem jurídica, vez que estabelecida no regulamento disposição exorbitante ao conteúdo da lei regulamentada, disposição consubstanciada, *in casu*, na obrigatoriedade de assistência de farmacêutico responsável nos "setores de dispensação dos hospitais públicos e privados e demais unidades de saúde, distribuidores de medicamentos, casas de saúde, centros de saúde, clínicas de repouso e similares que dispensem, distribuam ou manipulem medicamentos sob controle especial ou sujeitos a prescrição médica" (art. 27, § 2º, do Decreto nº 74.170, de 10.06.1974, na forma da redação dada pelo Decreto nº 793, de 05.04.1993). Precedente do E. STJ (REsp nº 205.323-SP, DJU de 21.06.1999).
> - O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1110906/SP, assentou o entendimento de que a Súmula 140 TFR continua aplicável, todavia, com atualização de seu conteúdo, no que tange ao conceito de "pequena unidade hospitalar", como sendo a que possui capacidade de até cinquenta leitos, em respeito à atual definição de "pequena unidade hospitalar" dada pelo Ministério da Saúde. - Entretanto, a partir de 25 de setembro de 2014, data em que passou a viger a Lei nº 13.021, a qual dispõe sobre o exercício e a fiscalização da atividade farmacêutica, toda essa discussão acerca da presença do profissional farmacêutico nos dispensários de medicamentos perdeu o sentido, uma vez que a referida lei nº 13.021/2014 determina que as farmácias, de qualquer natureza, inseridos nesse contexto os dispensários de medicamentos, deverão contar com a presença de farmacêutico em todo o seu horário de funcionamento, passando a ser obrigatória, portanto, à partir de então, a presença desse profissional.
> - Em que pese, apenas para as situações posteriores à vigência da Lei nº 13.021/2014, em respeito ao princípio da irretroatividade da lei, resta superada a jurisprudência uníssona do C. Superior Tribunal de Justiça no sentido da inexigibilidade da presença do profissional farmacêutico apenas nas unidades de saúde com até 50 leitos. Deve ser mantido e aplicado, pois, o entendimento acerca da inexigibilidade da presença do farmacêutico nesse tipo de estabelecimento, no período anterior a 25 de setembro de 2014, em respeito à jurisprudência

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

AC 00039795720144036111, Rel. CONSUELO YOSHIDA, e-DJF3 Judicial 20/06/2017:
TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA - CRF/SP. AUTUAÇÃO DE FARMÁCIA EM CLÍNICA VETERINÁRIA. MEDICAMENTOS CONSTANTES DA PORTARIA 344/1998. RESPONSÁVEL TÉCNICO. NECESSIDADE. LEI 13.021/2014.
1. A Lei nº 13.021/2014, aplicável às situações cogitadas nos autos de infração lavrados após sua vigência, prevê expressamente a necessidade da presença de farmacêutico em farmácias de qualquer natureza, inclusive nos chamados dispensários de medicamentos.
2. No caso vertente, os autos de infração foram lavrados em face farmácia mantida nas dependências da Clínica Veterinária da Associação de Ensino de Marília Ltda., que presta serviços de saúde aos animais, ante a necessidade da presença de técnico responsável inscrito no Conselho Regional de Farmácia.
3. De acordo com os autos de infração foi apurada pela fiscalização a existência de medicamentos constantes da Portaria 344/1998 do Ministério da Saúde, os quais são destinados também ao uso humano, de modo que se faz necessária a presença do profissional farmacêutico.
4. Não existe fundamento para a suspensão da exigibilidade das multas originárias das notificações relativas aos referidos autos de infração, sendo de rigor a reforma do r. *decisum* de primeiro grau.
5. Precedentes desta Corte: 3ª Turma, ED em AI nº 0004455-27.2016.4.03.0000, Rel. Des. Federal Carlos Muta, j. 08/09/2016, v.u.; 6ª Turma, AI nº 0022755-71.2015.4.03.0000, Des. Federal Johonsom Di Salvo, j. 07.07.2016, DJ 20.07.2016.
6. Apelação provida.

AI 00179824620164030000, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, e-DJF3 Judicial 30/06/2017:
DIREITO TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO. NECESSIDADE DE FARMACÊUTICO EM DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTOS APÓS O ADVENTO DA LEI Nº 13.021/2014.
1. A ação originária visa desconstituir a cobrança de multas por infração ao disposto do art. 24, parágrafo único, da Lei nº 3.820/1960, devidas ao Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo - CRF/SP, em razão da inexigibilidade de responsável técnico farmacêutico em dispensários de medicamentos, bem como impedir o ora agravante de autuar estabelecimentos prisionais do autor/agravado.
2. Na redação da Lei nº 3.820/60, que cria o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Farmácia, dando providências sobre tal profissão e a fiscalização desta, somente farmácias e drogarias estão obrigadas à manutenção de responsável técnico devidamente inscrito no Conselho Regional de Farmácia em suas dependências.
3. Já em 11/08/2014 foi publicada a chamada Nova Lei de Farmácia (Lei nº 13.021/2014), que, não revogando a Lei 3.820/60, passou a atuar subsidiariamente em tudo que aquela não tratava, como os casos de fiscalização e punição.
4. Antes da Lei 13.021/2014, diante do silêncio contido na Lei nº 3.820/60, a jurisprudência se consolidou no sentido de que a Súmula 140/TFR devia ser interpretada considerando dispensário de medicamentos a pequena unidade hospitalar com até 50 (cinquenta) leitos para efeito de afastar a obrigatoriedade da exigência de manter profissional farmacêutico. Nesse sentido, o C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.110.906/SP,

alçado como representativo da controvérsia e submetido à sistemática prevista no art. 543-C, do Código de Processo Civil revogado, firmou entendimento no sentido de que o conceito de dispensário de medicamentos, a excluir a presença de profissional farmacêutico, atinge tão somente clínicas e pequenas unidades hospitalares, isto é, aquelas com até 50 leitos.
5. Com a Lei nº 13.021/2014, a figura do dispensário de medicamentos foi incluída no conceito de farmácia, estendendo a ele a obrigatoriedade da responsabilidade e da assistência técnica de farmacêutico habilitado na forma da Lei, nos termos do artigo 3º.
6. Na espécie, as autuações administrativas, com exceção do Auto de Infração nº 277973, ocorreram antes da vigência da Lei º 13.021/2014, atraindo assim o entendimento da jurisprudência do STJ pela dispensa de profissionais farmacêuticos registrados no Conselho Regional de Farmácia em dispensários de medicamentos, sendo este qualquer unidade hospitalar ou pequena clínica com até 50 (cinquenta) leitos, situação que, obviamente, não se ajusta ao caso representado nestes autos. Por outro lado, o Auto de Infração nº 277973 foi lavrado em 12/12/2014, ou seja, depois da vigência da Lei nº 13.021/2014. Desta forma, deve ser mantida a suspensão dos Autos de Infração lavrados antes da vigência da Lei nº 13.021/2014.
7. Agravo parcialmente provido.

No caso, a própria agravante reconhece que havia solicitado a sua inscrição no CRF, embora tenha requerido cancelamento em 24/05/2016 (f. 39), em data posterior à primeira fiscalização em 18/04/2016 (f. 103/4), não obstante a segunda tenha ocorrido em 20/06/2016 (f. 105).

No estabelecimento da agravante foi apurada a existência de local com armazenamento de diversos medicamentos (f. 104-v), constando informe de inexistência de profissional habilitado para exercer a responsabilidade técnica na área de farmácia. A existência de enfermeira ou mesmo de médico não basta, à luz da legislação vigente, para dispensar o profissional da área de farmácia. A discussão do exagero da lei, dado os custos envolvidos na sua consecução, ainda que possa ser levada adiante no foro próprio, não viabiliza o descumprimento respectivo, enquanto vigente.

O fato de ter requerido cancelamento da inscrição não tem o condão de eximir a agravante de possuir o profissional exigido pela legislação e, com maior razão, no período em que a inscrição vigia tal responsabilidade técnica não poderia ter deixado de ser observada na contratação de pessoal.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO:

Trata-se de agravo de instrumento à antecipação de tutela em ação ajuizada por SUA IMAGEM DIAGNÓSTICOS MÉDICOS LTDA em face do Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo - CRF/SP, para reconhecimento de inexistência de relação jurídica que a obrigue a registro junto a este Conselho, afastando multas respectivas.

Discute-se no presente processo, em síntese, a exigência de profissional farmacêutico em laboratório de imagem.

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi deferido à SUA IMAGEM, pelo magistra-

do *a quo*, o que motivou a propositura do agravo de instrumento pelo CRF/SP, sob o argumento da obrigatoriedade de manutenção de farmacêuticos por todo o período de funcionamento, nos termos dos artigos 3º, 5º, 6º, I e 8º, parágrafo único, da Lei 13.021/2014, em vigor desde 27/09/2014; e que o dispensário de medicamentos, previsto na Lei 5.991/1973, como setor de fornecimento de medicamentos industrializados, privativo de pequena unidade hospitalar ou equivalente, deixou de existir, sendo atualmente classificado como "farmácia", expressamente na lei.

Iniciado o julgamento, o eminente Relator votou no sentido de dar provimento ao recurso, por entender que "A leitura sistemática da legislação revela que não é necessário que a farmácia comercialize medicamentos, mas apenas que os manipule ou dispense, ainda que a usuários privativos. A Lei 13.021/2014 foi rígida na imposição do dever de contratação de responsável técnico, superando a jurisprudência anterior, firmada nos termos da Súmula 140/TRF."

Pedi vista dos autos.

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

Nesse sentido, o art. 24, da lei nº 3.820/60 adverte que "as empresas e estabelecimentos que exploram serviços para os quais são necessárias atividades de profissional farmacêutico deverão provar perante os Conselhos Federal e Regionais que essas atividades são exercidas por profissional habilitado e registrado.".

A Lei nº 13.021/2014, conhecida como "Nova Lei de Farmácia", incluiu a figura do dispensário de medicamentos no conceito de farmácia, estendendo a ele a obrigatoriedade da responsabilidade e da assistência técnica de farmacêutico habilitado na forma da Lei. Porém, não produz efeitos retroativos, sendo aplicável esse novo conceito somente a partir da sua entrada em vigor.

Antes da Lei 13.021/2014, diante do silêncio contido na legislação, consolidou-se a jurisprudência no sentido de que se deveria interpretar a Súmula 140/TFR considerando dispensário de medicamentos a pequena unidade hospitalar com até 50 (cinquenta) leitos para efeito de afastar a exigência de contratação de farmacêutico.

No entanto, não me parece que laboratórios de imagem possam ser tidos por dispensários de medicamentos, e nem que se assemelhem a eles.

Como explicitado na inicial da agravada, seu objeto social é "a exploração da atividade de prestação de serviços médicos em diagnósticos por Imagem em geral; serviços de diagnóstico por registro gráfico - ECG, EEG, polissonografia, audiometria e outros serviços de diagnósticos por registro gráfico; e, Serviços de radiodiagnósticos, tais como: radiologia, médica e odontológica, densitometria óssea, hemodinâmica, medicina nuclear, mamografia e fluoroscopia." (fl. 15).

Não obstante, a Portaria 344/98/MS e a Nota Técnica 68/14, expedidas pela ANVISA, preconizam a necessidade da presença de farmacêutico responsável técnico em estabelecimentos que se utilizam dos medicamentos controlados, clínicas de imagens, oftalmologia e endoscopia. E se se faz necessária a presença do profissional farmacêutico nesses estabelecimentos, por óbvio que devem estar registradas no Conselho Regional de Farmácia.

Nos termos da Portaria nº 344/1998 entende-se por medicamento o produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico (art. 1º), estabelecendo ainda:

> DA GUARDA
> Art. 68 As substâncias constantes das listas deste Regulamento de suas atualizações, bem como os medicamentos que as contenham, existentes nos estabelecimentos, deverão ser obrigatoriamente guardados sob chave ou outro dispositivo que ofereça segurança, em local exclusivo para este fim, sob a responsabilidade do farmacêutico ou químico responsável, quando se tratar de indústria farmoquímica.

Do auto de infração (fl. 23) constata-se o armazenamento, pelo laboratório agravado, dentre outros, de Diazepam 10mg e Fentanila 0,05mg, substancias que constam no anexo da supramencionada Portaria.

Assim, indevida a concessão da tutela antecipada ao autor, não porque o laboratório de imagem possa ser tido por dispensário de medicamentos, mas porque há normas expedidas pelo próprio Ministério da Saúde determinando a presença de farmacêutico nos locais onde se faz uso e/ou manuseio de determinados tipos de medicamentos.

Ex positis, acompanho o relator, mas por fundamento diverso, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO

Direito Ambiental



AGRAVO DE INSTRUMENTO
0021900-92.2015.4.03.0000
(2015.03.00.021900-0)

Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Agravados: AES TIETÊ S/A E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE
Classe do Processo: AI 566715
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/08/2017

EMENTA

ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INFRAÇÕES AMBIENTAIS. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. CONFLITO DE NORMAS. *TEMPUS REGIT ACTUM*.
- A existência de três diplomas legais (artigo 2º da Lei nº 4.771/1965, antigo Código Florestal, recepcionado por ocasião da promulgação da Constituição Federal de 1988 e alterado pela Lei nº 7.803/1989, 2º e 3º da Resolução 302, de 20/03/2002, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), 3º, 4º, 59, 61-A e 62 da Lei nº 12.651/2012) a regular os limites para a definição de área de preservação permanente de modo diverso gerou certa discussão sobre qual aplicar em cada caso concreto. Como regra, inclusive por razões de segurança jurídica, os fatos devem ser regulados pela lei em vigor por ocasião de sua ocorrência (*"tempus regit actum"*), sob pena de violação à garantia constitucional do ato jurídico perfeito (artigo 5º, inciso XXXVI) e, nestes termos, não resta dúvida de que, *à primeira vista*, as infrações ambientais perpetradas em APP antes da vigência do Novo Código Florestal devem observar o Código anterior, ao passo que as posteriores devem ser abarcadas pela nova proteção. No entanto, neste cenário, não se pode perder de vista a eventual aplicação dos parâmetros trazidos no artigo 62 das Disposições Transitórias da novel legislação florestal, que determinou que a faixa da área de preservação em questão será a distância entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima *"maximorum"*, e que, a meu ver, tem cabimento tão somente em relação aos *atos já realizados sob a vigência do Código anterior, mas ainda pendentes de análise ambiental*. Assim, embora o legislador não o tenha afirmado expressamente, entende-se que caberá ao órgão ambiental aplicar a disciplina transitória às concessões registradas ou assinadas até 24/08/2011 e desde que ainda não se tenha manifestado formalmente quanto à delimitação da faixa de proteção do empreendimento, em observância à norma à época aplicável. Entendimento diverso traduziria verdadeira inconstitucionalidade por inobservância ao inciso XXXVI do artigo 5º da CP, bem assim à regra da irretroatividade legal, especialmente nos casos em que as normas transitórias implicassem a diminuição da proteção antes prevista no Código Florestal. Note-se que toda e qualquer atividade hermenêutica no âmbito do Direito Ambiental deve ter em mente o direito constitucional, das presentes e futuras gerações, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (artigo 225, *"caput"*), bem assim a garantia da preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais (artigo 225, parágrafo 1º) e os demais os princípios da Política Nacional do Meio Ambiente. Imprescindível igualmente se considerar a *"ratio"* da Lei nº 12.651/12, que

buscou facilitar a regularização das áreas de proteção irregularmente ocupadas, o que não pode ser confundido com suposta permissão legal para a manutenção de sua ocupação ou mesmo com a redução dos limites a serem observados a título de proteção.
- *In casu*, a autuação ambiental se deu em 09/06/2004 (fl.30), quando ainda vigia o antigo Código Florestal (Lei nº 4.771/65), cujo artigo 2º, letra b, item 3, combinado com o artigo 3º, inciso I, da Resolução CONAMA 302/2002, previa como área de preservação permanente (APP) as florestas e demais formas de vegetação natural situadas em faixa mínima de cem metros ao redor de reservatórios d'água naturais ou artificiais, e se refere ao entorno da Usina Hidrelétrica de Água Vermelha, que teve sua construção iniciada em 1973 e concluída em 1979, com potência instalada de 1.396 MW. A usina está localizada no Rio Grande, a 80 km da confluência com o Rio Paranaíba, e a transmissão até o anel energético da Grande São Paulo é feita através das subestações de Araraquara, Ribeirão Preto e Santa Bárbara d'Oeste (*http://www.ouroeste.com/hidreletrica-agua-vermelha/*)
- Os elementos trazidos pelo Ministério Público Federal, especialmente o auto de infração ambiental e boletim de ocorrência de fls. 28/32, não deixam dúvida quanto à existência das construções em APP.
- À vista de que a autuação ambiental se deu ainda na vigência Antigo Código Florestal, bem assim de inexiste pendência de manifestação do órgão ambiental quanto à definição dos limites de proteção a serem observados no empreendimento Usina Hidrelétrica de Água Vermelha, não há que se falar na aplicação das disposições transitórias do Novel Código neste particular.
- Ainda que se considerasse a aplicação das normas transitórias, do mesmo modo não encontraria o poluidor guarida na manutenção das construções realizadas na APP, porquanto o artigo 61-A autoriza exclusivamente a continuidade das atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural, situação diversa do rancho de lazer caracterizado nos autos.
- Impõe-se, por fim, determinar o âmbito de aplicação do artigo 59 da Lei nº 12.651/12. De fato, prevê o dispositivo a implantação de programas de regularização ambiental (PRA) pelo Poder Executivo, que têm como requisito a inscrição do imóvel rural no Cadastro Ambiental Rural (CAR) e respectiva intimação para assinatura de termo de compromisso. Prevê que, no período entre a publicação do Novo Código e a implantação dos programas, bem como após a adesão do interessado ao PRA e enquanto estiver em cumprimento o termo de compromisso, o possuidor ou proprietário não poderá ser autuado por infrações cometidas antes de 22 de julho de 2008, relativas à supressão irregular de vegetação em APP, de Reserva Legal e de uso restrito. Dispõe, ainda, que, a partir da assinatura do termo em questão, serão suspensas as sanções decorrentes das infrações e cumpridas as obrigações estabelecidas no PRA ou no termo para a regularização ambiental, com a conversão das multas em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente. Editadas as normas regulamentares, em especial o Decreto nº 8.235 de 05/05/2014, restou prorrogado o prazo para inscrição no Cadastro Ambiental Rural (CAR) por um ano, a contar de 05 de maio de 2015, nos termos da Portaria nº 100, de 04/05/2015, do Ministério do Meio Ambiente.
- A decisão agravada, considerada a mencionada prorrogação e ainda existir a possibilidade de regularização ambiental da área em discussão nos autos, determinou nova suspensão do feito, até 05/05/2016, o que entendo merecer reforma.

- O fato de a lei prever a implantação de programa de regularização ambiental no âmbito administrativo não pode constituir óbice à efetivação da proteção constitucional que deve ser destinada ao meio ambiente, especificamente às áreas de preservação permanente, especialmente protegidas, até porque, *in casu*, inexiste, até o momento, o cadastro do poluidor, bem assim o termo de compromisso de regularização. Restou demonstrada a ocupação irregular com supressão de vegetação e não se justifica a manutenção do dano ao meio ambiente em razão da prorrogação do prazo para que possuidores e proprietários manifestem eventual interesse em se cadastrar para promover a futura e incerta - ressalte-se - regularização ambiental administrativamente. A suspensão do processo equivale à manutenção da violação ao bem constitucional difuso até que a administração pública tenha condições de viabilizar programa que, ao final, busca a recuperação do meio ambiente, de modo a frustrar a tutela jurisdicional pleiteada.
- Vige o sistema da tríplice responsabilização pelo dano ambiental, que abarca as responsabilidades civil, penal e administrativa, decorrentes da prática ilícita contra o meio ambiente. Cuida-se, aqui, da tutela civil pública do direito difuso, que tem cabimento independentemente das demais esferas, de modo que nada impede que, viabilizada futura regularização no âmbito administrativo, o provimento jurisdicional final se mostre desnecessário. Não é esta, porém, a situação que se apresenta até o momento, na medida em que a suspensão do processo equivale à ratificação do dano já perpetrado.
- A natureza constitucional do meio ambiente, somada à irreverssibilidade de eventuais danos ambientais que possam decorrer da permanência da ocupação e aos documentos acostados, é suficiente para o deferimento do pedido formulado pelo agravante, de retomada do andamento da ação civil pública originária.
- O bem público se sujeita a regime próprio, caracterizado pela inalienabilidade, indisponibilidade, imprescritibilidade e insuscetibilidade de apropriação, características suficientes para embasar a concessão da liminar pleiteada pelo *Parquet*. Não há que se falar em situação consolidada de ocupação de área de preservação permanente para fins de se evitarem desocupação, demolição ou remoção das edificações, pois se encontram, desde a origem, em situação irregular. Precedentes do STJ.
- Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar provimento ao agravo de instrumento para determinar o prosseguimento da ação civil pública originária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado, vencida a Des. Fed. Marli Ferrerira, que negava provimento ao recurso.

São Paulo, 24 de maio de 2017.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator):

Agravo de instrumento com pedido de efeito ativo interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra decisão que determinou nova suspensão do andamento da Ação Civil Pública nº 0002797-61.2008.403.6106, até 05/05/2016, à vista do que consta do Decreto nº 8.235 do Ministério do Meio Ambiente, publicado em 05/05/2014, e da possibilidade de regularização ambiental da área objeto da lide (fl. 53).

Sustenta o agravante, em síntese:

a) a ação civil pública originária, ajuizada em 2008 para a reparação de danos ambientais decorrentes de indevida ocupação humana em área de preservação permanente, está com seu trâmite suspenso desde agosto de 2013, de modo a causar grave lesão ao meio ambiente;

b) fundou-se, para a suspensão do andamento processual, no artigo 59 da Lei 12.651/12, que teria permitido a regularização da ocupação em área de preservação permanente (APP);

c) a documentação que instruiu a ação principal comprova que os réus Nosso Grêmio Recreativo Esportivo e Lenir José dos Santos causaram dano direto em APP e o último impede a regeneração natural da vegetação local, porquanto mantém edificações localizadas na APP às margens do reservatório de acumulação de água para geração de energia elétrica da Usina Hidrelétrica de Água Vermelha (AES Tietê), área protegida nos termos do artigo 3º, inciso II, da Lei nº 12.651/12;

d) restou caracterizada omissão do IBAMA e da AES Tietê em fiscalizar e zelar pelo efetivo cumprimento da lei ambiental e igualmente da última quanto à observância das cláusulas protetivas previstas nos contratos de concessão de uso das áreas utilizadas como faixas de segurança do reservatório;

e) o Município de Riolânia/SP igualmente se omitiu quanto à fiscalização e tem tolerado a atuação indevida em APP, de modo conivente com a ocupação irregular;

f) apesar das alterações legislativas trazidas pelo Novo Código Florestal (Lei nº 12.651/12), as áreas de preservação permanente no entorno de reservatórios de acumulação de água para geração de energia elétrica continuam a ser protegidas, inclusive com a fixação de faixas mínimas e máximas para zonas rurais e urbanas (artigos 4º, inciso III, e 5º);

g) o artigo 62, ao estabelecer a faixa da área de preservação permanente como a distância entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima *maximorum* para os reservatórios artificiais de água destinados à geração de energia ou abastecimento público que tiveram seus contratos de concessão ou autorização assinados anteriormente à MP nº 2166/01, teria extinto para o reservatório de Água Vermelha a faixa de preservação permanente, com afronta ao artigo 225 da CF;

h) consoante informação prestada pela AES Tietê, o nível máximo operativo normal no reservatório de Água Vermelha, bem como a cota máxima *maximorum* estão em 383,30;

i) o artigo 225 da Constituição Federal assegura a todos o direito ao meio ambiente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, com imposição ao poder público e à coletividade do dever de defesa e preservação para as presentes e futuras gerações e ao ente estatal a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais e definição em todas as unidades da federação de espaços territoriais a serem especialmente protegidos, permitidas a alteração e a supressão somente por lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

j) a própria Lei nº 12.615/12 reconheceu a importância das áreas de preservação permanente (artigo 3º) e sua imprescindível função ambiental;

k) o disposto no artigo 62 se mostra absolutamente incongruente e incompatível com o texto constitucional e com o próprio Novo Código Florestal que, no caso específico do reservatório de Água Vermelha, fez desaparecer a faixa de preservação permanente;

l) o artigo 61-A do Novo Código Florestal dispõe que nas APP é autorizada exclusivamente a continuidade das atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural, em áreas rurais consolidadas até 22/07/2008, situação diversa da do réu, que, não obstante tenha informado no CAR-Cadastro Ambiental Rural ser a atividade principal a agricultura, conta com propriedade cuja destinação é tão somente o deleite e o lazer de seus proprietários, com construções insertas em área de preservação permanente, a cerca de 8,5 metros do nível máximo do reservatório;

m) não são aplicáveis aos autos os artigos 59 e 61-A da Lei nº 12.615/12, cuja leitura atenta e conjunta revela que se destinam apenas à regularização das áreas consolidadas em APP que explorem atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural;

n) o MPF requereu o julgamento do processo no estado em que se encontrava, mas a decisão agravada determinou nova suspensão do andamento do feito (até 05/05/2016), sob o fundamento da possibilidade de regularização ambiental da área, nos termos do Decreto nº 8.235/14 e Portaria nº 100/2015 do Ministério do Meio Ambiente;

o) a manutenção da ocupação da área, com expectativa de regularização aventada no *decisum* agravado, demonstra o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;

p) manter suspenso o processo significa deixar de dar a necessária resposta à ocupação irregular em APP que causou em continuará a causar lesão grave e de difícil reparação ao meio ambiente;

q) está justificado o recebimento do recurso na forma de instrumento e a concessão do efeito ativo (artigos 522 e 527, incisos I e II, c/c 558, do CPC);

r) a permanência humana em área de preservação permanente por si só já representa sério gravame ao meio ambiente, porque, além de impedir a regeneração da mata ciliar, produz resíduos que poluem o solo e a água, contribui para o processo diário de erosão, afugenta a fauna local e prejudica a cadeia alimentar aquática e terrestre, além de diminuir os recursos hídricos existentes;

s) a atual crise hídrica decorre não apenas das questões geográficas, climáticas e políticas, mas também da degradação ambiental pela ocupação humana de áreas de fundamental importância para o ciclo hidrológico;

t) o STJ tem empreendido esforços no sentido de promover uma conscientização acerca das necessidades de preservação de ecossistemas tão frágeis como as APP ciliares (Resp 176.753);

u) há pelo menos sete anos, ocorreu supressão da vegetação natural na APP e persiste a intervenção antrópica que impede a respectiva regeneração;

v) o parágrafo 12 do próprio artigo 61-A da Lei nº 12.651/12 permite a manutenção de residências e da infraestrutura associada tão somente às atividades agrossilvipastorias, de ecoturismo e de turismo rural e as que neste conceito não se inserem não são passíveis de regularização;

x) restou comprovado que o réu ocupou irregularmente área considerada de preservação permanente (ilícito civil) e tal ocupação não se tornou regular com a entrada em vigor do Novo

Código Florestal;

y) muito mais difícil, caro e complexo do que preservar o meio ambiente é tentar recompô-lo, restaurar os seus biomas e processos ecológicos;

w) a presença humana, ratificada pela documentação constante da inicial da ação principal, é suficiente para comprovar a relevância da fundamentação e a ameaça de lesão grave e difícil reparação.

Requer a concessão do efeito ativo e, ao final, o provimento do agravo de instrumento, com o prosseguimento do curso do processo principal.

Foi deferido o pedido de antecipação da tutela recursal para determinar o prosseguimento da ação civil pública originária (fls. 70/85vº).

Contraminuta da AES Tietê S/A às fls. 89/99.

Em seu parecer, o MPF opinou fosse dado provimento ao recurso.

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator):

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é bem jurídico de natureza difusa que encontra ampla proteção no texto constitucional, especificamente no artigo 225, *caput*, bem assim na Lei nº 7.347/85, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos direitos difusos e coletivos, *verbis:*

> CF
> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
> § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
> (...)
> III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; *(*Regulamento)
> (...)
> VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. *(*Regulamento)
> § 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.
> § 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.
>
> Lei 7.447/85
> Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

l - ao meio-ambiente;
(...)

As áreas de preservação permanente (APP) foram inicialmente tratadas no artigo 2º da Lei nº 4.771/1965, antigo Código Florestal, recepcionado por ocasião da promulgação da Constituição Federal de 1988 e alterado pela Lei nº 7.803/1989, que previu no seu rol as florestas e demais formas de vegetação natural situadas ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais, nos seguintes termos:

> Art. 2º. Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:
> a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será:
> 1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura;
> 2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;
> 3 - de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;
> 4 - de 200 (duzentos) metros para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;
> 5 - de 500 (quinhentos) metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;
> b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;
> c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados "olhos d'água", qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura;
> d) no topo de morros, montes, montanhas e serras;
> e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45º, equivalente a 100% na linha de maior declive;
> f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;
> g) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais;
> h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação.
> i) nas áreas metropolitanas definidas em lei. - grifei

Instituído o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), a fim de implantar a Política Nacional do Meio Ambiente, foi editada a Resolução 302, de 20/03/2002, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), que tratou das larguras mínimas das áreas a serem consideradas para fins de área de preservação permanente (APP):

> Art. 2º Para efeito desta Resolução são adotadas as seguintes definições:
> I - Reservatório artificial: acumulação não natural de água destinada a quaisquer de seus múltiplos usos;
> II - Área de Preservação Permanente: a área marginal ao redor do reservatório artificial e suas ilhas, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem estar das populações humanas;
> (...)
> V - Área Urbana Consolidada: aquela que atende aos seguintes critérios:
> a) definição legal pelo poder público;
> b) existência de, no mínimo, quatro dos seguintes equipamentos de infra-estrutura urbana:

1. malha viária com canalização de águas pluviais,
2. rede de abastecimento de água;
3. rede de esgoto;
4. distribuição de energia elétrica e iluminação pública;
5. recolhimento de resíduos sólidos urbanos;
6. tratamento de resíduos sólidos urbanos; e

c) densidade demográfica superior a cinco mil habitantes por km2.

Art. 3º Constitui Área de Preservação Permanente a área com largura mínima, em projeção horizontal, no entorno dos reservatórios artificiais, medida a partir do nível máximo normal de:

I - trinta metros para os reservatórios artificiais situados em áreas urbanas consolidadas *e cem metros para áreas rurais*;

II - quinze metros, no mínimo, para os reservatórios artificiais de geração de energia elétrica com até dez hectares, sem prejuízo da compensação ambiental.

III - quinze metros, no mínimo, para reservatórios artificiais não utilizados em abastecimento público ou geração de energia elétrica, com até vinte hectares de superfície e localizados em área rural. - grifei

Posteriormente, com o advento da Lei nº 12.651/2012 (Novo Código Florestal), nova regulamentação foi dada à matéria com a previsão de que a APP no entorno dos reservatórios d'água artificiais decorrentes de barramento ou represamento de cursos d'água naturais se daria na faixa definida na licença ambiental do empreendimento, *verbis*:

Art. 3º. Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

(...)

II - Área de Preservação Permanente - APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas;

(...)

Art. 4º. Considera-se Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta Lei:

I - as faixas marginais de qualquer curso d'água natural perene e intermitente, excluídos os efêmeros, desde a borda da calha do leito regular, em largura mínima de:

a) 30 (trinta) metros, para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura;

b) 50 (cinquenta) metros, para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;

c) 100 (cem) metros, para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;

d) 200 (duzentos) metros, para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;

e) 500 (quinhentos) metros, para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;

II - as áreas no entorno dos lagos e lagoas naturais, em faixa com largura mínima de:

a) 100 (cem) metros, em zonas rurais, exceto para o corpo d'água com até 20 (vinte) hectares de superfície, cuja faixa marginal será de 50 (cinquenta) metros;

b) 30 (trinta) metros, em zonas urbanas;

III - as áreas no entorno dos reservatórios d'água artificiais, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d'água naturais, na faixa definida na licença ambiental do empreendimento;

IV - as áreas no entorno das nascentes e dos olhos d'água perenes, qualquer que seja sua

situação topográfica, no raio mínimo de 50 (cinquenta) metros;
V - as encostas ou partes destas com declividade superior a 45º, equivalente a 100% (cem por cento) na linha de maior declive;
VI - as restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;
VII - os manguezais, em toda a sua extensão;
VIII - as bordas dos tabuleiros ou chapadas, até a linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais;
IX - no topo de morros, montes, montanhas e serras, com altura mínima de 100 (cem) metros e inclinação média maior que 25º, as áreas delimitadas a partir da curva de nível correspondente a 2/3 (dois terços) da altura mínima da elevação sempre em relação à base, sendo esta definida pelo plano horizontal determinado por planície ou espelho d'água adjacente ou, nos relevos ondulados, pela cota do ponto de sela mais próximo da elevação;
X - as áreas em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação;
XI - em veredas, a faixa marginal, em projeção horizontal, com largura mínima de 50 (cinquenta) metros, a partir do espaço permanentemente brejoso e encharcado.
(...)

No entanto, o referido Código também, em seu capítulo XIII, *Disposições Transitórias*, previu a implantação de programa de regularização ambiental (*artigo 59*), bem assim dispôs sobre a possibilidade de continuidade das atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural em APP de áreas rurais consolidadas (*artigo 61-A*) e nova fórmula de cálculo para a faixa da área de preservação permanente no entorno dos reservatórios artificiais (*artigo 62*), *"verbis"*:

CAPÍTULO XIII
DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS
Seção I
Disposições Gerais
Art. 59. A União, os Estados e o Distrito Federal deverão, no prazo de 1 (um) ano, contado a partir da data da publicação desta Lei, prorrogável por uma única vez, por igual período, por ato do Chefe do Poder Executivo, implantar *Programas de Regularização Ambiental - PRAs* de posses e propriedades rurais, com o objetivo de adequá-las aos termos deste Capítulo.
§ 1º. Na regulamentação dos PRAs, a União estabelecerá, em até 180 (cento e oitenta) dias a partir da data da publicação desta Lei, sem prejuízo do prazo definido no *caput*, normas de caráter geral, incumbindo-se aos Estados e ao Distrito Federal o detalhamento por meio da edição de normas de caráter específico, em razão de suas peculiaridades territoriais, climáticas, históricas, culturais, econômicas e sociais, conforme preceitua o *a*rt. 24 da Constituição Federal.
§ 2º. A inscrição do imóvel rural no CAR é condição obrigatória para a adesão ao PRA, devendo esta adesão ser requerida pelo interessado no prazo de 1 (um) ano, contado a partir da implantação a que se refere o *caput*, prorrogável por uma única vez, por igual período, por ato do Chefe do Poder Executivo.
§ 3º. Com base no requerimento de adesão ao PRA, o órgão competente integrante do Sisnama convocará o proprietário ou possuidor para assinar o termo de compromisso, que constituirá título executivo extrajudicial.
§ 4º. No período entre a publicação desta Lei e a implantação do PRA em cada Estado e no Distrito Federal, bem como após a adesão do interessado ao PRA e enquanto estiver sendo cumprido o termo de compromisso, o proprietário ou possuidor não poderá ser autuado por infrações cometidas antes de 22 de julho de 2008, relativas à supressão irregular de vegetação em Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal e de uso restrito.

> § 5º. A partir da assinatura do termo de compromisso, serão suspensas as sanções decorrentes das infrações mencionadas no § 4*o* deste artigo e, cumpridas as obrigações estabelecidas no PRA ou no termo de compromisso para a regularização ambiental das exigências desta Lei, nos prazos e condições neles estabelecidos, as multas referidas neste artigo serão consideradas como convertidas em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente, regularizando o uso de áreas rurais consolidadas conforme definido no PRA.
> (...)
> Seção II
> Das Áreas Consolidadas em Áreas de Preservação Permanente
> Art. 61-A. Nas Áreas de Preservação Permanente, é autorizada, exclusivamente, a continuidade das atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural em áreas rurais consolidadas até 22 de julho de 2008.
> (...)
> Art. 62. Para os reservatórios artificiais de água destinados a geração de energia ou abastecimento público que foram registrados ou tiveram seus contratos de concessão ou autorização assinados anteriormente à Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, a faixa da Área de Preservação Permanente será a distância entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima maximorum. - grifei

A existência de três diplomas legais a regular os limites para a definição de área de preservação permanente de modo diverso gerou certa discussão quanto aquele a ser aplicado em cada caso concreto. Como regra, inclusive por razões de segurança jurídica, os fatos devem ser regulados pela lei em vigor por ocasião de sua ocorrência (*"tempus regit actum"*), sob pena de violação à garantia constitucional do ato jurídico perfeito (artigo 5º, inciso XXXVI) e, nestes termos, não resta dúvida de que, *à primeira vista*, as infrações ambientais perpetradas em APP antes da vigência do Novo Código Florestal devem observar o Código anterior, ao passo que as posteriores devem ser abarcadas pela nova proteção. No entanto, neste cenário, não se pode perder de vista a eventual aplicação dos parâmetros trazidos no artigo 62 das disposições transitórias da novel legislação florestal, que determinou que a faixa da área de preservação em questão será a distância entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima *"maximorum"*, e que, a meu ver, tem cabimento tão somente em relação aos *atos já realizados sob a vigência do Código anterior, mas ainda pendentes de análise ambiental.* Assim, embora o legislador não o tenha afirmado expressamente, entendo que caberá ao órgão ambiental aplicar a disciplina transitória às concessões registradas ou assinadas até 24/08/2011 e desde que já não tenha se manifestado formalmente quanto à delimitação da faixa de proteção do empreendimento, em observância à norma à época aplicável. Entendimento diverso traduziria verdadeira inconstitucionalidade por inobservância ao inciso XXXVI do artigo 5º da CP, bem assim à regra da irretroatividade legal, especialmente nos casos em que as normas transitórias implicassem a diminuição da proteção antes prevista no Código Florestal. Note-se que toda e qualquer atividade hermenêutica no âmbito do Direito Ambiental deve ter em mente o direito constitucional, das presentes e futuras gerações, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (artigo 225, *"caput"*), bem assim a garantia da preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais (artigo 225, parágrafo 1º) e os demais os princípios da Política Nacional do Meio Ambiente. Imprescindível igualmente se considerar a *"ratio"* da Lei nº 12.651/12, que buscou facilitar a regularização das áreas de proteção irregularmente ocupadas, o que não pode ser confundido com suposta permissão legal para a manutenção de sua ocupação ou mesmo com a redução dos limites a serem observados a título de proteção.

In casu, a autuação ambiental se deu em 09/06/2004 (fl.30), quando ainda vigia o antigo Código Florestal (Lei nº 4.771/65), cujo artigo 2º, letra b, item 3, combinado com o artigo

3º, inciso I, da Resolução CONAMA 302/2002, previa como área de preservação permanente (APP) as florestas e demais formas de vegetação natural situadas em faixa mínima de cem metros ao redor de reservatórios d'água naturais ou artificiais, e se refere ao entorno da Usina Hidrelétrica de Água Vermelha, que teve sua construção iniciada em 1973 e concluída em 1979, com potência instalada de 1.396 MW. A usina está localizada no Rio Grande, a 80 km da confluência com o Rio Paranaíba, e a transmissão até o anel energético da Grande São Paulo é feita através das subestações de Araraquara, Ribeirão Preto e Santa Bárbara d'Oeste (*http://www.ouroeste.com/hidreletrica-agua-vermelha/*)

Os elementos trazidos pelo Ministério Público Federal, especialmente o auto de infração ambiental e boletim de ocorrência de fls. 28/32, não deixam dúvida quanto à existência das construções em APP.

Igualmente restou constatada no Relatório de Vistoria nº 009/12 do IBAMA, às fls. 41/47:

> Foi possível verificar que o autuado reside no local, fazendo uso frequente das dependências do imóvel, porém, sem a introdução de novas alterações, não agravando ou aumentando as modificações ambientais até o momento efetuadas na área. Desta forma, o mesmo vem preservando o "status quo", cumprimento assim o disposto em sentença junto aos autos.
> Na ocasião foi realizado um levantamento minucioso de todas as edificações situadas em área de preservação permanente. Estas construções, erigidas em alvenaria, se encontram em estado regular de conservação e perfazem 1.089,00 m2, sendo elas:
> a) Calçadas e passarela de acesso ao píer, com 76,55 m2, situadas a uma distância de 8,5 metros da c.m.n.o.;
> b) Antigo prédio dos vestiários do clube, c/calçada ao redor, coberto com telhas de fibrocimento, com 159,65 m2, situado a uma distância de 46,0 metros da c.m.n.o.;
> c) Calçadas do tipo passarela que totalizam 33,80m2, situadas a 64,7 metros da c.m.n.o.;
> d) Antigo prédio do alojamento do clube, c/ calçada ao redor, coberto com telhas de fibrocimento, com 196,00 m2, situado a 66,00 metros da c.m.n.o.;
> e) Área calçada da antiga piscina, com 119,80 m2, situada a 77,5 metros da c.m.n.o.;
> f) Calçada de acesso ao campo de futebol, com 9,85m2, a 67,3 metros da c.m.n.o.;
> g) Caixa de areia com borda de alvenaria, contendo playground, com 91,85 m2, situada a 72,4 m da c.m.n.o.;
> h) Canaleta e escada em concreto, com 44,60 m2, situadas a 80,0 metros da c.m.n.o.;
> i) Parte do salão de festas /lanchonete, com calçadas ao redor, coberto com telhas de fibrocimento, sendo 330,70 m2 em APP, situado a 76,3 metros da c.m.n.o.;
> j) Parte de uma rampa de concreto para veículos, com 26,20 m2 em APP, situada a 93,metros da c.m.n.o..
> No restante da área do imóvel encontram-se ainda outras pequenas intervenções, tais como postes, pia, fossa, bancos de concreto, assim como extensos gramados e um campo de futebol. A APP do imóvel possui ainda alguns arbustos e árvores nativas de pequeno e médio portes, algumas frutíferas e exóticas, além de plantas utilizadas para ornamentação. Não há criação de animais e nem foi observada a introdução de novas plantas exóticas sobre esta área.
> Verificou-se ainda que em toda a APP vistoriada não foram implantados os marcos demarcatórios da faixa de desapropriação do reservatório pela empresa AES Tietê/AS. Questionados sobre o assunto, tanto a esposa como o filho do proprietário do imóvel informaram desconhecer a implantação destes marcos. Notamos que esta faixa encontra-se totalmente desocupada de intervenções, com exceção feita a uma pequena passarela em madeira para acesso ao píer existente no reservatório, encontrando-se em fase de regeneração da vegetação nativa. (fls. 41/42)

À vista de que a autuação ambiental se deu ainda na vigência Antigo Código Florestal, bem assim de inexiste pendência de manifestação do órgão ambiental quanto à definição dos limites de proteção a serem observados no empreendimento Usina Hidrelétrica de Água Vermelha, não há que se falar na aplicação das disposições transitórias do Novel Código neste particular.

Ainda que se considerasse a aplicação das normas transitórias, do mesmo modo não encontraria o poluidor guarida na manutenção das construções realizadas na APP, porquanto o artigo 61-A autoriza exclusivamente a continuidade das atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural, situação diversa da atividade de lazer caracterizados nos autos.

Impõe-se, por fim, determinar o âmbito de aplicação do artigo 59 da Lei nº 12.651/12.

De fato, prevê o dispositivo a implantação de programas de regularização ambiental (PRA) pelo Poder Executivo, que têm como requisito a inscrição do imóvel rural no Cadastro Ambiental Rural (CAR) e respectiva intimação para assinatura de termo de compromisso. Prevê que no período entre a publicação do Novo Código e a implantação dos programas, bem como após a adesão do interessado ao PRA e enquanto estiver em cumprimento o termo de compromisso, o possuidor ou proprietário não poderá ser autuado por infrações cometidas antes de 22 de julho de 2008 relativas à supressão irregular de vegetação em APP, de Reserva Legal e de uso restrito. Dispõe, ainda, que, a partir da assinatura do termo em questão, serão suspensas as sanções decorrentes das infrações e cumpridas as obrigações estabelecidas no PRA ou no termo para a regularização ambiental, com a conversão das multas em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente. Editadas as normas regulamentares, em especial o Decreto nº 8.235 de 05/05/2014, restou prorrogado o prazo para inscrição no Cadastro Ambiental Rural (CAR), por um ano, a contar de 05 de maio de 2015, nos termos da Portaria nº 100, de 04/05/2015, do Ministério do Meio Ambiente.

A decisão agravada, considerada a mencionada prorrogação e ainda existir a possibilidade de regularização ambiental da área em discussão nos autos, determinou nova suspensão do feito, até 05/05/2016, o que entendo merecer reforma.

O fato de a lei prever a implantação de programa de regularização ambiental no âmbito administrativo não pode constituir óbice à efetivação da proteção constitucional que deve ser destinada ao meio ambiente, especificamente às áreas de preservação permanente, especialmente protegidas, até porque, *in casu*, inexiste, até o momento, o cadastro do poluidor, bem assim o termo de compromisso de regularização. Restou demonstrada a ocupação irregular com supressão de vegetação e não se justifica a manutenção do dano ao meio ambiente em razão da prorrogação do prazo para que possuidores e proprietários manifestem eventual interesse em se cadastrar para promover a futura e incerta - ressalte-se - regularização ambiental administrativamente. A suspensão do processo equivale à manutenção da violação ao bem constitucional difuso até que a administração pública tenha condições de viabilizar programa que, ao final, busca a recuperação do meio ambiente, de modo a frustrar a tutela jurisdicional pleiteada.

Vige o sistema da tríplice responsabilização pelo dano ambiental, que abarca tanto a responsabilidade civil, como a penal e a administrativa decorrente da prática ilícita contra o meio ambiente. Cuida-se, aqui, da tutela civil pública do direito difuso, que tem cabimento independentemente das demais esferas, de modo que nada impede que, viabilizada futura regularização no âmbito administrativo, o provimento jurisdicional final se mostre desnecessário. Não é esta, porém, a situação que se apresenta até o momento, na medida em que a suspensão do processo equivale à ratificação do dano já perpetrado.

A natureza constitucional do meio ambiente, somada à irreverssibilidade de eventuais

danos ambientais que possam decorrer da permanência da ocupação e aos documentos acostados, é suficiente para o deferimento do pedido formulado pelo agravante, de retomada do andamento da ação civil pública originária.

Por fim, o bem público sujeita-se a regime próprio, caracterizado pela inalienabilidade, indisponibilidade, imprescritibilidade e insuscetibilidade de apropriação, características suficientes para embasar a concessão da liminar pleiteada pelo *Parquet*. Não há que se falar em situação consolidada de ocupação de área de preservação permanente para fins de se evitar desocupação, demolição ou remoção das edificações, pois se encontram, desde a origem, em situação irregular.

A respeito do tema, cumpre destacar o Recurso Especial nº 1.240.122-PR, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, que segue na íntegra:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. NOVO CÓDIGO FLORESTAL (LEI 12.651/2012). REQUERIMENTO. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO CONTRA ACÓRDÃO. INVIABILIDADE. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. RECEBIMENTO COMO EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO APONTADA. AUTO DE INFRAÇÃO. IRRETROATIVIDADE DA LEI NOVA. ATO JURÍDICO PERFEITO. DIREITO ADQUIRIDO. ART. 6º, *CAPUT*, DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO.
> 1. Trata-se de requerimento apresentado pelo recorrente, proprietário rural, no bojo de "ação de anulação de ato c/c indenizatória", com intuito de ver reconhecida a falta de interesse de agir superveniente do Ibama, em razão da entrada em vigor da Lei 12.651/2012 (novo Código Florestal), que revogou o Código Florestal de 1965 (Lei 4.771) e a Lei 7.754/1989. Argumenta que a nova legislação "o isentou da punição que o afligia", e que "seu ato não representa mais ilícito algum", estando, pois, "livre das punições impostas". Numa palavra, afirma que a Lei 12.651/2012 procedera à anistia dos infratores do Código Florestal de 1965, daí sem valor o auto de infração ambiental lavrado contra si e a imposição de multa de R$ 1.500, por ocupação e exploração irregulares, anteriores a julho de 2008, de Área de Preservação Permanente nas margens do rio Santo Antônio.
> 2. O requerimento caracteriza, em verdade, pleito de reconsideração da decisão colegiada proferida pela Segunda Turma, o que não é admitido pelo STJ. Nesse sentido: RCDESP no AgRg no Ag 1.285.896/MS, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, DJe 29.11.2010; AgRg nos EREsp 1.068.838/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, DJe 11.11.2010; PET nos EDcl no AgRg no Ag 658.661/MG, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJe 17.3.2011; RCDESP no CC 107.155/MT, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Segunda Seção, DJe 17.9.2010; RCDESP no Ag 1.242.195/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 3.9.2010. Por outro lado, impossível receber pedido de reconsideração como Embargos de Declaração, sob o manto do princípio da fungibilidade recursal, pois não se levanta nenhuma das hipóteses do art. 535 do CPC.
> 3. Precedente do STJ que faz valer, no campo ambiental-urbanístico, a norma mais rigorosa vigente à época dos fatos, e não a contemporânea ao julgamento da causa, menos protetora da Natureza: O "direito material aplicável à espécie é o então vigente à época dos fatos. *In casu*, Lei nº 6.766/79, art. 4º, III, que determinava, em sua redação original, a 'faixa non aedificandi de 15 (quinze) metros de cada lado' do arroio" (REsp 980.709/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 2.12.2008).
> 4. Ademais, como deixa claro o novo Código Florestal (art. 59), o legislador não anistiou geral e irrestritamente as infrações ou extinguiu a ilicitude de condutas anteriores a 22 de julho de 2008, de modo a implicar perda superveniente de interesse de agir. Ao contrário, a recuperação do meio ambiente degradado nas chamadas áreas rurais consolidadas continua de rigor, agora por meio de procedimento administrativo, no âmbito de Programa de Regularização Ambiental - PRA, após a inscrição do imóvel no Cadastro Ambiental Rural - CAR

(§ 2º) e a assinatura de Termo de Compromisso (TC), valendo este como título extrajudicial (§ 3º). Apenas a partir daí "serão suspensas" as sanções aplicadas ou aplicáveis (§ 5º, grifo acrescentado). Com o cumprimento das obrigações previstas no PRA ou no TC, "as multas" (e só elas) "serão consideradas convertidas em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente".

5. Ora, se os autos de infração e multas lavrados tivessem sido invalidados pelo novo Código ou houvesse sido decretada anistia geral e irrestrita das violações que lhe deram origem, configuraria patente contradição e ofensa à lógica jurídica a mesma lei referir-se a "suspensão" e "conversão" daquilo que não mais existiria: o legislador não suspende, nem converte o nada jurídico. Vale dizer, os autos de infração já constituídos permanecem válidos e blindados como atos jurídicos perfeitos que são - apenas a sua exigibilidade monetária fica suspensa na esfera administrativa, no aguardo do cumprimento integral das obrigações estabelecidas no PRA ou no TC. Tal basta para bem demonstrar que se mantém incólume o interesse de agir nas demandas judiciais em curso, não ocorrendo perda de objeto e extinção do processo sem resolução de mérito (CPC, art. 267, VI).

6. Pedido de reconsideração não conhecido.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): O recorrente, Leonildo Isidoro Chiaradia, apresenta petição na qual requer a extinção do processo por causa superveniente em decorrência dos seguintes fatos e fundamentos:

a) em 25.5.2012 foi sancionado o novo Código Florestal, Lei 12.651/2012;

b) os arts. 59 e 60 da precitada lei possibilitam a suspensão da exigibilidade das multas ambientais lavradas acerca de fatos vinculados às Áreas de Preservação Permanente que tenham se consolidado anteriormente a 22.6.2008;

c) o presente caso se harmoniza com a previsão legal de suspensão das multas;

d) apesar de o requerente ter de aguardar que o Estado promova os atos necessários para fazer jus ao seu direito, carece de interesse de agir o Ibama na presente demanda, pois a multa ambiental em questão está inclusa na suspensão de exigibilidade prevista no art. 59, § 5º, do novo Código Florestal;

e) conforme o art. 61-A da Lei 12.651/201, o requerente poderia continuar usando as Áreas de Preservação Permanente consolidadas, até 22.7.2008, como áreas rurais;

f) diante do novo diploma legal, o requerente já não está praticando ilícito algum;

g) falta interesse de agir do Ibama, em razão da perda superveniente de objeto (art. 267, VI, do CPC);

h) se acolhido o pedido de extinção do processo, o requerido (Ibama) deve ser condenado a pagar honorários advocatícios de sucumbência.

Em síntese, argumenta que a nova lei "o isentou da punição que o afligia", e que "seu ato não representa mais ilícito algum", estando, pois, "livre das punições impostas". Numa palavra, afirma que a Lei 12.651/2012 procedera à anistia dos infratores do Código Florestal de 1965, daí sem valor o auto de infração ambiental lavrado contra si e a imposição de multa de R$ 1.500, por ocupação e exploração irregulares, anteriores a julho de 2008, de Área de Preservação Permanente nas margens do rio Santo Antônio.

O Ministério Público Federal manifestou sua falta de interesse de agir na presente situação processual (fls. 598-599/STJ) e devolveu os autos a esta Segunda Turma para dar impulso ao feito.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): O pleito do recorrente não pode ser acolhido.

1. Descabimento de pedido de reconsideração em decisão colegiada

Embora não nominada, a petição ora em exame caracteriza nítido pedido de reconsideração

contra decisão colegiada da Segunda Turma desta Corte, o que, nos termos da consolidada jurisprudência do STJ, é descabido. Nessa linha:
"PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO DE ACÓRDÃO QUE NEGOU PROVIMENTO A AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. - É manifestamente incabível o pedido de reconsideração de decisão proferida por órgão colegiado, sendo inaplicável o princípio da fungibilidade recursal. Pedido não conhecido". (RCDESP no AgRg no Ag 1285896/MS, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, DJe 29/11/2010, grifei).
"PROCESSO CIVIL. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. RECEBIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL. ACÓRDÃO. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO COLEGIADA. - Impossível o recebimento de pedido de reconsideração como agravo regimental contra decisão colegiada, ante a ausência de previsão legal e ao entendimento de que o referido recurso é cabível tão somente contra decisões unipessoais proferidas pelo relator do recurso. - Pedido não conhecido". (AgRg nos EREsp 1.068.838/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, DJe 11/11/2010, grifei).
"CIVIL E PROCESSUAL. PETIÇÃO DE RECONSIDERAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALEGAÇÃO DE JULGAMENTO DOS EMBARGOS COM EFEITO INFRINGENTE. PEDIDO INCABÍVEL. ACÓRDÃO TURMÁRIO. PETIÇÃO NÃO CONHECIDA. I - Não cabe pedido de reconsideração contra acórdão turmário. II - Pedido não conhecido". (PET nos EDcl no AgRg no Ag 658.661/MG, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, DJe 17/3/2011, grifei).
"PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. DECISÃO COLEGIADA. ERRO GROSSEIRO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PROTOCOLIZAÇÃO SERÔDIA.
I. O pedido de reconsideração não possui previsão legal, mormente quando dirigido contra acórdão, procedimento que configura erro grosseiro e que inviabiliza, por aplicação do princípio da fungibilidade recursal, o recebimento como embargos de declaração.
II. Ainda assim, não restaria satisfeito o requisito da tempestividade, pois a petição não obedeceu ao prazo fixado no art. 536 do CPC.
III. Pedido de reconsideração não conhecido".
(RCDESP no CC 107.155/MT, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, SEGUNDA SEÇÃO, DJe 17/9/2010).
"PROCESSUAL CIVIL - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO - DECISÃO COLEGIADA - NÃO CABIMENTO - ERRO GROSSEIRO - INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE - INTEMPESTIVIDADE.
1. A jurisprudência desta Corte é pacífica ao reconhecer o não cabimento de pedido de reconsideração de decisão colegiada. Precedentes.
2. Existência de erro grosseiro, o que inviabiliza a aplicação do Princípio da Fungibilidade e, consequentemente, seu recebimento como embargos de declaração.
3. Ademais, não seria possível conhecer da irresignação como embargos de declaração, por sua manifesta intempestividade. O pedido de reconsideração foi apresentado via fax sem, contudo, apresentar os originais no prazo de cinco dias, nos termos do art. 2º da Lei nº 9.800/99.
Pedido de reconsideração não conhecido".
(RCDESP no Ag 1.242.195/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 3/9/2010).
2. Violação ao art. 535 do CPC
Ainda que se receba a petição inominada, sob o manto do princípio da fungibilidade recursal, como Embargos de Declaração, não é levantada nenhuma das hipóteses do art. 535 do CPC. Assim, inviável conhecer dos aclaratórios.
3. Não configuração de perda de objeto. Impossibilidade de extinção do processo sem resolução de mérito quanto a infrações florestais administrativas, anteriores a 22.7.2008

Como se viu acima, o recorrente defende que a nova lei "o isentou da punição que o afligia", e que "seu ato não representa mais ilícito algum", estando, pois, "livre das punições impostas". Noutras palavras, assevera que a Lei 12.651/2012 procedera à anistia universal e incondicionada dos infratores do Código Florestal de 1965. Daí sem valor e destituído de base jurídica o auto de infração ambiental lavrado contra si e a imposição de multa de R$ 1.500, ambos decorrentes de ocupação e exploração irregulares, anteriores a julho de 2008, de Área de Preservação Permanente nas margens do rio Santo Antônio.

Ao contrário do alegado, no novo Código Florestal (art. 59) não se encontra a anistia universal e incondicionada pretendida pelo proprietário rural, de maneira a extinguir ou apagar os efeitos dos atos ilícitos praticados anteriormente a 22 de julho de 2008 e a implicar, consequentemente, automática perda superveniente de interesse de agir.

Ao contrário, o art. 59 mostra-se claríssimo no sentido de que a recuperação do meio ambiente degradado nas chamadas áreas rurais consolidadas continua de rigor. Para tanto, ordena que essa prescrição se realize por meio de procedimento administrativo no âmbito de Programa de Regularização Ambiental - PRA, após a inscrição do imóvel no Cadastro Ambiental Rural - CAR (§ 2º) e a assinatura de Termo de Compromisso (TC), valendo este como título extrajudicial (§ 3º). Apenas a partir daí "serão suspensas" as sanções aplicadas ou aplicáveis (§ 5º, grifo acrescentado). Por ocasião do cumprimento integral das obrigações previstas no PRA ou no TC, "as multas" (e só elas), resultado da repristinação ecológica da área e das medidas de mitigação e compensação exigidas, "serão consideradas convertidas em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente".

Ora, se os autos de infração e multas tivessem sido invalidados pelo novo Código ou houvesse sido decretada anistia ampla e irrestrita das violações que lhe deram origem, evidenciaria contradição e ofensa à lógica jurídica a mesma lei referir-se a "suspensão" e "conversão" daquilo que não mais existiria: o legislador não suspende ou converte o nada jurídico, o que antes era e depois (com a nova lei) deixou de ser. Vale dizer, a regra geral é que os autos de infração lavrados continuam plenamente válidos, intangíveis e blindados, como ato jurídico perfeito que são - apenas sua exigibilidade monetária fica suspensa na esfera administrativa, no aguardo do cumprimento integral das obrigações estabelecidas no PRA ou no TC. Tal basta para bem demonstrar que se mantém incólume o interesse de agir nas demandas judiciais em curso, não ocorrendo perda de objeto e extinção do processo sem resolução de mérito (CPC, art. 267, VI).

Note-se que, conforme a Lei 12.651/2012, a regularização ambiental ("ambiental", e não simplesmente "florestal", o que implica o diálogo das fontes entre o novo Código, a Constituição Federal, a Constituição Estadual, e as demais leis que regem a proteção do meio ambiente) deve ocorrer na esfera administrativa, denotando inconveniência, para não dizer despropósito, pretender que o Poder Judiciário substitua a autoridade ambiental e passe a verificar, em cada processo, e a acompanhar por anos a fio (no lapso temporal do cumprimento das medidas de repristinamento ecológico, mitigação e compensação) a plena recuperação dos ecossistemas degradados e o cumprimento das obrigações instituídas no PRA. Aí estão providências intrincadas que devem ser técnica e previamente avaliadas e avalizadas, e depois fiscalizadas, pelo órgão ambiental, e não pelo juiz de demanda em curso. Saliente-se, em acréscimo, que no presente caso inexiste comprovação de adesão a tais programas, condição *sine qua non* para o requerente obter eventuais benefícios previstos na lei, muito embora, como já frisado, isso não seja capaz de mudar o julgamento dos autos.

Por derradeiro, o ponto agora trazido pela parte em sua petição (perda de objeto e invalidade do auto de infração e da multa ambiental) não foi o único, nem o principal, da presente demanda, que também foca em alegada desapropriação indireta perpetrada pelo Código Florestal de 1965, quando preceituou o reflorestamento das áreas degradadas - intervenção estatal que, segundo o Recurso Especial, daria ao proprietário direito à indenização, com base no art. 18 da lei revogada.

4. Precedente do STJ: no âmbito das relações urbanístico-ambientais, o direito material aplicável é o então vigente à época dos fatos

O tema do conflito intertemporal de normas urbanístico-ambiental, quando a questão jurídica se encontra judicializada, já foi apreciado em acórdão proferido por esta Turma - que cuida precisamente de enfraquecimento (ou, de maneira menos prosaica, "flexibilização") de Área de Preservação Permanente ciliar por legislação posterior, conforme transcrevo (grifei):

"PROCESSUAL CIVIL - DOIS RECURSOS ESPECIAIS INTERPOSTOS PELA MESMA PARTE - O PRIMEIRO EXTEMPORÂNEO, POR FALTA DE REITERAÇÃO - PRECEDENTES.

Interpostos dois recursos especiais, um antes e outro após embargos declaratórios, o segundo recurso especial deve expressamente reiterar os termos do primeiro recurso, sob pena deste ser considerado extemporâneo. Precedente da Corte Especial.

Recurso especial de fls.2.155-2.178 não-conhecido".

"PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL - APLICAÇÃO DE NORMA SUPERVENIENTE EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – 'ERROR IN JUDICANDO' - IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO - PRECEDENTES.

1. Somente é cabível embargos de declaração com efeitos infringentes quando existir omissão, contradição ou obscuridade no julgado;

Inviável sua aplicação para alterar o próprio entendimento exarado no julgado.

2. No caso concreto, o Tribunal de origem aplicou, por ocasião do julgamento dos embargos de declaração, direito superveniente (Lei Federal nº 6.766/79, com a nova redação dada pela Lei Federal nº 10.932, de 4.8.2004), alterando o fundamento jurídico da decisão.

3. Alteração do julgado em sede de embargos de declaração em razão de 'error in judicando'. Impossibilidade. Precedentes.

4. O direito material aplicável à espécie é o então vigente à época dos fatos. *In casu*, Lei nº 6.766/79, art. 4º, III, que determinava, em sua redação original, a 'faixa non aedificandi de 15 (quinze) metros de cada lado' do arroio.

Recurso especial de fls. 2.179-2.191 provido".

(REsp 980.709/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 2/12/2008, grifei).

Mais esclarecedora se torna a posição do STJ quando se adentra o voto condutor do Relator, o eminente Ministro Humberto Martins, cujos trechos reproduzo (grifos meus):

A questão aqui posta está em saber se é possível utilizar de norma superveniente de cunho material nos processos em andamento e, em especial, em sede de embargos de declaração.

DA INAPLICABILIDADE DE DIREITO AMBIENTAL SUPERVENIENTE

O principal fundamento levantado pela recorrida, que convenceu o Tribunal de origem, refere-se à aplicação de norma revogada quando do julgamento dos embargos infringentes.

Com efeito, na data de 5.8.2005 - ocasião em que foi julgado os infringentes - a Lei nº 6.766/79 já estava com nova redação, determinando a obediência de recuo de apenas cinco metros em cada lado da "dutovia".

Transcrevo trecho do acórdão proferido nos embargos infringentes, que aplicou a norma com a antiga redação:

"In casu, havendo norma expressa (art. 4º, III, da Lei nº 6.766/79) determinando a observância de faixa non aedificandi de, no mínimo, 15 metros entre os lotes e os equipamentos urbanos, descabe ao Município estabelecer exigência menor, em contrariedade à lei geral federal (arts. 24, § 1º, e 30, II e VIII, da CF/88 e 135, §§ 3º e 4º, da LCM nº 434/99)."

Sustenta o Ministério Público Estadual que a norma a ser observada é aquela vigente à época da propositura da ação civil pública, enquanto que o acórdão recorrido determina a aplicação da norma vigente no julgamento da causa. Este é o cerne da controvérsia.

Entendo que o direito é regulado pela lei que vigia à época de seu exercício. No presente caso, o pedido administrativo foi elaborado quando estava em vigor a Lei de Uso e Ocupação do Solo (Lei nº 6.766/79, III), com a redação expressa de que:

"III - ao longo das águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias, ferrovias e dutos, será obrigatória reserva de uma faixa non aedificandi de 15 (quinze) metros de cada lado, salvo maiores da legislação específica."
A decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de origem levou em consideração, no julgamento dos embargos infringentes, a lei em vigor no momento em que foi requerida a autorização para construção. (fls. 2.086-2.087)
(...)
Inviável a aplicação de norma superveniente com a finalidade de validar ato praticado sob a égide da legislação anterior que, expressamente, contrariou a lei então vigente.
A propósito, enfatizo o voto vencido do Desembargador Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, que bem esclarece a respeito do direito intertemporal: (fls. 2.138)
"Isso porque o direito de construir é regulado pela lei vigente à época de seu exercício, com o desencadeamento do processo de licença, sendo corolário lógico que a autorização administrativa daí advinda deve respeitar a lei e demais normas técnicas então vigentes, tudo nos termos do princípio do tempus regit actum. E a regra então vigente, no particular, era, por óbvio, o art. 4º, III, da Lei nº 6.766/79.
Nesse passo, a toda evidência, não se pode pretender aplicar a lei superveniente ao efeito de validar ato administrativo de concessão de licença construtiva eivado de irregularidade e de ilegalidade, praticado sob a égide de lei anterior que tal ato expressamente contrariou."
Portanto, a matéria deve ser tratada nos termos como proposta desde o início do processo, com fundamento na legislação então vigente, e não de acordo com a alteração superveniente.
O parecer do Ministério Público Federal foi lavrado exatamente nesse sentido, ao entender que "não se pode permitir que se aplique norma superveniente com a finalidade de validar ato praticado sob as regras de legislação anterior". (fls. 2.327)
Existindo alteração legislativa superveniente à propositura da ação, que dê novos contornos à matéria ambiental, deverá o interessado - se entender conveniente - requerer perante o órgão administrativo responsável, agora sob novo fundamento, a autorização para construir, sob pena de se inverter os papéis do administrador e do julgador, pois compete àquele a análise administrativa do pedido.
(...)
Portanto, não se pode permitir que seja aplicada norma superveniente com a finalidade de validar ato praticado sob as regras de legislação anterior que, expressamente, contrariou a lei então vigente.
5. Além do ato jurídico perfeito: direitos ambientais adquiridos e o novo Código Florestal
Como se viu acima, na hipótese dos autos o que se encontra é a) uma sanção administrativa cujo fundamento fático, no essencial, permanece válido, visto que inexistente a pretendida anistia universal e irrestrita; b) um ato jurídico-ambiental perfeito (= auto de infração ambiental, típico ato administrativo), que, nessa qualidade e status, vê-se blindado contra a retroatividade de lei posterior, tal quais os Termos de Ajustamento de Conduta e as averbações de Reserva Legal celebrados sob o império do Código Florestal de 1965.
Além desses dois pontos, certamente auxiliará na compreensão mais ampla do problema da intertemporalidade jurídico-florestal lembrar, em obiter dictum, que - mais do que, em cada caso concreto de desmatamento e ocupação irregular de área antecedente a 22 de julho de 2008, simples incidência sucessiva de dois microssistemas jurídicos de proteção da flora, um (o Código Florestal de 1965) revogado por outro que lhe é posterior (o Código Florestal de 2012) - na verdade trata-se de aplicação complexa e simultânea, em genuíno e já referido diálogo das fontes, da ordem jurídica ambiental. Macrodiálogo (entre o Código Florestal e a Constituição), mesodiálogo (entre o Código Florestal e a legislação ambiental geral, como a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) e microdiálogo (entre o Código Florestal e as leis de tutela de outros elementos do meio ambiente, a legislação setorial, como a Lei de Proteção da Fauna, de Recursos Hídricos, etc.).

A ordem jurídica florestal, no cotejo com a ordem jurídica ambiental, é tão só uma entre várias que no corpo desta se alojam, prisioneira aquela de inescapável vocação de unidade e coexistência harmônica com os microssistemas-irmãos elementares e temáticos (faunístico, hídrico, climático, de Unidades de Conservação, da Mata Atlântica), tudo em posição de subserviência aos domínios da norma constitucional e da nave-mãe legislativa ambiental - a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente -, que a eles todos se sobrepõem e contra eles todos prevalecem. Dispensável, nesse diapasão, advertir que a possibilidade de conflito somente se coloca entre duas normas que se encontrem, hierarquicamente, em pé de igualdade.

De toda maneira, não se deve esperar solução hermenêutica mágica que esclareça, de antemão e globalmente, todos os casos de conflito intertemporal entre o atual e anterior Código Florestal. No entanto, na ausência de fórmula pronta e acabada, quase automática, podem aqui ser externadas algumas regras técnicas, aliás válidas para outros campos do direito material informado pela ordem pública.

O esquema é bem simples: o novo Código Florestal não pode retroagir para atingir o ato jurídico perfeito, direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, tampouco para reduzir de tal modo e sem as necessárias compensações ambientais o patamar de proteção de ecossistemas frágeis ou espécies ameaçadas de extinção, a ponto de transgredir o limite constitucional intocável e intransponível da "incumbência" do Estado de garantir a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais (art. 225, § 1º, I). No mais, não ocorre impedimento à retroação e alcançamento de fatos pretéritos.

Dispõe o art. 6º, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: a nova lei "terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada" (ou, nos termos do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição, com redação assemelhada: "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada").

A regra geral, pois, é a irretroatividade da lei nova (*lex non habet oculos retro*); a retroatividade plasma exceção, blindados, no Direito brasileiro, o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Mesmo fora desses três domínios de intocabilidade, a retroatividade será sempre exceção, daí requerendo-se manifestação expressa do legislador, que deve, ademais, fundar-se em extraordinárias razões de ordem pública, nunca para atender interesses patrimoniais egoísticos dos particulares em prejuízo da coletividade e das gerações futuras.

Precisamente por conta dessa excepcionalidade, interpreta-se estrita ou restritivamente; na dúvida, a opção do juiz deve ser pela irretroatividade, mormente quando a ordem pública e o interesse da sociedade se acham mais bem resguardados pelo regime jurídico pretérito, em oposição ao interesse econômico do indivíduo privado mais bem assegurado ou ampliado pela legislação posterior. Eis a razão para a presunção relativa em favor da irretroatividade, o que conduz a não se acolherem efeitos retro-operantes tácitos, embora dispensadas fórmulas sacramentais.

Indubitável que ao legislador compete modificar e revogar suas próprias leis. Ao fazê-lo, porém, seja para substituí-las por outra seja para simplesmente no seu lugar deixar o vazio, a Constituição e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro vedam-lhe atingir direitos adquiridos, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada constituídos sob o império do regime jurídico anterior. Em suma, a lei pode, sim, retroagir, desde que não dilapide o patrimônio material, moral ou ecológico, constitucional ou legalmente garantido, dos sujeitos, individuais ou coletivos: essa a fronteira da retroatividade.

Consequentemente, mesmo que na hipótese sob apreciação judicial seja admissível, em tese, a retroação (isto é, ausente qualquer antagonismo com o ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada), incumbe ao juiz examinar a) o inequívoco intuito de excluir (*animus excludendi*), total ou parcialmente, o regime jurídico anterior quanto a fatos praticados ou sucedidos na sua vigência, e, até mais fundamental, b) o justo motivo para a exclusão - justa causa *exclusionis* -, que, no Direito Ambiental, deve estar totalmente conforme à garantia constitucional da manutenção dos processos ecológicos essenciais, acima referida.

Por certo, todo esse debate sobre a intertemporalidade jurídico-florestal não escapará, em boa parte das demandas, de ir além do ato jurídico prefeito. A questão maior, sem dúvida, será sobre o reconhecimento de direitos ambientais adquiridos, a última fronteira da dogmática jurídica brasileira, no âmbito da credibilidade e da efetividade da transformação normativa por que passou a Teoria Geral dos sujeitos (gerações futuras) e dos bens (autonomização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado) a partir de 1981 (com a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) e 1985 (com a Lei da Ação Civil Pública), chegando ao ápice de 1988 (com a Constituição cidadã).

Nessa matéria, incumbe ao juiz não perder de vista que a Constituição, em seu art. 225, *caput*, de maneira expressa, reconheceu as gerações futuras como cotitulares do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Em paralelo, a legislação de disciplina da ação civil pública (especificamente o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor) agasalha a quádrupla categorização dos direitos subjetivos em individuais, individuais homogêneos, coletivos stricto sensu e difusos.

Evidente, portanto, que o ordenamento brasileiro outorgou às gerações futuras (e à própria coletividade atual) a possibilidade, nessa sua condição de titular de direito subjetivo transindividual, de se beneficiar da proteção constitucional, na integralidade, conferida aos direitos adquiridos; a ser diferente, teríamos no art. 225, *caput*, um "direito meia-boca", com nome e sobrenome de "direito", mas sem os dotes e eficácia temporal que a todos os direitos, patrimonais ou não, tradicionalmente se atrelam e deles decorrem.

Por essa ótica, tanto ao indivíduo (visão individualístico-intrageracional), como à coletividade presente e futura (visão coletivo-intrageracional e coletivo-intergeracional) se garantem contra a retroatividade da lei posterior os direitos adquiridos sob o regime antecedente que se incorporarem ao seu patrimônio. Um e outro são sujeitos; um e outro contam com patrimônio constitucional e legalmente inabalável, que, além de material e moral no enfoque clássico, é também ecológico. Em suma, podemos e devemos considerar a existência de direitos ambientais adquiridos, que emergem a partir e sob o império de uma ordem jurídica pretérita revogada ou substituída por outra, na linha de clássicos direitos adquiridos ao estado, ao regime de bens no casamento, à posse e domínio, à aposentadoria, à posição contratual, etc.

Cite-se, em reforço do raciocínio, que a Lei 12.651/2012 manteve, no essencial, a estrutura do Código Florestal de 1965, prevendo, entre seus vários instrumentos, as Áreas de Preservação Permanente e a Reserva Legal, bem como a natureza *propter rem* das obrigações ambientais de conservação e recuperação do meio ambiente. O ato de desmatar ilicitamente não é menos repreensível hoje do que ontem. Nem as respostas legais aos desmatadores mostram-se menos firmes agora do que antes. Ao certo, o novo Código não afastou, tampouco revolucionou os preceitos primários (*essentialia*) da Lei 4.771/65, mas ateve-se ao acessório (*accidentalia*) da relação jurídico-florestal, precisamente o argumento que leva à manutenção da jurisprudência consolidada sob a égide do regramento revogado. Se não bastante, como toda legislação ambiental, do intérprete se reclama diligência hermenêutica que não negue, nem enfraqueça, apenas afirme o inafastável fundamento de toda a legislação ambiental, isto é, a já aludida preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais (art. 225, § 1º, I).

6. Inaplicabilidade do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica ao réu

Importa, finalmente, alertar que se deve ter cautela na pura e simples transposição para o âmbito florestal administrativo e civil da previsão constitucional de que "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu" (art. 5º, inciso XL, grifei). Mesmo que se entenda, de maneira extensiva, que tal dispositivo aplica-se a toda e qualquer norma de imposição sancionatória (postulados extrapenais, isto é, os administrativos e civis), evidente que não se podem colocar sanções tributárias, de trânsito, de pesos e medidas, etc., em pé de igualdade com as de natureza ambiental.

Primeiro, porque, na esfera ambiental, a relação jurídica básica não é apenas entre Estado e particular, mas entre as gerações futuras e o utilizador de recursos naturais. Aqui, o Estado nada mais é que mero administrador de peculiar e transcendental modalidade de bem de

uso comum do povo - valor fundamental da sociedade contemporânea - a quem se atribui o *officium* de cumprir obrigação fiduciária intergeracional, baseada na confiança e nos deveres de lealdade e exercício razoável e proporcional do poder de gestão legislativa, executiva e judiciária. É a concepção do Estado Fiduciário Ambiental, sob o manto do qual, tomando de empréstimo o pensamento de Evan Fox-Decent (Sovereignty's Promise: The State as Fiduciary, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 35 e 233), jamais se legitimará atuação estatal lastreada, aberta ou disfarçadamente, em discriminações arbitrárias, violadoras da dignidade e da igualdade entre os sujeitos-beneficiários, presentes e futuros, daí decorrendo, por outro ângulo, limites ao próprio conteúdo substantivo de legislação que, a ser diferente, seria válida. Segundo, porque, exatamente pela complexidade e variabilidade dos sujeitos envolvidos (= polimorfismo subjetivo), a *lex mitior* (mais favorável) na perspectiva do degradador ambiental é *lex gravior* (mais prejudicial) quanto à posição jurídica das gerações pósteras: a benignidade para o infrator que dilapida os recursos naturais é a malignidade em detrimento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; o benefício para uns será prejuízo para milhões, de hoje e do amanhã.

Terceiro, porque as sanções administrativas ambientais guardam, normalmente, uma forte vinculação com danos materiais produzidos, que deixam cicatrizes visíveis no bem jurídico tutelado, algo muito diferente daquele que, p. ex., avança um sinal vermelho de trânsito, altera pesos e medidas ou viola as formalidades do microssistema tributário, acima indicamos. Por último, especificamente quanto a este, o Código Tributário, de maneira explícita, prevê que "A lei aplica-se a ato ou fato pretérito" desde que, "tratando-se de ato não definitivamente julgado", comine-se "penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática" (art. 106, II, "c"). Ora, admitindo-se que tal previsão fosse constitucional se adotada, sem meias palavras, no Código Florestal de 2012, a verdade é que não se encontra nada parecido na nova lei.

7. Síntese

Em conclusão, mormente nos processos judiciais em curso, a regra geral será a incidência da legislação florestal, de direito material, vigente à época dos fatos. Incidirá sobre a matéria, por conseguinte, o princípio do *tempus regit actum*, que governará os atos administrativo-ambientais perfeitos, confinada a aplicação do novo regime jurídico, ordinariamente e no atacado, ao futuro, para a frente; tanto mais se o *ius superveniens*, ao favorecer o interesse individual do particular, acabar por enfraquecer o regime jurídico de tutela do interesse público, dos bens coletivos e das gerações vindouras, conforme o precedente da lavra do eminente Ministro Humberto Martins, acima transcrito.

Por tudo isso, não conheço do pedido de fls. 586-596/STJ.

É como voto.

(PET no REsp 1240122/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 19/12/2012)

Destaque-se, ainda, julgado desta corte no sentido da necessidade de proteção imediata da área de preservação permanente de entorno de reservatório ocupada irregularmente, a fim de evitar danos graves e até mesmo irreversíveis para o meio ambiente:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AMBIENTAL. DANO DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. CONVERSÃO DO AGRAVO EM RETIDO QUE NÃO SE JUSTIFICA. RESERVATÓRIO DA UHE ÁGUA VERMELHA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. FAIXA DE SEGURANÇA DO RESERVATÓRIO. APOSIÇÃO DE MARCOS. RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA AES TIETÊ S/A. DESOCUPAÇÃO DA ÁREA E RETIRADA DE BENFEITORIAS PELOS PROPRIETÁRIOS OU POR AQUELES QUE DETÊM A POSSE. PLANO DE RECUPERAÇÃO VEGETAL. APRESENTAÇÃO PELA AES TIETÊ E DELIBERAÇÃO PELO IBAMA. FIXAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES ÀS PARTES. CUMPRIMENTO EM PRAZO RAZOÁVEL. COMPROVAÇÃO

NOS AUTOS ORIGINÁRIOS. COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. HIPÓTESE DE DESCUMPRIMENTO.
1. No caso, mostra-se presente a possibilidade de lesão ou dano de difícil reparação ao meio ambiente, a se considerar a demora inerente ao trâmite processual do feito originário até o trânsito em julgado, situação capaz de comprometer a eficácia da proteção ambiental buscada. Preliminar rejeitada quanto à conversão do agravo em retido.
2. A Lei nº 4.771/65 (Código Florestal) descreveu objetivamente as Áreas de Preservação Permanente, estabelecendo em seu art. 2º a proteção especial dessas áreas cuja criação decorre da própria lei. Nessa linha, concebeu como de preservação permanente a área situada ao redor dos reservatórios hídricos artificiais (alínea b). Por sua vez, a Resolução nº 302/2002, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), dispôs sobre os parâmetros, definições e limites das Áreas de Preservação Permanente de reservatórios artificiais e o regime de uso do entorno (arts. 2º e 3º, I).
3. Trata-se de imóvel situado no Loteamento Córrego do Macaco, no Município de Cardoso/SP, às margens do Reservatório da Usina Hidrelétrica de Água Vermelha. Insta consignar que, independentemente de o imóvel em tela situar-se em zona urbana consolidada ou zona rural, é indubitável que, ao menos, parte dele insere-se em Área de Preservação Permanente, inclusive abrangendo a faixa de segurança no entorno do Reservatório da UHE Água Vermelha.
4. É de se lembrar que as Áreas de Preservação Permanente consistem em espaços territoriais especialmente protegidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, cuja cobertura vegetal deve ser necessariamente mantida, para garantir a proteção do solo, dos recursos hídricos, a estabilidade do relevo, de forma a evitar o assoreamento e assegurar a proteção das espécies animais e vegetais.
5. Na hipótese sub judice, o fato de os proprietários terem adquirido a propriedade há vários anos e dela fazerem uso para fins de lazer, de forma eventual, ou mesmo ter ocorrido a autuação pelo órgão fiscalizador somente em 2.005, são circunstâncias que não excluem o ilícito decorrente do uso e ocupação irregular do entorno do reservatório nem afastam o risco de lesão ou dano ao meio ambiente.
6. É imperioso reconhecer a necessidade de proteção imediata ao espaço ambiental, na medida que o uso e a ocupação irregular do entorno e adjacências ao reservatório, anos a fio, acarretam, em regra, efeitos devastadores e irreversíveis ao meio ambiente. Diante da existência de inúmeros aspectos controvertidos, que abrangem não só questões de fato, mas também matéria de direito, a serem consideradas no decorrer da instrução processual, a questão atinente à exata dimensão da Área de Preservação Permanente que circunda o reservatório da UHE Água Vermelha há de ser dirimida quando do julgamento da ação principal, quando então serão fixados os limites definitivos da referida área no imóvel dos proprietários agravados.
7. De qualquer forma, considerando as peculiaridades que envolvem o caso concreto, bem como a necessidade de garantir a efetividade à proteção do meio ambiente, por ora e desde logo, deve ser delimitada, desocupada e recuperada a área correspondente à faixa de segurança do reservatório da UHE Água Vermelha, no que concerne ao imóvel indicado nos presentes autos, situada entre a cota máxima normal de operação do reservatório e a cota de desapropriação (área limite do reservatório), de responsabilidade da concessionária AES Tietê, conforme concessão de uso de bem público para a geração de energia elétrica outorgada pela União Federal, por intermédio da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).
8. Fixação de obrigações às partes para cumprimento em prazo razoável, sob pena de multa diária no valor de R$ 1.000,00 (um mil reais). Comprovação das providências decorrentes das obrigações estipuladas nos autos originários.
9. Preliminar arguida em contraminuta rejeitada. Agravo de instrumento parcialmente provido. (AI 01019387220074030000, DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/06/2010 PÁGINA: 603 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento para determinar o prosseguimento da ação civil pública originária.

É como voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO VENCIDO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA:

A controvérsia debatida neste recurso cinge-se à determinação de suspensão do andamento da ação civil pública, à vista do que consta do Decreto nº 8.235 do Ministério do Meio Ambiente, publicado em 05.05.2014 e da possibilidade de regularização ambiental da área objeto da lide.

O agravante defende que a permanência humana em área de preservação permanente por si só já represente sério gravame ao meio ambiente, porque, além de impedir a regeneração da mata ciliar, produz resíduos que poluem o solo e a água, contribuindo para o processo diário de erosão e afugentando a fauna local. Demais disso, pondera que tal ação prejudica a cadeia alimentar aquática e terrestre e diminui os recursos hídricos existentes.

No julgamento realizado em 24.05.2017 ousei divergir do e. Relator ANDRÉ NABARRETE e da Des. Federal MÔNICA NOBRE, restando vencida.

Entendo que a decisão agravada está correta, pois o interesse do legislador é educar a população para a preservação, melhoria e recuperação do meio ambiente, visando a recomposição do *status que ante*.

Nem se alegue que com tal decisão se está mantendo o dano ambiental. Se há efetivamente possibilidade de recuperação, não há porque se impor ao causador do indigitado dano sanções maiores do que as legalmente necessárias.

Demais disso, assevero que a decisão judicial deve sempre pautar-se pela razoabilidade e proporcionalidade.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento, mantendo a r. decisão judicial.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA

Direito Constitucional



TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

APELAÇÃO CÍVEL
0007828-46.2009.4.03.6100
(2009.61.00.007828-5)

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR
Classe do Processo: AC 1771153
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/08/2017

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. UNIVERSIDADE. CUMPRIMENTO ARTIGO 52 DA LEI 9394/96. UM TERÇO PROFESSORES COM DEDICAÇÃO EM TEMPO INTEGRAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. CDC . PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL AFASTADA EM RELAÇÃO À UNIBAN. AUSÊNCIA DE PRETENSÃO RESISTIDA E, PORTANTO, DE INTERESSE PROCESSUAL EM RELAÇÃO À UNIÃO.

1 - Trata-se de ação civil pública, através da qual o Ministério Público Federal pretende seja a UNIBAN compelida a cumprir o determinado no inciso III do artigo 52 da Lei 9394/96, que determina que as universidades deverão ter em seu quadro docente, no mínimo, um terço dos professores com dedicação em tempo integral, bem como seja condenada ao pagamento de dano moral coletivo, sob a alegação de má prestação do serviço de ensino. Em relação à União, que seja a mesma condenada à obrigação de fazer, ou seja, de fiscalizar a aplicação da lei em relação à instituições de ensino requerida.

2 - O descumprimento aos preceitos legais encontram-se demonstrados nas provas apresentadas nos autos, especialmente pela existência de Procedimento de Supervisão do Ministério da Educação instaurado em face da apelada IES, em razão de seu quadro de corpo docente não atender o requisitos do artigo 52, III da Lei nº 9.394/96, reconfirmada pela Nota Técnica nº 274/2009 da Coordenação Geral de Legislação e Normas de Educação anexada ás fls. 236/240 e datada em 12 de maio de 2009.

3 - Ao contrário do exposto na sentença, que expressamente consignou a ausência de pretensão resistida, demonstrou-se a necessidade de melhor avaliar os dados apresentados pela apelada, tanto que a própria União abriu novo procedimento de supervisão extraordinária, de forma que não ocorreu a alegada falta de interesse de agir, uma vez que a lide é necessária e útil ao fim manejado pela parte autora.

4 - Afastada a preliminar de falta de interesse de agir em relação à UNIBAM para condenar da UNIBAN na obrigação de fazer consistente em cumprir o quanto determinado pelo artigo 53, III da Lei nº 9.394/1996, ou seja, manter um terço do corpo docente em regime de dedicação integral, com multa cominatória de R$ 1.000,00 (mil reais) por dia, enquanto perdurar o descumprimento da norma, a ser revertida para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pelo Decreto nº 1.306/1994.

5 - O artigo 1º e 3º da Lei nº 7.347/85 consagra a responsabilidade por dano moral e patrimonial, possibilitando o ressarcimento de dano causado a qualquer interesse

difuso ou coletivo, incluindo-se o consumidor.
Salienta-se que os serviços educacionais, por constituírem prestação de serviços mediante remuneração ensejam a aplicação das normas de proteção estabelecidas na Lei nº 8.078/90, nos termos do seu art. 3º do Código de Defesa do Consumidor - CDC, o qual, ao dispor sobre os direitos básicos do consumidor, admite expressamente o dano moral coletivo em seu artigo 6º incisos VI e VII.
6 - O nexo causal decorrente dessa conduta que gerou o dano moral suportado pelos de forma homogênea por todos os alunos/consumidores ao verem frustradas as suas intenções em obter uma formação acadêmica adequada aos termos da lei e que lhe oportunize concorrer, ao final, no mercado de trabalho.
7 - Os danos ainda foram suportados, não só em relação aos alunos, mas difusamente pela sociedade, atingindo a moral coletiva, visto que ser notório que a sociedade como um todo se vê frustrada pelo oferecimento de um serviço, no mínimo, abaixo dos padrões de qualidade, sendo desnecessária a prova do dano social.
8 - Ponderando as circunstâncias em que os fatos se deram e as peculiaridades do caso, obedecendo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como do caráter preventivo e do fator de desestímulo que se reveste a indenização, fixo o valor do dano moral em R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), devendo o valor ser revertido ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos.
9 - Negado provimento ao reexame necessário, tido por ocorrido. Apelação com parcial provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 07 de junho de 2017.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator):

Cuida-se de reexame necessário, por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, e recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Federal em face de sentença que, em sede ação civil pública, julgou improcedente o feito sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI, do CPC/1973, por carência de ação por falta de interesse de agir em relação às duas requeridas e julgou improcedente o pedido de condenação em pagamento de indenização por danos morais coletivos, efetuado em face da UNIBAN. Não foram fixados honorários advocatícios.

Expõe o autor na inicial que foi instaurado no âmbito da Procuradoria da República o Procedimento Administrativo nº 134.001.003697/2008-92 a fim de apurar fatos narrados em matéria veiculado pelo Jornal Folha de Seção Paulo, cujo teor se referia a falta de cumprimento do artigo 52, III da Lei 9.394/96 por diversas IES, entre ela a requerida, razão pela qual foi

expedida à UNIBAN a Recomendação MPF/PRSP nº 02/2009, determinando a adaptação de seu corpo docente, requerendo fosse encaminhada a relação dos docentes contratados e regime de dedicação laboral, a qual não foi respondida.

Diz que a União é responsável pela fiscalização das instituições de ensino superior por ela autorizadas a funcionar, mas encontra-se omissa quanto ao seu dever constitucional de fiscalizar (artigo 209, I da CF/88), mostrando-se inerte no que concerne à fiscalização do cumprimento do artigo 52, inciso III da Lei 9.394/96, uma vez que a instituição ré manteve-se operante com o percentual de docentes em regime integral inferior ao mínimo legal.

Discorre sobre artigo 52, inciso III da Lei 9.394/96, asseverando que o percentual de um terço do corpo docente, que deve ser mantido em regime de dedicação integral, tem a finalidade de garantir o comprometimento aos programas desenvolvidos por ela, não só a atividade de docente, mas também aos projetos de pesquisa e extensão e planejamento didático, de forma que a conduta da requerida Universidade deve ser enquadrada.

Adita que o dano moral encontra-se caracterizado ante o prejuízo suportado pela coletividade ao ver frustradas a sua intenção de contar com uma formação acadêmica adequada às normas legais vigentes e que oportunize aos estudantes uma chance no disputado mercado de trabalho, de forma que o dano atinge a coletividade, na medida em que a sociedade como um todo se priva do oferecimento de um serviço nos moldes autorizados pelo Poder Público.

Requereu a antecipação dos efeitos da tutela para que seja determinado à Instituição de Ensino requerida cumpra o determinado no inciso III do artigo 52 da Lei 9394/96, sob pena de fixação de multa diária em R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Como pedido principal requereu a confirmação da liminar, com a condenação da Academia Paulista Anchieta S/C Ltda., mantenedora da Instituição de ensino Superior denominada Universidade Bandeirante de São Paulo - UNIBAN e da União, a fim que a primeira seja compelida a cumprir o determinado no inciso III do artigo 52 da Lei 9394/96, que determina que as universidades devam ter em seu quadro docente, no mínimo, um terço dos professores com dedicação em tempo integral, bem como a condenação ao pagamento de dano moral coletivo no valor de R$ 500.00,00 (quinhentos mil reais), sob a alegação de má prestação do serviço de ensino.

Quanto à requerida União, que seja condenada à obrigação de fazer consistente em fiscalizar a aplicação da lei em relação às instituições de ensino.

Deu à causa o valor de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) e anexou os documentos de fls. 22/70.

Às fls. 71 consta decisão entendo ser necessária a oitiva das rés antes do pedido de apreciação de liminar, oportunidade na qual também foi determinada a publicação do edital para ciência de eventuais interessados, sendo determinado a citação das requeridas.

O Instituto Barão de Mauá apresentou petição às fls. 75/86, protestando por integrar a lide no polo ativo, sendo o pedido indeferido à fls. 273, por inexistência de interesse de agir.

A UNIBAN apresentou contestação às fls. 149/160, instruída com os documentos de fls. 161/218, arguindo, preliminarmente, carência de ação por ausência de interesse de agir, uma vez que em fevereiro de 2009 apresentou ao Ministério da Educação, a relação dos integrantes de seu corpo docente, sendo que 36,9% de seus integrantes cumprem tempo integral, tendo sido, portanto, corrigida a situação apresentada na inicial, protocolizada posteriormente a essa informação (março de 2009).

No mérito, discorre que não deixou de responder ao chamado ministerial, participando

inclusive de audiências pessoais. Impugnou o cabimento de condenação em reparação de dano moral coletivo, bem como o valor pleiteado. Requereu que a demanda fosse julgada extinta sem julgamento de mérito ou improcedente o pedido do autor.

A União contestou o feito às fls. 219/234arguido, em preliminar, ausência de interesse de agir, haja vista que o pedido referente a ela tem como escopo sua atuação como fiscalizadora, o que já foi efetuado através do Oficio 2198/2009-MEC/SESu/DESUP/CGSUP, de 06/04/2009 (fls. 241). Anexou à defesa os documentos de fls. 235/243. Requereu a extinção do processo, sem julgamento de mérito, por falta de interesse processual, ou que fosse excluída do feito por ilegitimidade de parte.

A antecipação de tutela foi indeferida à fls. 246/247, decisão da qual foi interposto agravo, convertido em agravo de instrumento em retido (fls. 260/272) e mantida às fls. 273.

A parte autora foi intimada para manifestar-se sobre a contestação, no prazo de 10 (dez) dias, tendo apresentado réplica às fls. 250/58, reiterando os termos da inicial.

Instadas a dizerem se tinham mais provas a produzir, a UNIBAN e a União responderam negativamente às fls. 277 e 281, sendo que o autor pleiteou fosse oficiado o MEC para que apresente cópia do procedimento de supervisão extraordinária, o que foi deferido.

A requerida UNIBAN apresentou os documentos de fls. 291297 e o MEC apresentou cópia do procedimento de supervisão extraordinária às fls. 317 a 506.

Foram apresentadas manifestações finais pelo Ministério Público Federal (fls. 509) e pela União Federal (fls. 520).

Às fls. 524/27 foi proferida sentença julgando improcedente o feito sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI, do CPC/1973, por carência de ação por falta de interesse de agir em relação às duas requeridas e julgou improcedente o pedido de condenação em pagamento de indenização por danos morais coletivos, efetuado em face da UNIBAN. Não foram fixados honorários advocatícios, consignando-se que a atuação do Ministério Público, *pro populo*, nas ações difusas, justifica ao ângulo da lógica jurídica, sua dispensa em suportar os ônus sucumbenciais, acaso inacolhida a ação civil pública.

Apela o autor requerendo a reforma da sentença, sustentando que o não atendimento à exigência do exposto no artigo 52, III da Lei nº 9.394/96 ainda perdura, sendo que a manutenção da sentença seria permitir o funcionamento da IES em situação irregular.

Assevera que embora tenha sido arquivado o Processo nº 23000.008754/2009-50 foi instaurado o Processo de supervisão nº 23000.015942/2009-34 em 17/12/2009.

Expos que a Coordenação-Geral de Supervisão da Educação Superior notificou a UNIBAN em 13/01/2010 para prestar esclarecimentos sobre a divergência de informações sobre registros de docentes, asseverando que o desprezo e a má-fé com o qual a IES tem tratado o assunto é nítido, não só por não cumprir a lei, mas por nem ter se interessado em adequar-se à lei.

Sustenta que não foi apresentado prova das alegações expostas na contestação sobre os docentes mantidos em regime integral em julho de 2008, em desrespeito à comunidade e coletividade, que acreditava em sua oferta de formação acadêmica adequada às normas legais de ensino vigentes e de qualidade.

Argumenta que a relação de causa e efeito entre o não atendimento da determinação legal em questão e a má qualidade do ensino prestado é inquestionável, sendo certo que a UNIBAN figura no ranking do MEC como uma das piores Instituições de Ensino, com baixo desempenho no ENADE na maioria dos cursos oferecidos, além de figurar entre as que mais recebem reclamações no PROCON-SP, no ano de 2008.

O dano moral coletivo ocasionado pelo desrespeito da Universidade à legislação educacional está comprovado, cujo dano tem sido suportado pela sociedade, ensejando o ressarcimento requerido na inicial.

Reiterou o pedido de condenação da IES ré na obrigação de fazer consistente em cumprir o quanto determinado pelo artigo 53, III da Lei nº 9.394/1996, ou seja, manter um terço do corpo docente em regime de dedicação integral, com multa cominatória de R$ 10.000,00 (dez mil reais) por dia, enquanto perdurar o descumprimento da norma, a ser revertida para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pelo Decreto nº 1.306/1994.

Condenar a requerida no pagamento de dano moral coletivo no valor de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) a ser revertido para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pelo Decreto nº 1.306/1994.

Intimadas, a União presentou contrarrazões às fls.543/557, sendo certificado à fls. 558verso a não apresentação da peça processual pela UIBAN.

Remetidos os autos à Corte, foi dado vista ao Ministério Público Federal, cujo parecer pelo provimento da apelação foi anexado às fls. 562/570.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator):

Trata-se de ação civil pública, através da qual o Ministério Público Federal pretende seja a UNIBAN compelida a cumprir o determinado no inciso III do artigo 52 da Lei 9394/96, que determina que as universidades deverão ter em seu quadro docente, no mínimo, um terço dos professores com dedicação em tempo integral, bem como seja condenada ao pagamento de dano moral coletivo, sob a alegação de má prestação do serviço de ensino. Em relação à União, que seja a mesma condenada à obrigação de fazer, ou seja, de fiscalizar a aplicação da lei em relação à instituições de ensino requerida.

As preliminares devolvidas pelo recurso de apelação se confundem com o mérito e com ele serão analisadas.

A Constituição Federal assegura às universidades, sua existência, autonomia e livre iniciativa na educação, condicionando ao cumprimento das normas gerais da educação nacional, com avaliação de qualidade pelo Poder Público, nos termos dos artigos 207 e 209:

> Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.
>
> Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:
> I - cumprimento das normas gerais da educação nacional; II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

Desse modo, para que uma instituição de ensino, seja pública ou privada, funcione regularmente, faz-se necessário o cumprimento das normas gerais da educação nacional constantes na Lei 9.394/96, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

Determina a Lei de Diretrizes e Bases da Educação em seu artigo 52 preconiza:

> Art. 52. As universidades são instituições pluridisciplinares de formação dos quadros profissionais de nível superior, de pesquisa, de extensão e de domínio e cultivo do saber humano, que se caracterizam por: (Regulamento) (Regulamento)
> I - produção intelectual institucionalizada mediante o estudo sistemático dos temas e problemas mais relevantes, tanto do ponto de vista científico e cultural, quanto regional e nacional;
> II - um terço do corpo docente, pelo menos, com titulação acadêmica de mestrado ou doutorado;
> III - um terço do corpo docente em regime de tempo integral.

A exigência de um percentual mínimo do corpo docente em regime de dedicação integral tem a finalidade garantir o comprometimento do corpo docente, com tempo reservado para estudos, pesquisa, trabalhos de extensão e planejamento, visando por fim último a qualidade do ensino.

Essa exigência constitui ainda, um dos pré-requisitos para o credenciamento e o recredenciamento de universidades, de forma que deve ser cumprida a risca.

As provas apresentadas nos autos demonstram que quadro de docentes em regime integral da apelada UNIBAN em 2007 era de 26,46%, de acordo com os dados do Censo de ensino Superior.

Em julho de 2008, ainda persistia o percentual abaixo do mínimo legal, sendo que sobre tais dados, defendeu-se a apelada asseverando que era um período de reformulação em seu corpo docente, acrescentando que a lei não determina que o percentual mínimo de 33% seja aplicado a cada um dos cursos da instituição.

No ano de 2009, os dados constantes do Sistema E-MEC demonstravam o cumprimento do percentual, o que levou ao arquivamento do Processo de Supervisão em andamento. Pondere-se que a situação foi regularizada com base na atualização dos dados relativos aos docentes pela própria apelada.

Em 17/12/2009 outro Procedimento de Supervisão foi instaurado em face da UNIBAN, que recebeu o nº 23000.015942/2009-34, cujas cópias estão anexadas às fls. 323/330 e 332/50, ainda em andamento à época da sentença.

Com a divergência dos dados apresentados no Censo de 2007 (1.366 docentes) e do Sistema do E-MEC em dois momentos distintos, contatando-se 789 docentes em junho de 2009 e 1.628 dezembro do mesmo ano, foi realizado um procedimento por amostragem.

Nesse procedimento tomou-se 60 docentes para análise, que representavam 10,33% do total, sendo que em 53 deles havia informações equivocadas quanto à carga horária no Currículos Lattes, outros vínculos do mesmo docente, demonstrando incompatibilidade com o regime de dedicação integral, e também os Currículos Lattes não continham informação de vinculação à UNIBAN ou regime de trabalho, concluindo que em 88% não era possível atestar o cumprimento do regime de dedicação exclusiva.

Como se verifica, o descumprimento aos preceitos legais encontram-se demonstrados nas provas apresentadas nos autos, especialmente pela existência de Procedimento de Supervisão do Ministério da Educação instaurado em face da apelada IES, em razão de seu quadro de corpo docente não atender o requisitos do artigo 52, III da Lei nº 9.394/96, reconfirmada pela Nota Técnica nº 274/2009 da Coordenação Geral de Legislação e Normas de Educação anexada ás fls. 236/240 e datada em 12 de maio de 2009.

Assim, ao contrário do exposto na sentença, que expressamente consignou a ausência de pretensão resistida, demonstrou-se a necessidade de melhor avaliar os dados apresentados pela

apelada, tanto que a própria União abriu novo procedimento de supervisão extraordinária, de forma que não ocorreu a alegada falta de interesse de agir, uma vez que a lide é necessária e útil ao fim manejado pela parte autora, devendo ser afastada a preliminar de falta de interesse de agir em relação à UNIBAM.

Entretanto quanto à União, a sentença merece ser mantida, considerando que o pedido inicial se ateve a sua condenação à obrigação de fazer consistente em fiscalizar a aplicação da lei em relação à instituição de ensino demandada, o que por certo foi cumprido, ante a instauração do Processo de Supervisão extraordinário, descaracterizado encontra-se, pois, o interesse processual, ante a ausência de pretensão resistida.

Em conclusão, afasto a preliminar de falta de interesse de agir em relação à UNIBAM e, ante a demonstração de que a proporção de docentes em regime integral é inferior a um terço, dou provimento à apelação do Ministério Público Federal para condenar da UNIBAN na obrigação de fazer consistente em cumprir o quanto determinado pelo artigo 53, III da Lei nº 9.394/1996, ou seja, manter um terço do corpo docente em regime de dedicação integral, com multa cominatória de R$ 1.000,00 (mil reais) por dia, enquanto perdurar o descumprimento da norma, a ser revertida para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pelo Decreto nº 1.306/1994.

No tocante ao pleito de reparação por dano moral coletivo, a r. sentença merece reparos.

A Constituição Federal normatizou nos incisos V e X do artigo 5º que são invioláveis a intimidade, a vida privada e a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, textos que não restringem a violação à esfera individual.

Trata-se de previsão inserida no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, ou seja, os bens jurídicos ali referidos são cruciais para o desenvolvimento do Estado Democrático, de forma que a reparação coletiva do dano moral prestigia não só os princípios que norteiam o artigo 1º da Constituição, mas todos os garantidores ao próprio Estado democrático de Direito.

Nesse norte, o artigo 1º e 3º da Lei nº 7.347/85 consagra a responsabilidade por dano moral e patrimonial, possibilitando o ressarcimento de dano causado a qualquer interesse difuso ou coletivo, incluindo-se o consumidor.

Salienta-se que os serviços educacionais, por constituírem prestação de serviços mediante remuneração ensejam a aplicação das normas de proteção estabelecidas na Lei nº 8.078/90, nos termos do seu art. 3º do Código de Defesa do Consumidor - CDC, o qual, ao dispor sobre os direitos básicos do consumidor, admite expressamente o dano moral coletivo em seu artigo 6º incisos VI e VII:

> VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;
> VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

O dano moral coletivo é a lesão na esfera moral de uma comunidade, isto é, a violação de valores coletivos, atingidos injustificadamente do ponto de vista jurídico, defendo ser demonstrado um efetivo prejuízo que supere o caráter individual do dano moral.

Veja-se, ainda, a respeito do tema, as observações de André de Carvalho Ramos sobre a efetiva configuração do dano moral coletivo:

> Assim, é preciso sempre enfatizar o imenso dano moral coletivo causado pelas agressões aos interesses transindividuais. Afeta-se a boa-imagem da proteção legal a estes direitos e afeta-se a tranquilidade do cidadão, que se vê em verdadeira selva, onde a lei do mais forte impera.

Embora existam situações em que o dano moral coletivo possa ser presumível, pois dedutível das circunstâncias que geraram os fatos, no presente caso, as provas dos autos foram seguras para caracterizar abalo moral coletivo.

Assim, se os valores atingidos compõem interesses e direitos de uma coletividade, deve ser mantida proteção dessa coletividade ao seu patrimônio imaterial.

Pois bem, o requisito que enseja a indenização por danos morais é a violação da ordem jurídica por intermédio de uma ação ou de uma omissão, a qual acarreta lesão de natureza extra-patrimonial.

No caso especifico, restou devidamente demonstrado nos autos o ato causador do dano, evidenciado na ausência do número mínimo de docentes com regime de dedicação integral, nos termos exigidos pela Lei nº 9.394/96, que a toda evidência deu causa aos resultados insatisfatórios nos testes mencionados na inicial.

Desnecessário repisar a importância do cumprimento do artigo 52 da LDB, não somente para manutenção do controle e da qualidade das instituições de ensino superior, mas pela própria qualidade de do ensino, com o comprometimento do corpo docente, com tempo reservado para estudos, pesquisa, trabalhos de extensão e planejamento.

Não se pode negar a existência e nexo de causalidade entre falta do número mínimo professores e a má qualidade do ensino, sob pena de negar validade a finalidade da lei, cujo fim é justamente a proteção do direito fundamental à educação de qualidade.

Pois sim, o nexo causal decorrente dessa conduta que gerou o dano moral suportado pelos de forma homogênea por todos os alunos/consumidores ao verem frustradas as suas intenções em obter uma formação acadêmica adequada aos termos da lei e que lhe oportunize concorrer, ao final, no mercado de trabalho.

Os danos ainda foram suportados, não só em relação aos alunos, mas difusamente pela sociedade, atingindo a moral coletiva, visto que ser notório que a sociedade como um todo se vê frustrada pelo oferecimento de um serviço, no mínimo, abaixo dos padrões de qualidade, sendo desnecessária a prova do dano social.

Dessa forma, demonstrado que os atos da apelada ultrapassaram o caráter individual do dano, de forma que a produzir o abalo moral, ensejando, assim, a obrigação de reparar o dano dele decorrente, cumpre a fixação do valor da indenização.

Ponderando as circunstâncias em que os fatos se deram e as peculiaridades do caso, obedecendo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como do caráter preventivo e do fator de desestímulo que se reveste a indenização, fixo o valor do dano moral em R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), devendo o valor ser revertido ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos.

Sobre o valor fixado incidirá correção monetária a partir do arbitramento, conforme súmula 362 do STJ e juros de mora desde a data do evento danoso, nos termos da Súmula 54 do STJ.

No tocante aos índices de correção monetária a serem utilizados, deverá ser observado, no que couber e não contrariar a presente decisão, os critérios fixados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010,

do Conselho da Justiça Federal. Quanto aos juros de mora, incidirão no percentual de 1% (um por cento) ao mês, em observação ao artigo 406 do Novo Código Civil.

Quanto aos honorários advocatícios, por tratar-se de Ação Civil Pública, a condenação do Ministério Público e de outros colegitimados ao pagamento da verba honorária só é admissível na hipótese de inequívoca má-fé, nos termos do art. 18 da Lei 7.437/1985, de forma que há decisões do STJ entendendo que, dentro do critério de absoluta simetria, igualmente não deveria recebê-los. Assim, embora o autor/apelante tenha sucumbido na parte mínima do pedido, deixo de fixar os honorários advocatícios.

Ante o exposto, nego provimento ao reexame necessário, tido por ocorrido, dou parcial provimento à apelação do Ministério Público Federal para afastar a preliminar de falta de interesse de agir em relação à UNIBAM para condenar da UNIBAN na obrigação de fazer consistente em cumprir o quanto determinado pelo artigo 53, III da Lei nº 9.394/1996, ou seja, manter um terço do corpo docente em regime de dedicação integral, com multa cominatória de R$ 1.000,00 (mil reais) por dia, enquanto perdurar o descumprimento da norma, a ser revertida para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pelo Decreto nº 1.306/1994. Dou provimento ao pedido de dano moral coletivo para fixar a indenização em R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), devendo o valor ser revertido ao mesmo Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, mantendo no mais, a sentença.

É como voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0005291-49.2011.4.03.9999
(2011.03.99.005291-2)

Apelantes: VICENTE RODRIGUES DE ALMEIDA (espólio) E OUTROS
Apelada: OS MESMOS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE APARECIDA DO TABOADO - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO
Classe do Processo: ApelReex 1599843
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/08/2017

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO POR REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA DECORRENTE DE ANÁLISE DE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA FRENTE ÀS DECLARAÇÕES DE IMPOSTO DE RENDA. CONSTITUCIONALIDADE. PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 543-B DA LEI Nº 5.869/73 (ART. 1.040 DO CPC VIGENTE). MULTA PUNITIVA DE 112,5%. CONFISCO NÃO CARACTERIZADO. ACÓRDÃO REFORMADO. APELAÇÃO DO AUTOR DESPROVIDA. APELAÇÃO DAS ASSISTENTES PARCIALMENTE PROVIDA. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO DA UNIÃO PROVIDAS.
1. A Lei nº 9.311/1996, que instituiu a CPMF, determinou que as instituições financeiras por ela responsáveis prestassem informações diretamente à Secretaria da Receita Federal sobre a identificação dos contribuintes e dos valores das operações efetuadas, vedando, no entanto, a utilização de tais dados para a constituição do crédito relativo a outras contribuições ou impostos. A Lei Complementar nº 105/2001, em seu artigo 6º, autoriza o acesso das autoridades fazendárias às informações bancárias dos contribuintes, desde que obedecidas algumas condições que a lei se incumbiu de indicar. Tal norma não teve sua inconstitucionalidade proclamada, à luz dos incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal. Com o advento da Lei nº 10.174/2001 passou-se a admitir que a Receita Federal utilize as informações prestadas pelas instituições financeiras para a instauração de procedimento administrativo fiscal.
2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE nº 389.808/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/12/2010, p. 10/05/2011, afastou a possibilidade de o Fisco proceder à quebra do sigilo bancário sem autorização judicial. Todavia, no julgamento do RE nº 389.808/PR deu-se apenas o controle *concentrado de constitucionalidade*, com eficácia decisória apenas *inter partes* e efeitos *ex nunc,* sendo que essa decisão não transitou em julgado, porquanto pendem de apreciação embargos de declaração a que se deram efeitos infringentes.
3. Porém, referido posicionamento não reflete a atual orientação jurisprudencial do Pretório Excelso, como demonstra a decisão proferida no recente julgamento do RE nº 601.314 (repercussão geral) e ADI 2390/DF, ADI 2386/DF, ADI 2397/DF e ADI 2859/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgados em 24/2/2016 (Inf. 815), decidindo, por maioria, que a Lei Complementar nº 105/2001 não resulta em quebra de sigilo bancário, mas sim em *transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal*, garantindo ao Fisco o acesso a dados bancários dos contribuintes sem necessidade de autorização judicial.
4. Com efeito, conforme consta no Informativo STF 815/2016, o Plenário da Suprema

Corte decidiu pela constitucionalidade dos artigos 5º e 6º da LC 105/2001, que permitem à Receita Federal receber dados bancários de contribuintes fornecidos diretamente pelos bancos, sem prévia autorização judicial, inexistindo nisso quebra de sigilo bancário, mas mera transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, ambas protegidas contra o acesso de terceiros, sem qualquer ofensa à Constituição Federal:
5. No mesmo sentido, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça - STJ, no julgamento do REsp nº 1.134.655/SP, submetido ao rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil/1973, havia consolidado o entendimento de que a quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário é autorizada pela Lei nº 8.021/1990 e pela Lei Complementar nº 105/2001, normas procedimentais cuja aplicação é imediata.
6. Assim, resta pacificado o entendimento de que o sigilo fiscal e bancário não tem caráter absoluto e, dessa forma, não se identifica qualquer nulidade no procedimento fiscal adotado pelo Fisco, a partir das informações de movimentação financeira do contribuinte.
7. Superada essa questão, impõe-se o conhecimento da remessa oficial e da apelação da União. Como relatado, a r. sentença entendeu pelo caráter confiscatório da multa punitiva aplicada, reduzido o seu percentual de 112,5% para 75%.
8. Em suas razões recursais, a União sustenta, em síntese, que o Art. 150, IV, da Constituição Federal, veda a utilização de tributo com efeito de confisco, mas que o Art. 3º, do Código Tributário Nacional, exclui do conceito de tributo a sanção de ato ilícito, caso da multa em discussão. Defende, ainda, a razoabilidade do percentual, eis que incidente sobre o valor do tributo sonegado e não sobre o montante do patrimônio do contribuinte. Pugna, por fim, pela majoração dos honorários advocatícios de sucumbência.
9. Entende esta C. Turma que é razoável a multa punitiva no percentual de 112,5% em casos de sonegação ou fraude. Precedentes (*AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 586023 - 0014400-38.2016.4.03.0000 / AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1764711 - 0027495-53.2012.4.03.9999*).
10. Assim, é devida a multa nos termos em que lavrada pela Fazenda Nacional, sendo por ela responsáveis os sucessores do *de cujus*, respeitados os limites da herança.
11. Quanto aos honorários advocatícios de sucumbência, é certo que decorrem de lei e são devidos, em homenagem ao princípio da causalidade, por aquele que deu causa à demanda. Impende considerar, portanto, a condenação da parte autora nas verbas sucumbenciais, uma vez que decaiu da totalidade dos pedidos.
12. São critérios elencados pelo legislador para fixação da verba honorária: a) o grau de zelo do profissional; b) o lugar da prestação do serviço; e c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. Assim, no tocante à fixação dos honorários advocatícios de sucumbência, deve-se considerar, sobretudo, a razoabilidade do seu valor, em face do trabalho profissional efetivamente prestado, não podendo a fixação ser exorbitante nem irrisória, não sendo determinante, para tanto, apenas e tão somente o valor da causa.
13. Com efeito, destaca-se que, não obstante a vigência da Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil) a partir do dia 18/03/2016, mantem-se a aplicação do Art. 20, §§3º e 4º, do CPC/73, vigente à época da publicação da sentença atacada. Isto porque o Art. 85, do novo Código de Processo Civil, encerra uma norma processual heterotópica, ou seja, traz um conteúdo de direito substancial inserto em um diploma

processual, não sendo cabível a aplicação da teoria do isolamento dos atos processuais, mas sim lei vigente ao tempo da consumação do ato jurídico.
14. No caso dos autos, verifica-se que a demanda ostenta complexidade mediana e se desenrola há cerca de seis anos, tendo tramitado inclusive no Supremo Tribunal Federal.
15. Isso posto, fixo em R$ 20.000,00 os honorários de sucumbência devidos pela parte autora, nos termos do Art. 20, § 4º, do CPC/1973.
16. O assistente simples integra a lide na defesa de interesse próprio, atuando apenas em auxílio ao assistido. Por isso, não pode ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, cabendo-lhe apenas as custas proporcionais decorrentes de sua intervenção, caso o assistido seja vencido no processo. É o que prevê o Art. 32, do CPC/1973 (Art. 94, do CPC/2015). Precedentes desta E. Corte (*C 00021032520094036117, DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/07/2016*) e do C. STJ (*RESP 200301597367, JOSÉ DELGADO, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJ DATA:11/04/2005 PG:00180 ..DTPB:.*).
17. Assim, às assistentes simples caberá apenas a condenação em 50% das custas.
18. Por fim, tendo em vista a concessão dos benefícios da justiça gratuita, a exigibilidade das verbas sucumbenciais deve observar o disposto na Lei nº 1.060/50.
19. Reformado o v. acórdão recorrido (fls. 619-630) para julgar improcedente o feito e conceder os benefícios da justiça gratuita às assistentes simples.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, reformar o acórdão anterior, em juízo de retratação , nos termos do artigo 1.040, II, do Código de Processo Civil vigente (anterior artigo 543-B, § 3º, da Lei nº 5.869/1973), para *negar provimento à apelação da parte autora*, *dar parcial provimento à apelação das assistentes simples* e *dar provimento à remessa oficial e à apelação da União, invertendo-se o ônus da sucumbência*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 02 de agosto de 2017.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator):

Trata-se de processo devolvido a esta C. Turma pela Vice-Presidência desta E. Corte, que determinou a aplicação do disposto no Artigo 543-B, §3, do CPC/1973 (Artigo 1.040, II, do CPC/2015), para avaliação da pertinência do julgado, com vista à possível retratação, em razão da interposição de Recurso Extraordinário (fls. 638-652) pela União (Fazenda Nacional), frente à análise da questão de mérito pelo C. Supremo Tribunal Federal - STF, no julgamento do RE nº 601.314, devendo ser apreciada eventual dissonância da decisão ora recorrida com o entendimento consolidado pelo Tribunal Superior.

Discute-se nos autos de mandado de segurança, em essência, a legalidade do acesso

aos documentos de movimentação bancária dos contribuintes por parte do Fisco, para fins de verificar sua compatibilidade com os valores declarados nas respectivas Declarações de Imposto de Renda em face do disposto no art. 5º, X e XII, da Constituição Federal de 1988.

A sentença de fls. 408-426 julgou parcialmente procedentes os embargos à execução para o fim exclusivo de reduzir o valor da multa imposta, de 112,5% para 75%, entendendo que a Lei Complementar nº 105/2001 não ofende a Constituição Federal. O acórdão de fls. 619-630 deu parcial provimento às apelações interpostas pelo embargante e pelas assistentes simples para reconhecer a impossibilidade da violação de sigilo bancário sem a participação do Poder Judiciário, julgando prejudicadas a remessa oficial e a apelação da União.

A União interpôs recurso extraordinário (fls. 638-652), sobrestado pela decisão de fls. 719.

Diante do julgamento do RE nº 601.314 - Tema 225, pelo C. STF, os autos retornaram a esta C. Turma (fls. 391) para os fins estabelecidos no Artigo 543-B, §3, do CPC/1973 (Artigo 1.040, II, do CPC/2015).

É o relatório.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator):

Cumpre destacar que a devolução dos autos pela Vice-Presidência ocorre para efeito de exame da matéria discutida no RE nº 601.314.

A Lei nº 9.311/1996, que instituiu a CPMF, determinou que as instituições financeiras por ela responsáveis prestassem informações diretamente à Secretaria da Receita Federal sobre a identificação dos contribuintes e dos valores das operações efetuadas, vedando, no entanto, a utilização de tais dados para a constituição do crédito relativo a outras contribuições ou impostos. A Lei Complementar nº 105/2001, em seu artigo 6º, autoriza o acesso das autoridades fazendárias às informações bancárias dos contribuintes, desde que obedecidas algumas condições que a lei se incumbiu de indicar. Tal norma não teve sua inconstitucionalidade proclamada, à luz dos incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal. Com o advento da Lei nº 10.174/2001 passou-se a admitir que a Receita Federal utilize as informações prestadas pelas instituições financeiras para a instauração de procedimento administrativo fiscal.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE nº 389.808/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/12/2010, p. 10/05/2011, afastou a possibilidade de o Fisco proceder à quebra do sigilo bancário sem autorização judicial. Todavia, no julgamento do RE nº 389.808/PR deu-se apenas o controle *concentrado de constitucionalidade*, com eficácia decisória apenas *inter partes* e efeitos *ex nunc,* sendo que essa decisão não transitou em julgado, porquanto pendem de apreciação embargos de declaração a que se deram efeitos infringentes.

Porém, referido posicionamento não reflete a atual orientação jurisprudencial do Pretório Excelso, como demonstra a decisão proferida no recente julgamento do RE nº 601.314 (repercussão geral) e ADI 2390/DF, ADI 2386/DF, ADI 2397/DF e ADI 2859/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgados em 24/2/2016 (Inf. 815), decidindo, por maioria, que a Lei Complementar nº 105/2001 não resulta em quebra de sigilo bancário, mas sim em *transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal*, garantindo ao Fisco o acesso a dados bancários dos contribuintes sem necessidade de autorização judicial.

Confira-se:

> CONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO. FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES SOBRE MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA DE CONTRIBUINTES, PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, DIRETAMENTE AO FISCO, SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL (LEI COMPLEMENTAR 105/2001). POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI 10.174/2001 PARA APURAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A EXERCÍCIOS ANTERIORES AO DE SUA VIGÊNCIA. RELEVÂNCIA JURÍDICA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.
> (RE 601314 RG, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 22/10/2009, DJe-218 DIVULG 19-11-2009 PUBLIC 20-11-2009 EMENT VOL-02383-07 PP-01422)

Com efeito, conforme consta no Informativo STF 815/2016, o Plenário da Suprema Corte decidiu pela constitucionalidade dos artigos 5º e 6º da LC 105/2001, que permitem à Receita Federal receber dados bancários de contribuintes fornecidos diretamente pelos bancos, sem prévia autorização judicial, inexistindo nisso quebra de sigilo bancário, mas mera transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, ambas protegidas contra o acesso de terceiros, sem qualquer ofensa à Constituição Federal:

> O Plenário, em conclusão de julgamento e por maioria, reputou improcedentes os pedidos formulados em ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas em face de normas federais que possibilitam a utilização, por parte da fiscalização tributária, de dados bancários e fiscais acobertados por sigilo constitucional, sem a intermediação do Poder Judiciário (LC 104/2001, art. 1º; LC 105/2001, artigos 1º, § 3º e 4º, 3º, § 3º, 5º e 6º; Decreto 3.724/2001; Decreto 4.489/2002; e Decreto 4.545/2002) - v. Informativo 814. A Corte afirmou que, relativamente à alegação de inconstitucionalidade da expressão "do inquérito ou", contida no § 4º do art. 1º da LC 105/2001, a norma impugnada não cuidaria da transferência de informações bancárias ao Fisco, questão que estaria no cerne das ações diretas. Tratar-se-ia de norma referente à investigação criminal levada a efeito no inquérito policial, em cujo âmbito há muito se admitiria a quebra de sigilo bancário , quando presentes indícios de prática criminosa (AC 3.872 AgR/DF, DJe de 13.11.2015; HC 125.585 AgR/PE, DJe de 19.12.2014; Inq 897 AgR/DF, DJU de 24.3.1995). No que tange à impugnação dos artigos 5º e 6º da LC 105/2001, ponto central das ações diretas de inconstitucionalidade, haveria que se consignar a inexistência, nos dispositivos combatidos, de violação a direito fundamental, notadamente de ofensa à intimidade. Não haveria "quebra de sigilo bancário", mas, ao contrário, a afirmação desse direito. Outrossim, seria clara a confluência entre os deveres do contribuinte - o dever fundamental de pagar tributos - e os deveres do Fisco - o dever de bem tributar e fiscalizar. Esses últimos com fundamento, inclusive, nos mais recentes compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Nesse sentido, para se falar em "quebra de sigilo bancário" pelos preceitos impugnados, necessário seria vislumbrar, em seus comandos, autorização para a exposição das informações bancárias obtidas pelo Fisco. A previsão de circulação dos dados bancários, todavia, inexistiria nos dispositivos questionados, que consagrariam, de modo expresso, a permanência no sigilo das informações obtidas com base em seus comandos. O que ocorreria não seria propriamente a quebra de sigilo, mas a "transferência de sigilo" dos bancos ao Fisco. Nessa transmutação, inexistiria qualquer distinção entre uma e outra espécie de sigilo que pudesse apontar para uma menor seriedade do sigilo fiscal em face do bancário. Ao contrário, os segredos impostos às instituições financeiras - muitas das quais de natureza privada - se manteria, com ainda mais razão, com relação aos órgãos fiscais integrantes da Administração Pública, submetidos à mais estrita legalidade.
> O Plenário destacou que, em síntese, a LC 105/2001 possibilitara o acesso de dados bancários pelo Fisco, para identificação, com maior precisão, por meio de legítima atividade fiscalizatória,

do patrimônio, dos rendimentos e das atividades econômicas do contribuinte. Não permitiria, contudo, a divulgação dessas informações, resguardando-se a intimidade e a vida íntima do correntista. E esse resguardo se tornaria evidente com a leitura sistemática da lei em questão. Essa seria, em verdade, bastante protetiva na ponderação entre o acesso aos dados bancário s do contribuinte e o exercício da atividade fiscalizatória pelo Fisco. Além de consistir em medida fiscalizatória sigilosa e pontual, o acesso amplo a dados bancários pelo Fisco exigiria a existência de processo administrativo - ou procedimento fiscal. Isso por si, já atrairia para o contribuinte todas as garantias da Lei 9.784/1999 - dentre elas, a observância dos princípios da finalidade, da motivação, da proporcionalidade e do interesse público -, a permitir extensa possibilidade de controle sobre os atos da Administração Fiscal. De todo modo, por se tratar de mero compartilhamento de informações sigilosas, seria mais adequado situar as previsões legais combatidas na categoria de elementos concretizadores dos deveres dos cidadãos e do Fisco na implementação da justiça social, a qual teria, como um de seus mais poderosos instrumentos, a tributação. Nessa senda, o dever fundamental de pagar tributos estaria alicerçado na ideia de solidariedade social. Assim, dado que o pagamento de tributos, no Brasil, seria um dever fundamental - por representar o contributo de cada cidadão para a manutenção e o desenvolvimento de um Estado que promove direitos fundamentais -, seria preciso que se adotassem mecanismos efetivos de combate à sonegação fiscal. No entanto, a Corte ressaltou que os Estados-Membros e os Municípios somente poderiam obter as informações previstas no art. 6º da LC 105/2001, uma vez regulamentada a matéria de forma análoga ao Decreto 3.724/2001, observados os seguintes parâmetros: a) pertinência temática entre a obtenção das informações bancárias e o tributo objeto de cobrança no procedimento administrativo instaurado; b) prévia notificação do contribuinte quanto à instauração do processo e a todos os demais atos, garantido o mais amplo acesso do contribuinte aos autos, permitindo-lhe tirar cópias, não apenas de documentos, mas também de decisões; c) sujeição do pedido de acesso a um superior hierárquico; d) existência de sistemas eletrônicos de segurança que fossem certificados e com o registro de acesso; e, finalmente, e) estabelecimento de mecanismos efetivos de apuração e correção de desvios. Já quanto à impugnação ao art. 1º da LC 104/2001, no ponto em que insere o § 1º, II, e o § 2º ao art. 198 do CTN, o Tribunal asseverou que os dispositivos seriam referentes ao sigilo imposto à Receita Federal quando essa detivesse informações sobre a situação econômica e financeira do contribuinte. Os preceitos atacados autorizariam o compartilhamento de tais informações com autoridades administrativas, no interesse da Administração Pública, desde que comprovada a instauração de processo administrativo, no órgão ou entidade a que pertencesse a autoridade solicitante, destinado a investigar, pela prática de infração administrativa, o sujeito passivo a que se referisse a informação.

A Corte asseverou que, no ponto, mais uma vez o legislador teria se preocupado em criar mecanismos que impedissem a circulação ou o extravasamento das informações relativas ao contribuinte. Diante das cautelas fixadas na lei, não haveria propriamente quebra de sigilo, mas sim transferência de informações sigilosas no âmbito da Administração Pública. Em relação ao art. 3º, § 3º, da LC 105/2001 - a determinar que o Banco Central do Brasil (Bacen) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) forneçam à Advocacia-Geral da União (AGU) "as informações e documentos necessários à defesa da União nas ações em que seja parte" -, ressaltou que essa previsão seria prática corrente. Isso se daria porque, de fato, os órgãos de defesa da União solicitariam aos órgãos federais envolvidos em determinada lide informações destinadas a subsidiar a elaboração de contestações, recursos e outros atos processuais. E de nada adiantaria a possibilidade de acesso dos dados bancário s pelo Fisco se não fosse possível que essa utilização legítima fosse objeto de defesa em juízo por meio do órgão por isso responsável, a AGU. Por fim, julgou parcialmente prejudicada uma das ações, relativamente ao Decreto 4.545/2002. O Ministro Roberto Barroso reajustou seu voto para acompanhar o relator. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, que conferiam interpretação conforme aos dispositivos legais atacados, de modo a afastar a possibilidade de acesso

direto aos dados bancário s pelos órgãos públicos, vedado inclusive o compartilhamento de informações. Este só seria possível, consideradas as finalidades previstas na cláusula final do inciso XII do art. 5º da CF, para fins de investigação criminal ou instrução criminal. Nesse sentido, a decretação da quebra do sigilo bancário, ressalvada a competência extraordinária das CPIs (CF, art. 58, § 3º), pressuporia, sempre, a existência de ordem judicial, sem o que não se imporia à instituição financeira o dever de fornecer à Administração Tributária, ao Ministério Público, à Polícia Judiciária ou, ainda, ao TCU, as informações que lhe tivessem sido solicitadas.
ADI 2390/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 24.2.2016. (ADI-2390)
ADI 2386/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 24.2.2016. (ADI-2386)
ADI 2397/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 24.2.2016. (ADI-2397)
ADI 2859/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 24.2.2016. (ADI-2859)
[...]
REPERCUSSÃO GERAL
Fornecimento de informações financeiras ao fisco sem autorização judicial
O art. 6º da LC 105/2001 não ofende o direito ao sigilo bancário, porque realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o translado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal. Por sua vez, a Lei 10.174/2001 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN. Esse o entendimento do Plenário, que em conclusão de julgamento e por maioria, negou provimento a recurso extraordinário em que se discutia a constitucionalidade - frente ao parâmetro do sigilo bancário - do acesso aos dados bancário s por parte de autoridades e agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sem autorização judicial, nos termos dispostos pela LC 105/2001. Debatia-se, ainda, se haveria afronta ao princípio da irretroatividade das leis, quando esses mecanismos são empregados para a apuração de créditos relativos a tributos distintos da CPMF, cujos fatos geradores tenham ocorrido em período anterior à vigência deste diploma legislativo - v. Informativo 814. O Colegiado afirmou não haver dúvidas de que o direito à privacidade ou mesmo à intimidade seriam direitos que teriam base fática e forte conteúdo jurídico. Significa dizer que seriam direitos passíveis de conformação. Não se trataria de pura condição restritiva, mas a própria lei poderia estabelecer determinadas delimitações. Esclareceu que a quebra de sigilo bancário sem autorização judicial, visando à Administração Tributária, não padeceria de nenhuma ilegalidade. Por outro lado, o art. 144, § 1º, do CTN imporia que qualquer método de apuração tributária entre em vigor imediatamente, o que afastaria a alegação de retroatividade. Na verdade, o tema ora em debate não seria quebra de sigilo, mas transferência de sigilo para finalidades de natureza eminentemente fiscal. A legislação aplicável garantiria fosse preservada a confidencialidade dos dados, vedado seu repasse a terceiros, estranhos ao próprio Estado, sob pena de responsabilização dos agentes que eventualmente praticassem essa infração. Assim, dados sigilosos de interesse fiscal somente poderiam ser acessados depois da instauração de competente processo administrativo, por ato devidamente motivado, nos moldes hoje preconizados pelo Decreto 3.724/2002, compreendidos os três níveis político-administrativos da Federação. Garante-se, ainda, a imediata notificação do contribuinte, a ele assegurado o acesso aos autos e o direito à extração de cópias de quaisquer documentos ou decisões, para que possa exercer, a todo o tempo, o controle jurisdicional dos atos da Administração, nos termos da Lei 9.784/1999. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, que davam provimento ao recurso. Para o Ministro Celso de Mello, a decretação da quebra do sigilo bancário, ressalvada a competência extraordinária das CPIs (CF, art. 58, § 3º), pressuporia, sempre, a existência de ordem judicial, sem o que não se poderia impor à instituição financeira o dever de fornecer à Administração Tributária, ao Ministério Público ou, ainda, à Polícia Judiciária as informações que lhe tenham sido solicitadas.
RE 601314/SP, rel. Min. Edson Fachin, 24.2.2016. (RE-601314)

No mesmo sentido, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça - STJ, no julgamento do REsp nº 1.134.655/SP, submetido ao rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil/1973, havia consolidado o entendimento de que a quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário é autorizada pela Lei nº 8.021/1990 e pela Lei Complementar nº 105/2001, normas procedimentais cuja aplicação é imediata.

Confira-se:

> PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A FATOS IMPONÍVEIS ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001. APLICAÇÃO IMEDIATA. ARTIGO 144, § 1º, DO CTN. EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE.
> 1. A quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário não extinto, é autorizada pela Lei 8.021/90 e pela Lei Complementar 105/2001, normas procedimentais, cuja aplicação é imediata, à luz do disposto no artigo 144, § 1º, do CTN.
> 2. O § 1º, do artigo 38, da Lei 4.595/64 (revogado pela Lei Complementar 105/2001), autorizava a quebra de sigilo bancário, desde que em virtude de determinação judicial, sendo certo que o acesso às informações e esclarecimentos, prestados pelo Banco Central ou pelas instituições financeiras, restringir-se-iam às partes legítimas na causa e para os fins nela delineados.
> 3. A Lei 8.021/90 (que dispôs sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais), em seu artigo 8º, estabeleceu que, iniciado o procedimento fiscal para o lançamento tributário de ofício (nos casos em que constatado sinal exterior de riqueza, vale dizer, gastos incompatíveis com a renda disponível do contribuinte), a autoridade fiscal poderia solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no artigo 38, da Lei 4.595/64.
> 4. O § 3º, do artigo 11, da Lei 9.311/96, com a redação dada pela Lei 10.174, de 9 de janeiro de 2001, determinou que a Secretaria da Receita Federal era obrigada a resguardar o sigilo das informações financeiras relativas à CPMF, facultando sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente.
> 5. A Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, revogou o artigo 38, da Lei 4.595/64, e passou a regular o sigilo das operações de instituições financeiras, preceituando que não constitui violação do dever de sigilo a prestação de informações, à Secretaria da Receita Federal, sobre as operações financeiras efetuadas pelos usuários dos serviços (artigo 1º, § 3º, inciso VI, c/c o artigo 5º, caput, da aludida lei complementar, e 1º, do Decreto 4.489/2002).
> 6. As informações prestadas pelas instituições financeiras (ou equiparadas) restringem-se a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados (artigo 5º, § 2º, da Lei Complementar 105/2001).
> 7. O artigo 6º, da lei complementar em tela, determina que: "Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.
> Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária."
> 8. O lançamento tributário, em regra, reporta-se à data da ocorrência do fato ensejador da

tributação, regendo-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada (artigo 144, caput, do CTN).
9. O artigo 144, § 1º, do Codex Tributário, dispõe que se aplica imediatamente ao lançamento tributário a legislação que, após a ocorrência do fato imponível, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.
10. Conseqüentemente, as leis tributárias procedimentais ou formais, conducentes à constituição do crédito tributário não alcançado pela decadência, são aplicáveis a fatos pretéritos, razão pela qual a Lei 8.021/90 e a Lei Complementar 105/2001, por envergarem essa natureza, legitimam a atuação fiscalizatória/investigativa da Administração Tributária, ainda que os fatos imponíveis a serem apurados lhes sejam anteriores (Precedentes da Primeira Seção: EREsp 806.753/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 22.08.2007, DJe 01.09.2008; EREsp 726.778/PR, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 14.02.2007, DJ 05.03.2007; e EREsp 608.053/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 09.08.2006, DJ 04.09.2006).
11. A razoabilidade restaria violada com a adoção de tese inversa conducente à conclusão de que Administração Tributária, ciente de possível sonegação fiscal, encontrar-se-ia impedida de apurá-la.
12. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 facultou à Administração Tributária, nos termos da lei, a criação de instrumentos/mecanismos que lhe possibilitassem identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, respeitados os direitos individuais, especialmente com o escopo de conferir efetividade aos princípios da pessoalidade e da capacidade contributiva (artigo 145, § 1º).
13. Destarte, o sigilo bancário, como cediço, não tem caráter absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade aplicável de forma absoluta às relações de direito público e privado, devendo ser mitigado nas hipóteses em que as transações bancárias são denotadoras de ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. Isto porque, conquanto o sigilo bancário seja garantido pela Constituição Federal como direito fundamental, não o é para preservar a intimidade das pessoas no afã de encobrir ilícitos.
14. O suposto direito adquirido de obstar a fiscalização tributária não subsiste frente ao dever vinculativo de a autoridade fiscal proceder ao lançamento de crédito tributário não extinto.
15. *In casu*, a autoridade fiscal pretende utilizar-se de dados da CPMF para apuração do imposto de renda relativo ao ano de 1998, tendo sido instaurado procedimento administrativo, razão pela qual merece reforma o acórdão regional.
16. O Supremo Tribunal Federal, em 22.10.2009, reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário 601.314/SP, cujo thema iudicandum restou assim identificado: "Fornecimento de informações sobre movimentação bancária de contribuintes, pelas instituições financeiras, diretamente ao Fisco por meio de procedimento administrativo, sem a prévia autorização judicial. Art. 6º da Lei Complementar 105/2001."
17. O reconhecimento da repercussão geral pelo STF, com fulcro no artigo 543-B, do CPC, não tem o condão, em regra, de sobrestar o julgamento dos recursos especiais pertinentes.
18. Os artigos 543-A e 543-B, do CPC, asseguram o sobrestamento de eventual recurso extraordinário, interposto contra acórdão proferido pelo STJ ou por outros tribunais, que verse sobre a controvérsia de índole constitucional cuja repercussão geral tenha sido reconhecida pela Excelsa Corte (Precedentes do STJ: AgRg nos EREsp 863.702/RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 13.05.2009, DJe 27.05.2009; AgRg no Ag 1.087.650/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18.08.2009, DJe 31.08.2009; AgRg no REsp 1.078.878/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.06.2009, DJe 06.08.2009; AgRg no REsp 1.084.194/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 26.02.2009; EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no REsp

805.223/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 04.11.2008, DJe 24.11.2008; EDcl no AgRg no REsp 950.637/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 21.05.2008; e AgRg nos EDcl no REsp 970.580/RN, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 05.06.2008, DJe 29.09.2008).
19. Destarte, o sobrestamento do feito, ante o reconhecimento da repercussão geral do thema iudicandum, configura questão a ser apreciada tão somente no momento do exame de admissibilidade do apelo dirigido ao Pretório Excelso.
20. Recurso especial da Fazenda Nacional provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.
(REsp 1134665/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009) sem grifos no original

Assim, resta pacificado o entendimento de que o sigilo fiscal e bancário não tem caráter absoluto e, dessa forma, não se identifica qualquer nulidade no procedimento fiscal adotado pelo Fisco, a partir das informações de movimentação financeira do embargante.

Superada essa questão, impõe-se o conhecimento da remessa oficial e da apelação da União.

Como relatado, a r. sentença entendeu pelo caráter confiscatório da multa punitiva aplicada, reduzido o seu percentual de 112,5% para 75%.

Em suas razões recursais, a União sustenta, em síntese, que o Art. 150, IV, da Constituição Federal, veda a utilização de tributo com efeito de confisco, mas que o Art. 3º, do Código Tributário Nacional, exclui do conceito de tributo a sanção de ato ilícito, caso da multa em discussão. Defende, ainda, a razoabilidade do percentual, eis que incidente sobre o valor do tributo sonegado e não sobre o montante do patrimônio do contribuinte. Pugna, por fim, pela majoração dos honorários advocatícios de sucumbência.

Entende esta C. Turma que é razoável a multa punitiva no percentual de 112,5% em casos de sonegação ou fraude. *Verbis:*

DIREITO CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA. AUTO DE INFRAÇÃO. SIGILO BANCÁRIO. ARTIGO 24 DA LEI 11.457/2007. PRESCRIÇÃO. ARTIGO 44 DA LEI 9.430/1996. MULTA PUNITIVA. CONFISCO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.
1. A existência de ação anulatória não afasta a exigibilidade fiscal, se não houver depósito integral do valor discutido, ou comprovação dos requisitos da evidência da probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo para efeito de tutela de urgência (artigo 300, CPC/2015 e artigo 151, V, CTN).
2. Não é relevante a alegação de violação do sigilo bancário, diante da orientação firmada pela Corte Suprema, no julgamento do RE 601.314, Rel. Min. EDSON FACHIN, em regime de repercussão geral, e das ADIs 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859. Verificadas, a partir da requisição de informações, como autorizada pela LC 105/2001, irregularidades fiscais, o contribuinte tem direito de defesa no bojo do procedimento instaurado para a apuração do crédito tributário, sem que se cogite, portanto, no caso concreto, de nulidade ou de violação ao contraditório ou devido processo legal.
3. O artigo 24 da Lei 11.457/2007 impõe prazo para a razoável duração do procedimento fiscal, podendo o contribuinte pleitear, em Juízo, o pronunciamento tempestivo do Fisco para assegurar a eficiência da atividade administrativa. A violação de tal prazo, com a conclusão posterior do procedimento fiscal, não acarreta, porém, a nulidade da decisão administrativa.
4. A multa punitiva do artigo 44 da Lei 9.430/1996, pela apuração de evidente conduta fraudulenta e falta de atendimento, pelo sujeito passivo, de intimações fiscais para a pres-

tação de esclarecimentos e apresentação de documentos, foi aplicada conforme a lei vigente (alterações das Leis 9.532/1997 e Lei 11.488/2007, conversão da MP 351) ao tempo de cada ocorrência, não existindo, ao contrário do alegado, norma posterior mais benéfica para retroação aos fatos geradores pretéritos. O percentual previsto no § 2º do artigo 44 da Lei 9.430/1996, embora elevado, deriva da gravidade da conduta e do intento do legislador de coibir e prevenir, tanto específica como genericamente, a prática infracional, conferindo caráter punitivo à sanção, diferentemente do que ocorre com as multas moratórias, não permitindo, portanto, neste juízo prévio e em sede de agravo de instrumento, cogitar de confisco e inconstitucionalidade da sanção fiscal.
5. Agravo de instrumento desprovido.
(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 586023 - 0014400-38.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 20/10/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/10/2016)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. IRPJ. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. DIREITO INDIVIDUAL NÃO ABSOLUTO. NECESSIDADE DE DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO ATRAVÉS DE AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA PUNITIVA DE 150%. INFRAÇÃO SUBJETIVA. SONEGAÇÃO, FRAUDE OU CONLUIO. RAZOABILIDADE. CORREÇÃO DE JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. RECURSO DESPROVIDO.
1. Trata-se de ação anulatória de débito fiscal, para afastar cobrança de IRPJ, por omissão de receita tributável assim declinada: "falta de recolhimento do imposto de renda retido na fonte sobre pagamento a beneficiário não identificado".
2. Em relação à nulidade do procedimento, de que resultou a atuação, a autora invocou o expediente penal (IPL 98.1012627-1, que resultou na AP 2002.61.02.13.000878-6), no qual apurado o depósito indicativo de remessa de numerário para titular de conta CC5, revelando a possibilidade de evasão de divisas, daí decorrendo a quebra de sigilo bancário naqueles autos.
3. A fiscalização decorreu de diligência fiscal que, verificando irregularidades apontadas em inquérito policial, procedeu ao pedido de quebra de sigilo fiscal e bancário da autora, identificando-se, estando de posse dos extratos, a remessa de recursos ao exterior, por meio de movimentação de conta CC5.
4. O Juízo Federal de Foz do Iguaçu/PR, que havia deferido a quebra de sigilo fiscal e bancário de todos os titulares das contas correntes, investigados em inquéritos policiais, autorizou o pedido fazendário de extensão da quebra em favor da investigação fiscal, "na finalidade de prover o recebimento de tributos a que teria direito a União pela movimentação dos créditos em tais contas bancárias sob investigação".
5. Assente que não existe direito absoluto a sigilo, podendo o Fisco ter acesso aos dados bancários e outros, desde que judicialmente autorizada, através de decisão fundamentada, conforme jurisprudência consolidada. Na atualidade não mais se discute a imprescindibilidade de decisão judicial para haja quebra de sigilos, conforme assentado pela Suprema Corte (RE 389.808).
6. Caso em que, a quebra de sigilo foi devidamente autorizada por decisão judicial fundamentada, diante de indícios de utilização da conta para promover a saída de país de recursos pertencentes a terceiros, não havendo que se falar em ilicitude das provas produzidas. O ato administrativo reveste-se de presunção de legitimidade, cabendo ao autor o ônus da prova para afastar sua exigibilidade, o que não ocorreu no caso.
7. Consolidada a jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, "em se tratando de ação anulatória, incumbe ao autor o ônus da prova, no tocante à desconstituição do crédito já notificado ao contribuinte, em face da presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo, sendo, pois, necessário prova irrefutável do autor para desconstituir o crédito" (REsp 894.571, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 01/07/2009).
8. O lançamento tributário impugnado resultou de apuração regular de fato gerador, tendo sido comprovado o pagamento de valor a pessoa física, sem a retenção do imposto na fonte,

não tendo logrado a autora justificar a transferência de numerário para João Batista da Silva, feita através de conta CC5, conforme se verifica da cópia do auto de infração, para efeito de desconstituir o ato de lançamento. Concluiu, pois, o Fisco pela existência de fato gerador e, ainda, de infração fiscal devido à omissão de receita tributável representada por valores financeiros movimentados em operação bancária, em conduta marcada por fraude e ocultação de seu conteúdo e extensão.
9. Impertinente discutir nestes autos a possibilidade de instauração de medida de persecução penal antes da constituição definitiva do crédito tributário, ou acerca do impedimento do artigo 83 da Lei 9.430/96, pois aqui não se cuida de representação fiscal para fins penais, mas de apuração fiscal de tributo devido e de ação anulatória de débito fiscal.
10. Também manifestamente infundada a alegação de decadência, que se conta na forma do artigo 173, I, do Código Tributário Nacional, a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que cabível o lançamento, a teor do que revela a jurisprudência consolidada.
11. Caso em que a hipótese é de IRPJ, ano-calendário 1997, em que houve lançamento de ofício, através de auto de infração, com notificação entregue em 19/02/2002, afastando, pois, de forma manifesta, a alegação de decadência.
12. Em relação aos acréscimos, a multa qualificada foi aplicada "por estar evidente o intuito de fraude, prevista no inciso II do art. 957, do RIR/99" (Termo de Verificação Fiscal).
13. Não se descaracteriza a infração com o argumento de que constou da contabilidade da empresa o pagamento efetuado, pois a falta de declaração da operação sujeita à tributação, com ocultação do beneficiário, especialmente dadas as circunstâncias relativas ao valor envolvido e destinatário, este titular de conta CC5, revelou intuito de fraude, voltado a obstruir a apuração de vinculação dos recursos a práticas ilegais de lesão ao interesse fiscal. É claro, pois, que não se trata de substituir a sanção imposta por multa moratória, que pune mero atraso no cumprimento de obrigação tributária, pois a conduta que se praticou, consistente em participar ou viabilizar fraude contra interesse fiscal, é passível de multa punitiva, que se justifica pela necessidade de mais adequada reprimenda pela lesividade da conduta em detrimento do interesse público.
14. A propósito da validade da multa aplicada, em casos que tais, tem decidido a jurisprudência, inclusive desta Corte, que "o percentual de 150% a título de multa, nos casos de sonegação, fraude ou conluio é razoável, justamente porque se dirige a reprimir condutas evidentemente contrárias não apenas aos interesses fiscais, mas aos interesses de toda a sociedade" (ARGINC 00057206001070l, Rel. Des. Fed. JOEL ILAN PACIORNIK, D.E. 14/09/2009).
15. Também infundada a alegação de que a multa punitiva não pode ser acrescida de juros de mora na cobrança executiva. Firme, em sentido contrário à pretensão, dada a própria natureza jurídica distinta dos encargos.
16. Finalmente, improcedente a tese de que não se aplica, em razão da Súmula 168/TFR, a verba honorária no presente feito. Assim porque não se cuida de embargos à execução fiscal, mas de ação anulatória, que não substitui nem se confunde com a defesa incidental, sujeita a prazo de oposição e outros requisitos específicos de admissibilidade, inclusive a prévia e integral garantia do Juízo, daí porque impertinente conceber uma coisa como sendo a outra, especialmente para efeito de aplicação de enunciado sumular que se refere, expressa e literalmente, aos embargos do devedor.
17. Agravo inominado desprovido.
(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1764711 - 0027495-53.2012.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 16/07/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/07/2015)

Assim, é devida a multa nos termos em que lavrada pela Fazenda Nacional, sendo por ela responsáveis os sucessores do *de cujus*, respeitados os limites da herança.

Quanto aos honorários advocatícios de sucumbência, é certo que decorrem de lei e são devidos, em homenagem ao princípio da causalidade, por aquele que deu causa à demanda.

Impende considerar, portanto, a condenação da parte autora nas verbas sucumbenciais, uma vez que decaiu da totalidade dos pedidos.

São critérios elencados pelo legislador para fixação da verba honorária: a) o grau de zelo do profissional; b) o lugar da prestação do serviço; e c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Assim, no tocante à fixação dos honorários advocatícios de sucumbência, deve-se considerar, sobretudo, a razoabilidade do seu valor, em face do trabalho profissional efetivamente prestado, não podendo a fixação ser exorbitante nem irrisória, não sendo determinante, para tanto, apenas e tão somente o valor da causa.

Com efeito, destaca-se que, não obstante a vigência da Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil) a partir do dia 18/03/2016, mantem-se a aplicação do Art. 20, §§3º e 4º, do CPC/73, vigente à época da publicação da sentença atacada.

Isto porque o Art. 85, do novo Código de Processo Civil, encerra uma norma processual heterotópica, ou seja, traz um conteúdo de direito substancial inserto em um diploma processual, não sendo cabível a aplicação da teoria do isolamento dos atos processuais, mas sim lei vigente ao tempo da consumação do ato jurídico.

No caso dos autos, verifica-se que a demanda ostenta complexidade mediana e se desenrola há cerca de seis anos, tendo tramitado inclusive no Supremo Tribunal Federal.

Isso posto, fixo em R$ 20.000,00 os honorários de sucumbência devidos pela parte autora, nos termos do Art. 20, §4º, do CPC/1973.

O assistente simples integra a lide na defesa de interesse próprio, atuando apenas em auxílio ao assistido. Por isso, não pode ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, cabendo-lhe apenas as custas proporcionais decorrentes de sua intervenção, caso o assistido seja vencido no processo. É o que prevê o Art. 32, do CPC/1973 (Art. 94, do CPC/2015). É nesse sentido a jurisprudência desta E. Corte e do C. STJ:

> CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. SFH. QUITAÇÃO DE SALDO DEVEDOR PELO FCVS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA COHAB: AFASTADA. DUPLICIDADE DE FINANCIAMENTOS EM UMA MESMA LOCALIDADE. CONTRATO CELEBRADO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI 8.100/1990. PRECEDENTE OBRIGATÓRIO DO STJ. RECURSOS IMPROVIDOS. ASSISTENTE SIMPLES. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.
> 1. Afastada a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela COHAB/Bauru, na medida em que a relação jurídica ora debatida foi estabelecida entre o autor e a ora apelante, tendo esta assumido a obrigação de mútuo decorrente do contrato entre as partes.
> 2. Face à garantia do ato jurídico perfeito e ao princípio da irretroatividade das leis, a restrição veiculada na Lei nº 8.100/1990 somente pode ser aplicada aos contratos celebrados após a sua vigência. Precedente obrigatório do Superior Tribunal de Justiça.
> 3. A disposição originalmente contida no artigo 9º, § 1º, da Lei nº 4.381/1964 apenas veda às pessoas que já eram "proprietários, promitentes, compradoras ou cessionárias de imóvel residencial na mesma localidade" a aquisição de imóveis nos moldes do Sistema Financeiro da Habitação. Não há como se inferir da aludida vedação que, se a mesma for descumprida pelo mutuário, a consequência será a perda da cobertura do FCVS contratualmente prevista.
> 4. Não é admissível que a parte mutuante afirme o desrespeito ao referido dispositivo legal,

apenas para o fim de negar a quitação do saldo devedor residual (consequência que, como visto, não é prevista na norma), reputando válidos os demais termos do negócio jurídico.
5. No caso dos autos, o contrato de financiamento imobiliário no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação foi celebrado em 15/10/1985, com expressa previsão de cobertura de eventual saldo residual pelo FCVS, não se lhe aplicando, portanto, a restrição veiculada na Lei nº 8.100/1990.
6. O assistente simples integra a lide na defesa de interesse próprio, estando apenas em auxílio do assistido. Por isso, não lhe cabe a condenação ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, cabendo-lhe apenas as custas proporcionais decorrentes de sua intervenção, caso o assistido seja vencido no processo. Precedente.
7. Ante a impossibilidade de condenação da assistente simples à verba honorária, os honorários advocatícios de sucumbência impostos pela r. sentença deverão ser rateados entre a CEF e a COHAB/Bauru, na proporção de 5% (cinco por cento) para cada corré.
8. Preliminar afastada. Apelações interpostas pela CEF e pela COHAB/Bauru improvidas. Apelação interposta pela União provida.
(AC 00021032520094036117, DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/07/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

..EMEN: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FGTS. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES. ASSISTÊNCIA. ART. 32 DO CPC. IMPOSSIBILIDADE. EXCLUSÃO DA UNIÃO DA CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS POR TER FIGURADO APENAS COMO ASSISTENTE SIMPLES.
1. Trata-se de ação ajuizada pelo rito ordinário na qual se discute a inclusão de expurgos inflacionários nas contas vinculadas do FGTS. No juízo monocrático a irresignação foi julgada procedente, sendo determinado o rateio das verbas honorárias entre a CEF, a ré, e a União, a assistente simples. Ambas as partes interpuseram apelação. O acórdão do egrégio TRF da 1ª Região deu parcial provimento à apelação da CEF para, tão-somente, manter os índices de 42,72% (jan/89) e 44,80% (abr/90), e conceder a correção com base nos juros de mora da ordem de 0,5% ao mês, apenas, no caso de levantamento integral do saldo após a data em que devidas quaisquer das diferenças deferidas. Manteve o rateio dos honorários advocatícios entre a CEF e a União. Contra tal acórdão, os particulares interpõem o presente apelo extremo.
2. Nas ações que versam sobre a correção monetária dos saldos do FGTS, o entendimento jurisprudencial deste Tribunal é que, em sendo de natureza civil e expressando a mora do devedor, são devidos juros moratórios à base de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação, independentemente da movimentação ou disponibilização dos saldos. Precedentes.
3. Consoante estabelece o CPC, não há condenação do assistente simples em honorários advocatícios, litteris: "Se o assistido ficar vencido, o assistente será condenado nas custas em proporção à atividade que houver exercido no processo".
4. Determinação para que os honorários advocatícios, fixados na ordem de 10% (dez por cento), sejam arcados, na sua totalidade, pela Caixa Econômicas Federal - CEF, restando mantido o rateio quanto às custas processuais.
5. Recurso especial provido. ..EMEN:
(RESP 200301597367, JOSÉ DELGADO, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJ DATA:11/04/2005 PG:00180 ..DTPB:.)

Assim, às assistentes simples caberá apenas a condenação em 50% das custas.

Por fim, tendo em vista a concessão dos benefícios da justiça gratuita, a exigibilidade das verbas sucumbenciais deve observar o disposto na Lei nº 1.060/50.

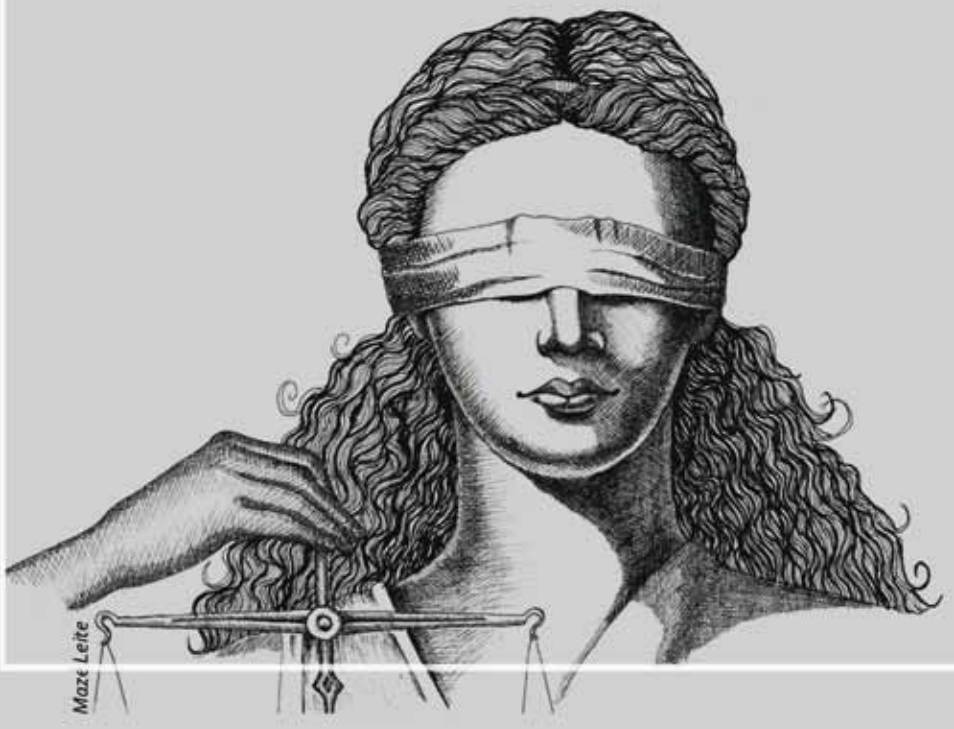
Ante o exposto, encontrando-se o v. acórdão recorrido (fls. 619-630) em dissonância com a orientação recente dos Tribunais Superiores, impõe-se, em juízo de retratação, a *reforma*

do julgado, para *negar provimento à apelação da parte autora*, *dar parcial provimento à apelação das assistentes simples* e *dar provimento à remessa oficial e à apelação da União,* nos termos do Artigo 543-B, §3, do CPC/1973 (Artigo 1.040, II, do CPC/2015).

É o voto.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

Direito Penal



TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

APELAÇÃO CRIMINAL
0000528-13.2011.4.03.6181
(2011.61.81.000528-0)

Apelante: JEFFREY LORBACK
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Classe do Processo: ACr 67891
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/05/2017

EMENTA

PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOA PARA O FIM DE EXPLORAÇÃO SEXUAL. TIPICIDADE. PARTICIPAÇÃO. PENA.
I - A tipificação do crime previsto no artigo 231 do Código Penal prescinde da ocorrência de ameaça, maus-tratos ou fraude.
II - A conduta do agente que, no exterior, recebe mulheres enviadas para a prostituição e administra o imóvel em que elas são acomodadas, estabelecendo regras e controlando a liberdade delas, pode ser enquadrada na condição de partícipe do tráfico internacional de pessoa para o fim de exploração sexual.
III - Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 25 de abril de 2017.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Trata-se de recurso de *apelação* interposto por JEFFREY LORBACK em face de sentença que o condenou pela prática do crime previsto no artigo 231 do Código Penal ao cumprimento das penas de 3 (três) anos de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de cinco salários mínimos em favor de entidade pública a ser designada pelo Juízo da Execução Penal (fls. 1741/1756).

Em suas *razões*, o réu postula a reforma da sentença aduzindo que: *a)* não promoveu, intermediou ou facilitou a saída de prostitutas do Brasil, sendo que o fato de ter atuado como motorista das meninas ou como "tomador de contas" não se amolda ao disposto no artigo

231 do Código Penal, uma vez que não participou de qualquer conduta ligada à saída delas do Brasil e foi absolvido da imputação de formação de quadrilha referente ao núcleo criminoso "Las Vegas"; *b)* que a conduta é atípica, pois "*[a] partir da inquirição das testemunhas ficou difícil não questionar a validade da palavra 'vítima' para descrevê-las eis que, todas tiveram a exata, precisa e plena intenção de exercer atividades ligadas a sexo, e para isto disputavam espaço com as outras.*"; *c)* que, na hipótese de manutenção da condenação, seja afastada da dosimetria da pena a vetorial de intuito de lucro, pois inscrito no próprio tipo penal (fls. 1821/1824).

Contrarrazões às fls. 1827/1833.

A Procuradoria Regional da República opinou no sentido do desprovimento do recurso (fls. 1836/1839).

É o breve relatório.

Ao revisor.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

O apelante foi condenado pela prática do crime previsto no artigo 231 do Código Penal por fatos apurados na denominada "Operação Harem", que detectou um núcleo criminoso com atuação no tráfico internacional de pessoas para prostituição de alto luxo no Oriente Médio, Europa, Caribe e Uruguai.

A denúncia formulada pelo Ministério Público Federal narra que o ora apelante Jeffrey Lorback seria o "braço direito" de John Bradley Heep, exercendo as funções de motorista e de auxiliar/assistente na atividade de prostituição de mulheres brasileiras enviadas mediante negociação realizada entre John e os brasileiros Yzamak Amaro da Silva (Mazinho) e Luiz Carlos, cujas condenações foram mantidas por ocasião do julgamento das apelações criminais interpostas nos autos de nº 2009.61.81.007268-7, particularmente as brasileiras *Louiseanne Borges de Oliveira* ("*Isi*") e *Bruna Suelen Pensado Farina Fabris.*

No tocante às provas, observo não haver dúvida a respeito da *participação* delituosa de Jeffrey na atividade exercida pelo corréu John, bem como da tipificação da sua conduta.

Com efeito, o artigo 231 do Código Penal tipifica as condutas de promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro.

A conduta de John Bradley Heep, que era o chefe do apelante, amolda-se perfeitamente ao descrito no artigo 231, pois ele promovia a saída de mulheres do Brasil para se prostituírem no denominado núcleo de *Las Vegas*, sendo que as condutas do apelante, por sua vez, concorreram para o êxito da empreitada criminosa, uma vez que Jeffrey auxiliava John recebendo as mulheres no aeroporto, exercendo as funções de motorista e de administrador da casa em que as garotas ficavam, cabendo-lhe controlar os horários, as saídas ("livres" ou para os "programas"), o pagamento pelos serviços prestados e a aplicação de penalidades.

Sobre a aduzida ausência de violência ou de maus-tratos, anoto que a presença de tais circunstâncias ensejaria o aumento da pena (inciso IV do §2º), o que evidencia serem desnecessárias para a tipificação do disposto no *caput* do artigo 231 do Código Penal, sendo mais que

suficiente a comprovação de vício no consentimento das mulheres, o que ocorreu no presente caso, uma vez que há provas no sentido de que as vítimas não tinham conhecimento a respeito das condições estabelecidas no sentido de terem que custear despesas com alimentação, de serem proibidas de saírem sozinhas e de terem o tempo de saída limitado e controlado pelo acusado, bem como da existência de uma série de sanções pelo descumprimento de regras impostas por John (multa de cem dólares por sair no quintal para fumar, por exemplo).

Todos estes fatos anteriormente mencionados, de forma concisa, foram comprovados pelos testemunhos prestados por Louiseane Borges de Oliveira, por Bruna Suelen Pensado Farina Fabris e pelo agente da polícia federal Rafael Rodrigo Pacheco Salaroli, e exaustivamente mencionados na fundamentação da sentença às fls. 1745/1751, que também adoto como fundamentos do meu voto.

Anoto, enfim, que as penas foram fixadas no mínimo, não havendo qualquer interesse no sentido da exclusão da circunstância judicial consistente no fato de o acusado ter praticado o crime com o fim de auferir vantagem econômica.

Diante do exposto, *nego provimento* ao recurso.

Tendo em vista que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do *HC 126.292-SP*, passou a admitir o cumprimento provisório da pena depois de esgotado o duplo grau de jurisdição, entendimento que também foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça na *QO na APn 675-GO*, determino a *expedição de guia* para que seja iniciada a execução das penas restritivas de direitos perante o juízo de primeiro grau.

É como voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0003269-91.2011.4.03.6127
(2011.61.27.003269-0)

Apelante: ALEX ROBERTO FRANZONI
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO JOÃO DA BOA VISTA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO
Classe do Processo: ACr 59920
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/07/2017

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA. FALSO TESTEMUNHO. MATERIALIDADE E AUTORIA PRESENTES. DOLO CONFIGURADO. COAÇÃO. AFASTAMENTO. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. INAPLICABILIDADE. SEGUNDA FASE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.
1. Demonstrados a autoria, o dolo e a materialidade delitiva;
2. As circunstâncias do caso concreto indicam que o acusado agiu com a vontade livre e consciente de fazer afirmação falsa como testemunha em processo judicial, não havendo que se falar em coação. Restou clara a intenção de burlar a lei trabalhista e prejudicar o funcionamento do Poder Judiciário, configurando o dolo apto a ensejar sua condenação nas penas dos artigos 342 do Código Penal;
3. A pena-base deve ser firmada em seu patamar mínimo, pois não é possível considerar fatos ulteriores à prática do delito como antecedentes criminais. Outrossim, a existência de ações penais em curso ou inquéritos não configuram maus antecedentes, conduta social desfavorável nem personalidade voltada para a prática de crime, nos termos da Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça;
4. A circunstância de o apelante ter requerido a absolvição sob o fundamento de que agiu com ausência de dolo não implica afastamento do redutor do artigo 65, III, "d", do Código Penal, uma vez que a espontaneidade exigida pela norma prescinde de motivos. São, pois, irrelevantes as razões pelas quais o agente admitiu a prática do crime para que se aplique a atenuante;
5. Com fundamento no artigo 44, I e II e §2º do Código Penal, e por constituir medida socialmente recomendável, necessário substituir a pena privativa de liberdade por 1 (uma) pena restritiva de direitos;
6. Recurso da defesa parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso da defesa, tão somente para diminuir a pena-base, estabelecendo-a

no mínimo legal, e para reconhecer a atenuante da confissão espontânea, fixada a pena definitiva em *1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa* e substituída a pena privativa de liberdade por 1 (uma) pena restritiva de direitos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 19 de julho de 2017.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAURÍCIO KATO (Relator):

Trata-se de apelação criminal interposta por *Alex Roberto Franzoni* contra a r. sentença de fls. 291/293-v, que o condenou à pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa pela prática do delito previsto no artigo 342 do Código Penal, substituída por 2 (duas) penas restritivas de direitos.

Em suas razões recursais, a defesa requer a reforma da sentença nos seguintes termos (fls. 309/313):

a) a absolvição do réu sob o fundamento de que agiu com ausência de dolo, nos termos do artigo 386, III do Código de Processo Penal;

b) a absolvição do réu sob o fundamento de que agiu sob coação;

c) a diminuição da pena tendo em vista que não houve resultado naturalístico ou exaurimento do delito;

d) a diminuição da pena-base;

c) que incida a atenuante prevista no artigo 65, III, "d" do Código Penal (confissão espontânea).

Contrarrazões ministeriais apresentadas às fls. 315/318.

A Procuradoria Regional da República opinou pelo parcial provimento da apelação defensiva para que seja reconhecida a atenuante da confissão espontânea (fls. 321/322).

É o relatório.

À revisão, nos termos regimentais.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAURÍCIO KATO (Relator):

Consta dos autos que *Alex Roberto Franzoni* foi denunciado pela prática dos crimes previstos no artigo 342 do Código Penal, por ter feito afirmações falsas, como testemunha, em processo judicial.

Narra a denúncia que *Gilberto Luis da Silva* propôs ação trabalhista em face do Auto Posto J.P.S. LTDA, e que o acusado, em audiência de instrução e julgamento, afirmou, como testemunha compromissada, que trabalhou com *Gilberto* e que ambos cumpriram a mesma jornada de trabalho, no horário das 18h às 2h.

No entanto, *Nilton Cesar Alves* testemunhou que os horários de jornada de trabalho de *Gilberto* e do acusado eram diferentes. Ademais, inquirido em sede policial acerca destes

fatos, o acusado afirmou que seu depoimento nos autos da ação trabalhista não era verídico.

Após a instrução, o Juiz de primeiro grau utilizou-se dos seguintes fundamentos para condenação (fl. 291/293):

> No caso em tela, eis o teor do depoimento do acusado, prestado como testemunha do reclamado nos autos da ação trabalhista 0041800-19.2009.5.15.0141, que tramitou perante a Vara do Trabalho de Mococa-SP (fl. 19): "... que trabalhou com o reclamante no horário das 18:00 às 02:00 horas; que confirma que trabalhou com o reclamante no mesmo posto e no mesmo horário; que a testemunha acima (Nilton Cesar Alves) trabalhava das 14:00 às 22:00 horas. O Juízo do Trabalho considerou inverídico o depoimento do acusado naquele processo, dele não se valendo para o deslinde do feito (fl. 19 e sexto parágrafo de fl. 37). Antes, porém, oportunizou às testemunhas, notadamente ao acusado, a possibilidade de retratação, o não ocorreu. Em sede de inquérito, disse o acusado que o depoimento prestado na Justiça do Trabalho não era verídico (fl. 50). Interrogado em juízo, disse que era verdadeiro o teor da denúncia. Confirmou que prestou depoimento inquinado de falso na ação trabalhista, aduzindo que se não o fizesse perderia o emprego (fl. 234). *Contudo, aludida coação não foi provada. Jose Pedro da Silva Junior, o patrão do acusado à época dos fatos, testemunha por ele arrolada, disse que não sabia se Gilberto, o reclamante da ação trabalhista, trabalhou junto com Alex, o acusado, e nem soube informar o horário específico de trabalho de ambos ou mesmo do Auto Posto em questão (fl. 223).* Gilberto Luiz da Silva, o reclamante da ação trabalhista e testemunha de acusação nestes autos, disse que trabalhou no Auto Posto Paulista por um ano. Lá eram três os turnos, sendo eu ele fazia o noturno (das 22 às 06 horas). Alex revezava, mas seu horário era o matutino, das 06 às 14 horas. Nilton trabalhou depois que Gilberto saiu da empresa e fazia o mesmo horário que ele, o noturno (fl. 182).Nilton Cesar Alves, a testemunha da ação trabalhista, disse nestes autos que conhece o acusado porque trabalharam juntos no Auto Posto. Nilton fazia o horário das 9:30 às 06 da manha e ele, o acusado, fazia das 06 às 14 horas. Gilberto fazia o horário das 9:30 às 06 horas e a testemunha Nilton entrou no lugar dele (Gilberto). Informou que Alex e Gilberto não trabalhavam no mesmo horário (fl. 182). As provas produzidas na Justiça do Trabalho e as colhidas nestes autos demonstram que o acusado, mesmo compromissado nos termos da lei, prestou depoimento falso, pois disse que trabalhou junto com Gilberto e faziam o mesmo horário, das 18:00 às 2:00 horas. *Patente, pois, o dolo. O falso testemunho é classificado como crime de natureza formal. Ainda que seja possível a ocorrência do resultado naturalístico, aquele hábil de ser percebido no mundo fenomênico, sua ocorrência é prescindível para configuração da figura típica. A consumação ocorre, portanto, com a prática da conduta descrita no tipo penal, no momento em que o agente faz afirmação falsa, nega ou cala a verdade, como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou juízo arbitral. Não se exige que, em caso de depoimentos judiciais falsos, o testemunho inverídico influencie a decisão do julgador. Caso isso seja verificado, ocorrerá o resultado material em um crime formal, cuidando-se de exaurimento do crime, que deve ser levado em consideração quando da fixação da pena. Desta forma, com base nestas considerações, rejeito as ponderações da Defesa, no sentido de inexistência de dolo e da suposta coação pelo patrão. Rejeito também a alegação da Defesa de confissão (fls. 88/89). O réu teve a oportunidade de se retratar perante o Juízo Trabalhista, mas não o fez.* Assim, demonstradas a materialidade e autoria delitivas, condeno Alex Roberto Franzoni como incurso nas penas do artigo 342 do Código Penal. Passo à dosimetria da pena (art. 68 do CP), iniciando pelo exame das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Primeiramente, embora a Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013, tenha majorado a pena para o crime de falso testemunho, passando de 01 a 03 anos para 02 a 04 anos de reclusão, aplica-se a pena vigente à época dos fatos, que ocorreram em 21 de maio de 2009. *O réu apresenta maus antecedentes. Já foi condenado penalmente e possui feitos em andamento (fls. 115/118, 122/125, 127, 243, 253/254 e 263/264). Assim, fixo*

> *a pena base acima do seu mínimo, em 01 ano e 06 meses de reclusão e 20 dias multa. Na segunda fase, não há incidência de agravantes ou atenuantes.* Na terceira fase, não reconheço a presença de causas de aumento ou diminuição da pena, motivo pelo qual torno definitiva a pena privativa de liberdade em 01 ano e 06 meses de reclusão e 20 dias multa (g.n.).

Passo à matéria devolvida.

A *materialidade* delitiva está demonstrada pelo Termo de Audiência de Instrução e Julgamento e pela cópia da sentença exarados nos autos da ação trabalhista (fls. 18/20 e 34/41). De fato, concluiu-se que o acusado fez afirmação falsa como testemunha em processo judicial, faltando com o compromisso de dizer a verdade.

A *autoria* foi evidenciada pela oitiva das testemunhas de acusação e pelo interrogatório judicial do acusado (fls. 177/182 e 233/234).

Também foi possível verificar o *dolo* na conduta do réu-apelante.

Com efeito, o elemento subjetivo do tipo em questão é o dolo que exige a ciência do acusado acerca da falsidade de suas próprias afirmações, bem como a vontade livre e consciente de praticar a conduta descrita no artigo 342 do Código Penal.

Em seu interrogatório judicial, o réu confessou o delito, afirmando que tinha ciência da falsidade de suas afirmações. No entanto, alegou que agiu sob coação, pois tinha sido ameaçado de perder o emprego caso não testemunhasse nos moldes delineados pelo seu chefe e pelo o advogado do Auto Posto.

A tese de que o acusado agiu sob coação não convence.

Com efeito, a defesa não comprovou que houve ameaça por parte do chefe do acusado e nem demonstrou que o réu não poderia agir de outra maneira. A prática de um crime contra a administração da justiça não pode ser admitida como justificativa de salvaguarda financeira do acusado ou de sua família.

As circunstâncias do caso concreto indicam que o acusado agiu com a vontade livre e consciente de fazer afirmação falsa como testemunha em processo judicial, não havendo que se falar em coação. Restou clara a intenção de burlar a lei trabalhista e prejudicar o funcionamento do Poder Judiciário, configurando o dolo apto a ensejar sua condenação nas penas dos artigos 342 do Código Penal.

Assim, demonstradas a autoria e a materialidade delitivas, bem como o dolo, a manutenção da condenação de *Alex Roberto Franzoni* pelo cometimento do crime do artigo 342 do Código Penal é medida de rigor.

Passo à *dosimetria* da pena.

Primeiramente cumpre esclarecer que o crime previsto no artigo 342 do Código Penal é delito formal, de maneira que a simples conduta de fazer a firmação falsa como testemunha em juízo já configura o delito de falso testemunho em sua forma consumada, independentemente de resultado naturalístico ou até mesmo se o testemunho foi ou não levado em consideração por aquele juízo para formação de seu convencimento.

Portanto, apesar de requerido pela defesa, tal discussão é irrelevante e *não gera qualquer reflexo de diminuição da pena.*

Na *primeira fase* da dosimetria, a defesa requer a diminuição da pena-base, aduzindo que o aumento o aumento gerado pela reincidência foi desproporcional.

Assiste razão à defesa.

Compulsando os autos, e nos termos das folhas de antecedentes 115/118, 122/125, 127, 243, 253/254, 263/264, verifico que a pena-base deve ser firmada em seu patamar mínimo, pois não é possível considerar fatos ulteriores à prática do delito como antecedentes criminais (v.g., HC 338975/RJ, HC 332040/SC, HC 281474/RS). Outrossim, a existência de ações penais em curso ou inquéritos não configuram maus antecedentes, conduta social desfavorável nem personalidade voltada para a prática de crime, nos termos da Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça.

Os demais critérios tais como a culpabilidade, conduta social, personalidade, motivos, circunstâncias e as consequências no caso concreto não extrapolam a normalidade e são intrínsecas ao tipo penal em análise.

Assim, na primeira fase de dosimetria da pena, fixo a pena-base no mínimo legal, em *1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.*

Na *segunda fase* da dosimetria, a defesa requer a incidência da atenuante da confissão espontânea.

Deve prosperar o pedido da defesa, pois o acusado admitiu o cometimento do crime na fase judicial (fl. 234).

A circunstância de o apelante ter requerido a absolvição sob o fundamento de que agiu com ausência de dolo, ou sob coação, não implica afastamento do redutor do artigo 65, III, "d", do Código Penal, uma vez que a espontaneidade exigida pela norma prescinde de motivos. São, pois, irrelevantes as razões pelas quais o agente admitiu a prática do crime para que se aplique a atenuante.

Ademais, a confissão serviu de fundamento ao decreto condenatório.

Na segunda fase da dosimetria, reconheço a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, "d" do Código Penal), e reduzo a pena em 1/6 (um sexto), o que, por não haver possibilidade de ser fixada abaixo do mínimo legal, nos termos da súmula 231 do STJ, resulta em *1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa* a qual torno definitiva pela ausência de causa de aumento ou diminuição.

Com fundamento no artigo 44, I e II e §2º do Código Penal, e por constituir medida socialmente recomendável, substituo a pena privativa de liberdade por 1 (uma) pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços comunitários a entidade assistencial a ser definida pelo Juízo da Execução Penal.

Mantida, no mais, a sentença condenatória.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso da defesa, tão somente para diminuir a pena-base, estabelecendo-a no mínimo legal, e para reconhecer a atenuante da confissão espontânea, fixada a pena definitiva em *1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa* e substituída a pena privativa de liberdade por 1 (uma) pena restritiva de direitos.

É como voto.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

APELAÇÃO CRIMINAL
0016048-47.2011.4.03.6105
(2011.61.05.016048-4)

Apelante: GUSTAVO DE VASCONCELOS BIANCHI
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO JOÃO DA BOA VISTA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Classe do Processo: ACr 70237
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/07/2017

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 273, § 1º E § 1º-B, I E VI DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. DOSIMETRIA DA PENA. APLICAÇÃO DA PENA DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.
A conduta de distribuir produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, sem registro na ANVISA, de uso e comercialização proibidos no Brasil, de estabelecimento sem licença da autoridade competente, caracteriza o delito previsto no artigo 273, § 1º-B, I e VI do Código Penal.
Os Laudos de Perícia Criminal Federal verificaram produtos destinado a fins terapêuticos ou medicinais sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária e sem permissão para sua comercialização e importação no território nacional.
Condenação pela prática do crime do artigo 273, 1º-B, I e VI do Código Penal. Aplicada como pena, de ofício, aquela prevista no art. 33 da Lei 11.343/06. Decisão proferida pela Corte Especial do STJ (HC nº 239.363-PR) em 26.02.2015, a qual acolheu a arguição de inconstitucionalidade do preceito secundário da norma do art. 273, § 1º -B, V, do Código Penal.
Autorizada a execução provisória da pena. Entendimento do Supremo Tribunal Federal.
Apelação do réu a que se nega provimento. De ofício, aplicada a pena do art. 33 da Lei 11.343/06.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, POR MAIORIA, NEGAR PROVIMENTO à apelação do réu GUSTAVO DE VASCONCELOS BIANHCI, para manter sua condenação pela prática do crime do art. 273, § 1º-B, I e VI do Código Penal, nos termos do voto do Relator, com quem vou o Des. Fed. Nino Toldo, vencida a Des. Fed. Cecília Mello que desclassificava a conduta imputada ao apelante para a figura do artigo 334, do Código Penal, prosseguindo, a Turma, POR MAIORIA, decidiu de ofício, aplica o preceito secundário do delito do art. 33, da Lei nº 11.343/06, nos termos do voto do Des. Fed. Relator, com quem votou a Des. Fed. Cecília Mello, vencido o Des. Fed. Nino toldo que não aplicava a causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, finalmente a Turma pelo voto do Des. Fed.

Relator decidiu fixar a pena definitivamente em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime semiaberto, e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias- multa, no valor legal, vencida, em parte, a Des. Fed. Cecília Mello que fixava a pena em 01 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão no regime aberto, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, e a substituía por duas restritivas de direito e vencido, também em parte, o Des. Fed. Nino Toldo que fixava a pena em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário legal. Lavrará o acórdão o Des. Fed. Relator.

São Paulo, 25 de abril de 2017.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

Cuida-se de Ação Penal fundada em denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal contra GUSTAVO DE VASCONCELOS BIANCHI pela prática da conduta definida no artigo 273, § 1º e § 1º-B, incisos I e VI do Código Penal.

Narra a denúncia que o réu distribuiu a consumo produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais sem registro no órgão de vigilância sanitária competente, adquiridos de estabelecimento igualmente sem licença da autoridade sanitária competente.

A acusatória aponta que, nos dias 22, 23 e 24 de fevereiro de 2011, foram apreendidas no Centro de Triagem e Distribuição dos Correios em Valinhos (SP), oito caixas contendo suplementos esportivos não registrados na ANVISA, fabricados nos Estados Unidos da América, supostamente enviados por Ana Lúcia, Paulo Santos, Lucas Maia, Gustavo de Vasconcelos Bianchi e Guilherme P. S. Souza. Na fase inquisitorial, o réu teria admitido ser proprietário das mercadorias enviadas por Guilherme P.S. Souza, Ana Lúcia e Paulo Santos.

A denúncia foi recebida em 04/06/2014 (fls. 185/187).

Regularmente processado o feito, sobreveio a sentença (fls. 354/356), publicada em 27/09/2016 (fls. 357), por meio da qual o magistrado *a quo* julgou procedente a pretensão punitiva estatal, para condenar o réu pela prática da conduta definida no artigo 273, § 1º e § 1º-B, incisos I e VI do Código Penal, a uma pena de 10 (dez) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 15 (quinze) dias-multa, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na data dos fatos.

Em suas razões recursais (fls. 369/377), o réu postula sua absolvição uma vez que não estaria demonstrada a materialidade do delito. Alega que não foi realizada análise laboratorial que pudesse apontar que os produtos apreendidos eram realmente medicamento ou produto com fins terapêuticos. Sustenta que os produtos apreendidos são suplementos alimentares, que não caracterizam o crime do art. 273 do Código Penal. Acrescenta ainda que o material apreendido não foi localizado, o que impossibilitou a comprovação de que não havia substância medicamentosa entre os produtos apreendidos, bem como não foi possível a perícia grafotécnica. Caso não seja esse o entendimento adotado, pretende a desclassificação do delito para a modalidade culposa do art. 273 CP ou para aquele previsto no art. 278 do Código Penal.

Contrarrazões da acusação (fls. 380/383), nas quais requer o desprovimento do recurso da defesa e a aplicação do preceito secundário do art. 33 da Lei 11.343/06 ao réu.

Nesta Corte, a Procuradoria Regional da República opinou pelo não provimento da apelação do réu e pelo não acolhimento do pleito da acusação de aplicação do preceito secundário

do delito de tráfico de drogas (fls. 393/396).

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

Dos Fatos

Consoante se depreende do Relatório, imputa-se ao réu a prática da conduta descrita no art. 273, § 1º e 1º-B, I e VI do Código Penal:

> Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais:
> Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.
> *§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.*
> § 1º-A - Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico.
> *§ 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições:*
> *I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente;*
> II - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior;
> III - sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização;
> IV - com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade;
> V - de procedência ignorada;
> *VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.* - grifei

Cuida-se de crime formal, já que prescinde da efetiva ocorrência do dano a alguém. O objeto material do crime é o produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. Por sua vez, o objeto jurídico é a saúde pública.

Trata-se de crime do tipo misto alternativo na medida em que a prática de uma ou mais condutas, desde que inseridas no mesmo contexto, implica sempre num delito único.

Da Materialidade

A materialidade do crime descrito no art. 273, § 1º e § 1º-B, I e VI do Código Penal foi devidamente comprovada nos autos, restando incontroversa.

Os autos de apreensão (fls. 09, 19, 31) demonstram que foram apreendidas 08 (oito) caixas de papelão. Dentro das caixas, havia grande quantidade de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais.

O laudo pericial (fls. 41/84) esclareceu que os produtos apreendidos eram de importação e distribuição proibidas em território nacional, em razão da ausência de registro na ANVISA. Foram listados os seguintes produtos no laudo pericial:

- Hydroxycut (55 caixas com 120 cápsulas cada uma);

- Vitrix (12 frascos com 180 cápsulas cada);

- Humano Growth (19 frascos com 120 cápsulas cada);
- Ripper Up (23 frascos com 120 cápsulas cada);
- Women's Ultra Mega (08 caixas com 90 cápsulas cada);
- Natrol (glucosamine, chondroitin) (20 frascos com 90 comprimidos cada);
- Dymatize (CLA) (03 frascos com 90 cápsulas cada);
- Sustanon 250 (09 frascos com 42 comprimidos cada);
- RoxyLean (ECA) (01 frasco com 60 cápsulas cada);
- Evolve (55 frascos com 90 cápsulas cada);
- Estatropin (21 frascos com 64 cápsulas cada);
- Lipo 6 (10 frascos com 120 cápsulas cada);
- Plasmagen (23 frascos com 200 cápsulas cada);
- One more Rep (02 frascos com 224 g cada);
- HMB (15 frascos com 90 cápsulas cada);
- Lipo 6 (04 caixas com 60 cápsulas cada);
- Anarchy Covalex (13 frascos - 203g e 214g);
- Dianabol (01 frasco com 90 comprimidos cada);
- Hemo Rage (19 frascos com 265g);
- Black Mamba Hypemu (ephedra) (08 frascos com 90 cápsulas cada);
- Lipo 6X (23 frascos com 120 cápsulas cada);
- Lipo 6 Black (27 frascos com 120 cápsulas cada);
- New T-Up (testosterone booster) (01 frasco com 150 cápsulas);
- Plasmagen Nitrate (01 frasco com 200 cápsulas);
- New naNOx9 (22 caixas com 180 cápsulas cada);
- Mesomorph (thiamizine) (30 frascos com 388g)
- Black Mamba Yperrush (ephedra) (23 frascos com 90 cápsulas cada);
- Creakic (10 caixas com 180 cápsulas cada);
- Myo Shock HSP (01 caixa com 140 cápsulas);
- Leukic (03 caixas com 180 cápsulas cada);
- Gakic (16 caixas com 128 cápsulas);
- MRM (DHEA) (54 frascos com 60 cápsulas cada).

No laudo, restou destacada a origem estrangeira dos produtos apreendidos: "Todos os produtos apresentados possuem origem descrita como sendo dos Estados Unidos da América". Bem assim, foi ressaltada pelo *expert* a ausência de registro dos mesmos junto à ANVISA*:* "os produtos encaminhados a exame não possuem registro junto à ANVISA, sendo proibidas sua importação, comércio e uso em todo o território nacional."

Comprovada, portanto, a materialidade do delito. Os produtos foram importados irregularmente e seriam distribuídos, via Correios, no território nacional.

O réu, em suas razões recursais, alega que a materialidade não restou demonstrada porquanto não foi feita análise laboratorial dos produtos apreendidos. Nesse contexto, alega que os produtos são "suplementos alimentares" e não se trata de produto falsificado, adulterado,

corrompido ou alterado.

Em que pesem as alegações do réu, observo que o laudo pericial colacionado às fls. 41/84 é suficiente para demonstrar a materialidade do delito. Com efeito, o tipo penal tipifica a importação e a distribuição de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais sem registro e/ou adquiridos de estabelecimento sem licença da ANVISA, caso dos autos, sendo despicienda a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração dos mesmos. Assim, se os produtos deveriam ter registro no órgão de vigilância competente e não o possuem, caracterizado está o delito (art. 273, § 1-B, I CP), ainda que não se trate de produtos falsificado, corrompido, adulterado ou alterado, condições exigidas somente para as figuras do art. 273, *caput* e § 1º do Código Penal.

Dessa forma, não vislumbro a necessidade de análise laboratorial do conteúdo dos produtos apreendidos para a comprovação da materialidade, ao contrário do que alega a defesa.

A tese de que os produtos apreendidos seriam apenas "suplementos alimentares", que não se enquadrariam no conceito de "produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais" também não prospera.

Em nota técnica (nº 123/2012), a ANVISA esclareceu que 21 (vinte e um) dos produtos apreendidos, além de não possuírem o respectivo registro como alimentos, jamais o teriam porquanto contêm substâncias não autorizadas para uso em alimentos por se tratarem de substâncias fitoterápicas, anabolizantes, medicamentosas, hormonais, dentre outras (fls. 139/141).

Ademais, dentre os produtos apreendidos foram encontradas substâncias sujeitas a controle especial, previstas na Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998, conforme ressaltado no laudo pericial:

> Os peritos esclarecem que para os itens 5 da tabela 8 (DHEA), item 7 da tabela 4 (DIANABOL) e item 7 da tabela 2 (SUSTANON 250), conforme os rótulos presentes nos frascos dos produtos, podem existir substâncias anabolizantes que seriam sujeitas a receita de controle especial, previstas na RDC - ANVISA - nº 21 da ANVISA de 17/06/2010, que atualiza a lista de substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998.

Por essa razão, os produtos apreendidos apresentam potencial lesivo à saúde pública e a conduta imputada ao réu subsome-se, com exatidão, ao art. 273, § 1º e § 1º-B, I e VI do Código Penal. Dessa forma, improcedente o pedido do réu para que sua conduta seja desclassificada para o delito do art. 278 do Código Penal.

Comprovada, portanto, a materialidade do delito.

Da Autoria e do Dolo

A autoria restou igualmente comprovada.

O acusado, desde a fase inquisitiva, admitiu a postagem dos produtos apreendidos (fls. 36 e mídia fl. 320). Alegou, no entanto, que enviou os produtos a seus amigos, sem qualquer finalidade comercial, circunstância irrelevante para a configuração do crime.

No mesmo sentido, as testemunhas ouvidas em juízo confirmaram que eram as destinatárias dos produtos apreendidos, encaminhados pelo réu a título de presente (fls. 294 e 312).

Comprovada a autoria pela confissão do réu e pelos depoimentos testemunhais, desnecessária a realização de perícia grafotécnica para verificar se os manuscritos constantes nas caixas enviadas partiram do punho do réu.

Saliente-se ainda que o dolo restou igualmente demonstrado, pelo que não há que se falar em condenação pela modalidade culposa, como pretendido pela defesa.

O réu postou as encomendas nos Correios utilizando-se de nomes fictícios, o que denota que tinha ciência da ilicitude de sua conduta. Além disso, o réu era proprietário de uma loja que comercializava suplementos esportivos, razão pela qual sabia, ou deveria saber, da existência de várias normas, editadas pela ANVISA, que regulamentam a venda e a aquisição de produtos desse segmento.

Comprovadas materialidade, autoria e dolo, de rigor a manutenção da sentença que condenou o réu.

Da Pena do Art. 273 do Código Penal

O artigo 273 do Código Penal foi substancialmente modificado pela Lei 9.677/1998. Motivado pela descoberta maciça de medicamentos falsificados comercializados no País, o legislador alterou a redação do *caput* do artigo e seu § 1º, acrescentou os §§ 1-A e 1-B, incluiu os delitos enumerados no artigo no rol de crimes hediondos e recrudesceu sobremaneira a pena (antes de um a três anos) para dez a quinze anos.

A constitucionalidade do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal passou a ser alvo de impugnação e, nesse contexto, foi objeto de decisão do Órgão Especial desta E. Corte que, na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0000793-60.2009.4.03.6124, decidiu pela *constitucionalidade* da pena prevista para o delito, nos seguintes termos:

> DIREITO PENAL. ARTIGO 273, § 1º-B, DO CÓDIGO PENAL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE COMINADA EM ABSTRATO (PRECEITO SECUNDÁRIO DA NORMA). INCIDENTE DE ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À PROPORCIONALIDADE E À RAZOABILIDADE. INEXISTÊNCIA. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE REJEITADA.
> - Incidente de Argüição de Inconstitucionalidade criminal suscitado pela Quinta Turma deste Tribunal em sede de apelação criminal (proc. nº 0000793-60.2009.4.03.6124/SP), versando sobre a desarmonia do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do Código Penal com a Constituição Federal, por ausência de proporcionalidade e razoabilidade.
> - *Inexistente o aventado vício de inconstitucionalidade da pena fixada em abstrato pela norma secundária do art. 273, § 1º-B, do Estatuto Repressivo, pois o seu rigor decorre da própria natureza do bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública, e da elevada potencialidade lesiva da conduta tipificada, devidamente sopesadas pelo legislador.*
> - Inadmissível a aplicação analógica de penas previstas para outros delitos, preconizada em razão das pretensas desproporcionalidade e ausência de razoabilidade, eis que atentatória aos princípios da separação dos poderes e da reserva legal, não cabendo ao julgador, no exercício da sua função jurisdicional, realizar o prévio juízo de proporcionalidade entre a pena abstratamente imposta no preceito secundário da norma com o bem jurídico valorado pelo legislador e alçado à condição de elemento do tipo penal, por se tratar de função típica do Poder Legislativo e opção política, não sujeita, portanto, ao controle judicial. Precedente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região sobre a mesma questão (ARGINC nº 47 - processo 201051014901540 -, Rel. Des. Federal Guilherme Couto de Castro, Plenário, j. 22.08.2011, E-DJF2R 08.09.2011.)
> - O próprio Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, já reconheceu a impossibilidade de o Poder Judiciário, na ausência de lacuna da lei, se arrogar função legiferante e criar por via oblíqua, ao argumento da inadequação da sanção penal estabelecida pelo Legislativo, uma terceira norma, invadindo a esfera de atribuições do Poder competente (v.g., HC nº 109676/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 14.08.2013; RE nº 443388/SP, Relª Minª Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe 11.09.2009). Precedentes, na mesma linha, do E. STJ.

> - *Habeas corpus* a ser concedido de ofício que não se conhece, por se tratar de medida de competência da Turma julgadora da apelação criminal que deu origem ao incidente, eis que cabe àquele Órgão fracionário conhecer das questões de fato relativas ao caso concreto.
> - Argüição de Inconstitucionalidade rejeitada. *Habeas Corpus ex officio* não conhecido.
> (TRF 3ª Região, ÓRGÃO ESPECIAL, ARGINC 0000793-60.2009.4.03.6124, Rel. Des. Fed. Márcio Moraes, e-DJF3 CJ 1: 23/08/2013)

Dessa forma, como integrante da Décima Primeira Turma, órgão fracionário deste Tribunal, vinha adotando a referida orientação e aplicando, aos condenados pelos crimes do art. 273 do Código Penal, seu respectivo preceito secundário. Paralelamente, afastava a tese das defesas dos réus, muitas vezes endossadas pela acusação, que pleiteavam, por analogia, a aplicação da pena do tráfico de entorpecentes nas condenações pelo crime em espeque.

Consoante meu entendimento, tal analogia, combinando diferentes dispositivos da legislação penal, afronta a lei. Uma vez reconhecida a constitucionalidade do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal, tal prática fere o principio da estrita legalidade previsto no art. 5º XXXIX da Carta Magna e no art. 2º do Código Penal, já que se utiliza pena diversa da prescrita em lei.

Ocorre que, recentemente, a Corte Especial do Colendo Superior Tribunal de Justiça, em arguição de incidente de inconstitucionalidade, declarou inconstitucional o preceito secundário da norma penal em testilha, por ofensa aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Por oportuno, transcrevo a ementa do referido julgado:

> ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273, § 1º-B, V, DO CP. CRIME DE TER EM DEPÓSITO, PARA VENDA, PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS DE PROCEDÊNCIA IGNORADA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.
> 1. A intervenção estatal por meio do Direito Penal deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade, incumbindo também ao legislador o dever de observar esse princípio como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.
> 2. É viável a fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa, examinando, como diz o Ministro Gilmar Mendes, se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais.
> 3. Em atenção ao princípio constitucional da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos (CF, art. 5º, LIV), é imprescindível a atuação do Judiciário para corrigir o exagero e ajustar a pena cominada à conduta inscrita no art. 273, § 1º-B, do Código Penal.
> 4. O crime de ter em depósito, para venda, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada é de perigo abstrato e independe da prova da ocorrência de efetivo risco para quem quer que seja. E a indispensabilidade do dano concreto à saúde do pretenso usuário do produto evidencia ainda mais a falta de harmonia entre o delito e a pena abstratamente cominada (de 10 a 15 anos de reclusão) se comparado, por exemplo, com o crime de tráfico ilícito de drogas - notoriamente mais grave e cujo bem jurídico também é a saúde pública.
> 5. A ausência de relevância penal da conduta, a desproporção da pena em ponderação com o dano ou perigo de dano à saúde pública decorrente da ação e a inexistência de consequência calamitosa do agir convergem para que se conclua pela falta de razoabilidade da pena prevista na lei. A restrição da liberdade individual não pode ser excessiva, mas compatível e proporcional à ofensa causada pelo comportamento humano criminoso.
> 6. Arguição acolhida para declarar inconstitucional o preceito secundário da norma.

..EMEN:(AINHC 201200764901, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, STJ - CORTE ESPECIAL, DJE DATA:10/04/2015 ..DTPB:.)

Com a declaração de inconstitucionalidade do preceito secundário da norma penal em tela, a Corte Superior passou a entender pela possibilidade de aplicação das penas previstas para o crime de tráfico de drogas aos crimes tipificados no artigo 273 do Código Penal, em razão da semelhança entre as condutas, inclusive com a possibilidade de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06. A propósito, confira-se:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 273, § 1-B, DO CP. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PENA DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE.
1. Com a declaração de inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do Código Penal, segundo o entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, *tornou-se possível aplicar aos crimes tipificados nesse artigo as penas previstas para o delito de tráfico de drogas, devido a semelhança entre as condutas, sendo, inclusive, cabível a concessão da minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 nas hipótese em que o apenado preencha todos os requisitos legais.*
2. Agravo regimental improvido.
..EMEN:(AGRESP 201600780338, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:01/07/2016 ..DTPB:.)

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. INDEFERIMENTO LIMINAR DO *WRIT*. ART. 210 DO RISTJ. AUSÊNCIA MANIFESTA DE QUALQUER CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ART. 273, §§ 1º E 1º-B, I E V, DO CÓDIGO PENAL. IMPORTAR E TER EM DEPÓSITO, PARA VENDA, PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS SEM REGISTRO NO ÓRGÃO DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA, FALSIFICADO E DE PROCEDÊNCIA IGNORADA. PRECEITO SECUNDÁRIO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006. APLICABILIDADE. ENTENDIMENTO DA CORTE ESPECIAL. PROGRESSÃO DE REGIME. CONFORMIDADE COM A LEI Nº 8.072/1990. CRIME DE NATUREZA HEDIONDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
1. Nos termos do que é permitido pelo art. 210 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça ao relator de *habeas corpus* impetrado nesta Corte Superior, indefere-se liminarmente o *writ* quando não há flagrante constrangimento ilegal ou qualquer mácula nas decisões das instâncias ordinárias que justifiquem a intervenção deste Tribunal.
2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a partir do julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no HC nº 239.363/PR por sua Corte Especial, reconheceu não apenas a desproporcionalidade do preceito secundário do delito previsto no art. 273, § 1º e § 1º-B, I e V, do Código Penal - imputado ao paciente -, a fim de admitir a aplicação da reprimenda prevista no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 para o crime em comento, como também a possibilidade de incidência do respectivo § 4º, quando for o caso.
3. Não há, porém, nenhuma ilegalidade manifesta no indeferimento da referida benesse quando, apesar de o paciente não registrar outros antecedentes criminais e ser pequena a quantidade de cada produto importado e mantido em depósito, para venda, sem autorização do órgão de vigilância sanitária competente (Anvisa), falsificado ou de origem desconhecida, a sua variedade e as próprias circunstâncias em que foram encontrados denotam a não eventualidade da prática criminosa.
4. A Lei dos Crimes Hediondos não apenas manteve em seu art. 1º,VII-B o mesmo nomem iuris utilizado no art. 273 do Código Penal, como também indicou expressamente que as

condutas descritas no Diploma Repressivo geral apresentavam caráter hediondo, a receber o tratamento mais severo imposto pela lei especial, inclusive para a progressão de regime.
5. Agravo regimental não provido.
..EMEN:(AIHC 201601147370, ROGERIO SCHIETTI CRUZ, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:06/06/2016 ..DTPB:.)

Os reflexos do entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça passaram a ser sentidos também nos julgados deste Tribunal. Em muitos casos, o Superior Tribunal de Justiça vem determinando o retorno dos autos a esta Corte, para que uma nova dosimetria da pena imposta ao crime do art. 273 do Código Penal seja realizada, tomando-se por base o preceito secundário do art. 33 da Lei 11.343/06. A título de exemplo, confiram-se recentes julgados de minha relatoria:

DIREITO PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. PENA. ALTERAÇÃO. DECISÃO EM RECURSO ESPECIAL. ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL. PRECEITO SECUNDÁRIO AFASTADO. APLICADO PRECEITO SECUNDÁRIO DO CRIME DE TRÁFICO. CONDENAÇÃO ALTERADA.
1. Reexame da dosimetria em virtude de decisão do C. STJ, por meio da qual se interpretou que, ante a declaração (pela Corte Especial daquele Tribunal Superior) de inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273 do Código Penal, seria aplicável ao presente caso (quanto à conduta que se amoldaria, inicialmente, àquela figura típica) o preceito secundário do art. 33 da Lei 11.343/2006. Conduta reexaminada a partir dessa premissa.
2. Autoria, materialidade e dolo. Comprovação.
3. Dosimetria da pena. Condenação pelo crime do art. 273 do Código Penal. Preceito secundário do art. 33 da Lei 11.343/06.
4. Pena definitivamente fixada em 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa tendo estes o valor unitário de um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.
5. Embargos Infringentes opostos pelo réu parcialmente providos para condená-lo pela prática do delito do art. 273 do Código Penal. Reexaminada a dosimetria da pena, em obediência à decisão do STJ contida nos autos, afastada a incidência do preceito secundário do dispositivo, utilizando, para fins de dosimetria, o preceito secundário contido no art. 33 da Lei 11.343/06. (EIFNU 00020373220104036110, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 - QUARTA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/11/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. PENA. ALTERAÇÃO. DECISÃO EM RECURSO ESPECIAL. ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL. PRECEITO SECUNDÁRIO AFASTADO. APLICADO PRECEITO SECUNDÁRIO DO CRIME DE TRÁFICO. CONDENAÇÃO ALTERADA.
1. Reexame da dosimetria em virtude de decisão do C. STJ, por meio da qual se interpretou que, ante a declaração (pela Corte Especial daquele Tribunal Superior) de inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273 do Código Penal, seria aplicável ao presente caso (quanto à conduta que se amoldaria, inicialmente, àquela figura típica) o preceito secundário do art. 33 da Lei 11.343/2006. Conduta reexaminada a partir dessa premissa.
2. Autoria, materialidade e dolo. Comprovação.
3. Dosimetria da pena. Condenação pelo crime do art. 273 do Código Penal. Preceito secundário do art. 33 da Lei 11.343/06.
4. Pena definitivamente fixada em 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa tendo estes o valor unitário de um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos. 5. Apelação do Ministério Público Federal e do réu parcialmente providas para condenar o réu pela prática do crime descrito no art. 273, § 1º e 1º-B, I do Código Penal. Reexaminada a dosimetria da pena, em

obediência à decisão do STJ contida nos autos, afastada a incidência do preceito secundário do dispositivo, utilizando, para fins de dosimetria, o preceito secundário contido no art. 33 da Lei 11.343/06.
(ACR 00017566320074036116, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 - DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/10/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. PENA. ALTERAÇÃO. DECISÃO EM RECURSO ESPECIAL. ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL. PRECEITO SECUNDÁRIO AFASTADO. APLICADO PRECEITO SECUNDÁRIO DO CRIME DE TRÁFICO. CONDENAÇÃO ALTERADA.
1. Reexame da dosimetria em virtude de decisão do C. STJ, por meio da qual se interpretou que, ante a declaração (pela Corte Especial daquele Tribunal Superior) de inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273 do Código Penal, seria aplicável ao presente caso (quanto à conduta que se amoldaria, inicialmente, àquela figura típica) o preceito secundário do art. 33 da Lei 11.343/2006. Conduta reexaminada a partir dessa premissa.
2. Autoria, materialidade e dolo. Comprovação.
3. Dosimetria da pena. Condenação pelo crime do art. 273 do Código Penal. Preceito secundário do art. 33 da Lei 11.343/06.
4. Pena definitivamente fixada em 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa tendo estes o valor unitário de um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.
5. Apelação do Ministério Público Federal e do réu parcialmente providas para condenar o réu pela prática do crime descrito no art. 273, § 1º e 1º-B, I do Código Penal. Reexaminada a dosimetria da pena, em obediência à decisão do STJ contida nos autos, afastada a incidência do preceito secundário do dispositivo, utilizando, para fins de dosimetria, o preceito secundário contido no art. 33 da Lei 11.343/06.
(ACR 00017566320074036116, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 - DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/10/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Ademais, há recente julgado desta Corte que aplicou ao crime do artigo 273 o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça (g.n.):

PENAL - TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS, CONTRABANDO, IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTOS ADULTERADOS/SEM REGISTRO NA ANVISA E MOEDA FALSA - TIPICIDADE -INSIGNIFICÂNCIA - AUTORIA - PENAS.
I - A quantidade de medicamentos/anabolizantes ocultos no compartimento de ar condicionado do veículo evidencia, nitidamente, sua finalidade comercial, afastando a tese de consumo próprio. Além dos medicamentos, a quantia de cocaína também é significativa, ainda que os acusados tenham se considerado usuários da droga, alegando que a utilizavam por inalação, ou seja, aspirando-se pó. Entretanto, a cocaína apreendida é da forma de "base livre", tratando-se de material sólido "em forma de pedras", não se tratando, pois, de cocaína pronta para se inalar, em pó.
II - De outro vértice, a par do intuito da defesa em tentar partilhar a presente ação delituosa, atribuindo, assim, a importação de medicamentos e anabolizantes a Rodrigo e José Ricardo e a titularidade do entorpecente a José Eduardo, vejo que tal tese não possui amparo fático-jurídico. Neste diapasão, é forçoso ressaltar que todos foram flagrados no veículo que ocultava essas substâncias e, segundo o depoimento dos policiais que realizaram a abordagem, todos os acusados sabiam que substâncias ilícitas tinham sido ocultadas no veículo, eis que efetuaram a viagem até o Paraguai com unidade de desígnios, com total conhecimento da operação realizada em conjunto e com absoluta sintonia de propósitos.

III - Unidade de desígnios, compartilhamento de ações, convergência e solidariedade de propósitos é o que claramente se deduz de toda a complexa ação realizada entre os três acusados. O que se deu, no presente caso, foi a adesão do comportamento de um aos demais, fato essencial para a consumação do delito, havendo, pois, corresponsabilidade de tudo que fora apreendido em território nacional no interior do automóvel, onde cada um concorreu para a consumação dos crimes tipificados na denúncia. É o que se descreve doutrinariamente como vínculo subjetivo ou psicológico, ou seja, a consciência de contribuir para a atividade delituosa de outrem.
IV - Igualmente há de se manter o entendimento da sentença quanto à aplicação do princípio da insignificância quanto aos demais produtos estrangeiros apreendidos, eis que o valor tributável não ultrapassa o limite verificado por Portaria do Ministério da Fazenda para a cobrança de seus créditos, sendo tal matéria pacificada pelos Tribunais Superiores.
V - Sendo assim, é caso de dar parcial provimento ao recurso ministerial, para que todos respondam, indistintamente, pelos delitos do art. 273, §§ 1º e 1º-B e incisos I, II e IV do Código Penal e art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06.
VI - Pena do artigo 273 do Código Penal. Fixada como pena aquela mínima prevista no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, em 05 anos de reclusão, em razão de decisão proferida pela Corte Especial do STJ (HC nº 239.363-PR) em 26.02.2015, a qual acolheu a arguição de inconstitucionalidade do preceito secundário da norma do art. 273, § 1º -B, V, do Código Penal. Aplicada a fração de 1/6 como causa de diminuição prevista no § 4º, do art. 33, da legislação ordinária acima, eis que não há prova nos autos de que os acusados integrem organização criminosa ou façam do crime seu meio de vida, sendo primários e sem antecedentes registrados. Seguindo os mesmos critérios, a pena de multa resulta em 416 dias-multa no valor unitário fixado na sentença.
VII - Fixada a pena mínima de 05 anos para todos os acusados, com base no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, em relação especificamente ao crime de tráfico de entorpecentes, aplicando-se a fração de 1/6 como causa de aumento prevista no art. 40, I, da legislação supra e a mesma fração de 1/6 como causa de diminuição do § 4º, do art. 33, da legislação ordinária acima, pelas mesmas justificativas anteriormente explicitadas. Seguindo os mesmos critérios, a pena de multa resulta em 485 dias-multa no valor unitário fixado na sentença.
VIII - De conformidade com a regra do art. 70 do CP, dada a existência de concurso formal, aplica-se a fração de aumento de 1/6 em relação ao delito mais grave, que é o do delito de drogas. Resta, assim, a pena final dos réus José Eduardo e Rodrigo em 05 anos, 08 meses e 01 dia de reclusão e pagamento de 583 dias-multa. A pena de José Ricardo resta acrescida pelo delito do art. 289, § 1º, do Código Penal em 03 anos de reclusão, totalizando o montante de 08 anos, 08 meses e 01 dia de reclusão e pagamento de 613 dias-multa. Fica mantido o regime inicial fechado, tratado na sentença, em função da gravidade dos produtos ilícitos importados, além de moedas falsas e de entorpecente em quantidade considerável para fins de comércio.
IX - Parcial provimento aos recursos.
(ACR 00078380420114036106, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/07/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Tecidas essas considerações e levando em conta que o novo entendimento do Superior Tribunal de Justiça é mais favorável ao réu, passo à análise da dosimetria das penas, tomando como parâmetro o preceito secundário do art. 33 da Lei 11.343/2006, o que faço de ofício.

Destaco que a dosimetria da pena para os crimes do art. 273 do Código Penal deve levar em conta as sanções abstratamente previstas para o crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006 e não apenas a aplicação restrita de seu preceito secundário. Isso porque não se pode, a partir de novo amoldamento da conduta (ao menos para fins sancionatórios, como parece ser a *ratio* da decisão superior), buscar a aplicação apenas das disposições jurídicas

convenientes a uma das partes, mas sim de todo o conjunto de normas atinente ao quadro fático examinado em um caso concreto.

Assim, amoldando-se a conduta ao art. 33 da Lei 11.343/06, não se tem apenas a aplicação de uma disposição normativa específica, mas de todas as normas penais pertinentes a esse enquadramento jurídico. Interpretação outra implicaria verdadeira negativa de vigência a todas as demais disposições legais pertinentes (como as constantes do art. 40 e do art. 33, § 4º, da Lei 11.343.06), as quais, assumido o enquadramento inicial da conduta como amoldada ao art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, passam a ser em tese aplicáveis ao caso (se preenchidos os demais requisitos fáticos previstos nesses mesmos enunciados normativos).

Dosimetria

Na primeira fase da dosimetria, o juiz não considerou qualquer circunstância judicial desfavorável, o que deve ser mantido, ante a ausência de impugnação da acusação quanto a este aspecto.

No entanto, utilizando-se como parâmetro o preceito secundário do crime do art. 33 da Lei 11.343/06, fixo a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria, conquanto haja em benefício do acusado a atenuante da confissão espontânea, tal reconhecimento não influirá na definição da pena, que não pode ficar aquém do mínimo, consoante preconizado na súmula 231 do STJ.

Assim, a pena, na segunda fase, resta mantida tal como na primeira etapa.

Por derradeiro, na terceira fase da dosimetria, incide a minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, uma vez que o réu é primário, de bons antecedentes, não se dedica às atividades criminosas definidas no *caput* e no § 1º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, nem integra organização criminosa.

Considerando as circunstâncias do caso, em que o réu foi o responsável pela distribuição, no território nacional, de mais de trinta tipos diferentes de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais e milhares de cápsulas/comprimidos, sendo todos de comercialização proibida em território nacional, reduzo a pena em 1/6 (um sexto).

Não incide a causa de aumento prevista no art. 40, I, da Lei 11.343/06 já que a denúncia não faz menção à importação dos produtos mas tão somente à sua distribuição, pelo réu, no território nacional.

Assim, torno a pena definitiva em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.

Como consequência da redução da pena fixo o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal. Saliente-se o disposto no § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei nº 12.736/2012 em nada altera o regime imposto ao réu, já que ele não esteve preso ao longo da instrução.

Ausente requisito objetivo, deixo de determinar a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Da Execução Provisória da Pena

Em sessão de julgamento de 05 de outubro de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que o art. 283 do Código de Processo Penal não veda o início do cumprimento da pena após esgotadas as instâncias ordinárias, e indeferiu liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44.

Desse modo, curvo-me ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, que reinterpretou o princípio da presunção de inocência no julgamento do HC 126.292-SP, reconhecendo que "A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal."

Diante desse cenário, independentemente da pena cominada, deve ser determinada a execução provisória da pena decorrente de acórdão penal condenatório, proferido em grau de apelação.

Destarte, exauridos os recursos nesta Corte e interpostos recursos dirigidos às Cortes Superiores (Recurso Extraordinário e Recurso Especial), expeça-se Carta de Sentença, bem como comunique-se ao Juízo de Origem para o início da execução da pena imposta ao réu, sendo dispensadas tais providências em caso de trânsito em julgado, hipótese em que terá início a execução definitiva da pena.

Dispositivo

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO à apelação do réu para manter sua condenação pela prática do crime do art. 273, § 1º-B, I e VI do Código Penal e DE OFÍCIO, aplico-lhe a pena do art. 33 da Lei 11.343/06, fixando a pena definitiva em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, no valor mínimo legal.

É como voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NINO TOLDO:

Na sessão de 25.04.2017, o e. Relator, Desembargador Federal José Lunardelli, negou provimento à apelação de GUSTAVO DE VASCONCELOS BIANCHI, para manter sua condenação pela prática do crime previsto no art. 273, § 1º-B, I e VI, do Código Penal, e de ofício, aplicar a pena do art. 33, *caput*, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), fixando a pena definitiva em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, além do pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, no valor unitário mínimo legal. A e. Desembargadora Federal Cecília Mello acompanhou o relator.

Na ocasião, pedi vista dos autos para melhor analisar a aplicação do preceito secundário do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 ao crime do art. 273 do Código Penal, tema dos mais relevantes e que tem reflexos em inúmeros casos em julgamento na Seção e nas Turmas Criminais desta Corte. A pena foi aplicada pelo e. Relator da seguinte forma:

> Da Pena do Art. 273 do Código Penal
> O artigo 273 do Código Penal foi substancialmente modificado pela Lei 9.677/1998. Motivado pela descoberta maciça de medicamentos falsificados comercializados no País, o legislador alterou a redação do *caput* do artigo e seu § 1º, acrescentou os §§ 1-A e 1-B, incluiu os delitos enumerados no artigo no rol de crimes hediondos e recrudesceu sobremaneira a pena (antes de um a três anos) para dez a quinze anos.
> A constitucionalidade do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal passou a ser alvo de impugnação e, nesse contexto, foi objeto de decisão do Órgão Especial desta E. Corte que, na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0000793-60.2009.4.03.6124, decidiu pela *consti-*

tucionalidade da pena prevista para o delito, nos seguintes termos: (...)
Dessa forma, como integrante da Décima Primeira Turma, órgão fracionário deste Tribunal, vinha adotando a referida orientação e aplicando, aos condenados pelos crimes do art. 273 do Código Penal, seu respectivo preceito secundário. Paralelamente, afastava a tese das defesas dos réus, muitas vezes endossadas pela acusação, que pleiteavam, por analogia, a aplicação da pena do tráfico de entorpecentes nas condenações pelo crime em espeque.
Consoante meu entendimento, tal analogia, combinando diferentes dispositivos da legislação penal, afronta a lei. Uma vez reconhecida a constitucionalidade do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal, tal prática fere o principio da estrita legalidade previsto no art. 5º XXXIX da Carta Magna e no art. 2º do Código Penal, já que se utiliza pena diversa da prescrita em lei.
Ocorre que, recentemente, a Corte Especial do Colendo Superior Tribunal de Justiça, em arguição de incidente de inconstitucionalidade, declarou inconstitucional o preceito secundário da norma penal em testilha, por ofensa aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Por oportuno, transcrevo a ementa do referido julgado: (...)
Com a declaração de inconstitucionalidade do preceito secundário da norma penal em tela, a Corte Superior passou a entender pela possibilidade de aplicação das penas previstas para o crime de tráfico de drogas aos crimes tipificados no artigo 273 do Código Penal, em razão da semelhança entre as condutas, inclusive com a possibilidade de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06. A propósito, confira-se: (...)
Os reflexos do entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça passaram a ser sentidos também nos julgados deste Tribunal. Em muitos casos, o Superior Tribunal de Justiça vem determinando o retorno dos autos a esta Corte, para que uma nova dosimetria da pena imposta ao crime do art. 273 do Código Penal seja realizada, tomando-se por base o preceito secundário do art. 33 da Lei 11.343/06. A título de exemplo, confiram-se recentes julgados de minha relatoria: (...)
Tecidas essas considerações e levando em conta que o novo entendimento do Superior Tribunal de Justiça é mais favorável ao réu, passo à análise da dosimetria das penas, tomando como parâmetro o preceito secundário do art. 33 da Lei 11.343/2006, o que faço de ofício.
Destaco que a dosimetria da pena para os crimes do art. 273 do Código Penal deve levar em conta as sanções abstratamente previstas para o crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006 e não apenas a aplicação restrita de seu preceito secundário. Isso porque não se pode, a partir de novo amoldamento da conduta (ao menos para fins sancionatórios, como parece ser a *ratio* da decisão superior), buscar a aplicação apenas das disposições jurídicas convenientes a uma das partes, mas sim de todo o conjunto de normas atinente ao quadro fático examinado em um caso concreto.
Assim, amoldando-se a conduta ao art. 33 da Lei 11.343/06, não se tem apenas a aplicação de uma disposição normativa específica, mas de todas as normas penais pertinentes a esse enquadramento jurídico. Interpretação outra implicaria verdadeira negativa de vigência a todas as demais disposições legais pertinentes (como as constantes do art. 40 e do art. 33, § 4º, da Lei 11.343.06), as quais, assumido o enquadramento inicial da conduta como amoldada ao art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, passam a ser em tese aplicáveis ao caso (se preenchidos os demais requisitos fáticos previstos nesses mesmos enunciados normativos).
Dosimetria
Na primeira fase da dosimetria, o juiz não considerou qualquer circunstância judicial desfavorável, o que deve ser mantido, ante a ausência de impugnação da acusação quanto a este aspecto.
No entanto, utilizando-se como parâmetro o preceito secundário do crime do art. 33 da Lei 11.343/06, fixo a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.
Na segunda fase da dosimetria, conquanto haja em benefício do acusado a atenuante da confissão espontânea, tal reconhecimento não influirá na definição da pena, que não pode ficar

aquém do mínimo, consoante preconizado na súmula 231 do STJ.
Assim, a pena, na segunda fase, resta mantida tal como na primeira etapa.
Por derradeiro, na terceira fase da dosimetria, incide a minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, uma vez que o réu é primário, de bons antecedentes, não se dedica às atividades criminosas definidas no *caput* e no § 1º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, nem integra organização criminosa.
Considerando as circunstâncias do caso, em que o réu foi o responsável pela distribuição, no território nacional, de mais de trinta tipos diferentes de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais e milhares de cápsulas/comprimidos, sendo todos de comercialização proibida em território nacional, reduzo a pena em 1/6 (um sexto).
Não incide a causa de aumento prevista no art. 40, I, da Lei 11.343/06 já que a denúncia não faz menção à importação dos produtos mas tão somente à sua distribuição, pelo réu, no território nacional.
Assim, torno a pena definitiva em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.
Como consequência da redução da pena fixo o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal. Saliente-se o disposto no § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei nº 12.736/2012 em nada altera o regime imposto ao réu, já que ele não esteve preso ao longo da instrução.
Ausente requisito objetivo, deixo de determinar a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Passo ao meu voto.

O juízo *a quo* aplicou o preceito secundário da norma contida no art. 273 do Código Penal e, assim, na *primeira fase*, fixou a penas-base no mínimo legal, ou seja, 10 (dez) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa. Não reconheceu circunstâncias agravantes, nem atenuantes, também não reconheceu a incidência de causas de aumento ou diminuição da pena, tornando-a definitiva em 10 (dez) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa.

Quanto à dosimetria da pena para o crime do art. 273 do Código Penal, algumas considerações são necessárias.

Não há dúvida de que a pena de reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa para o crime em exame é bastante alta e, por isso, tem levado a algumas perplexidades nos casos concretos examinados, dada a evidente desproporcionalidade que se verifica. Apenas para ficar num exemplo, a pena prevista para o tráfico de drogas, crime de claríssima repulsa social, varia de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão e multa, o que significa dizer que, em certos casos, aquele que trafica cocaína poderá ter uma pena significativamente inferior à daquele que importa medicamento sem registro na Anvisa. Uma desproporção injusta.

Isso levou a que se arguisse, no âmbito do Órgão Especial deste Tribunal Regional Federal, a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273 do Código Penal. Esse órgão colegiado, entretanto, rejeitou a arguição, em acórdão assim ementado:

DIREITO PENAL. ARTIGO 273, § 1º-B, DO CÓDIGO PENAL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE COMINADA EM ABSTRATO (PRECEITO SECUNDÁRIO DA NORMA). INCIDENTE DE ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À PROPORCIONALIDADE E À RAZOABILIDADE. INEXISTÊNCIA. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE REJEITADA.
- Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade criminal suscitado pela Quinta Turma deste Tribunal em sede de apelação criminal (proc. nº 0000793-60.2009.4.03.6124/SP), versando

sobre a desarmonia do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do Código Penal com a Constituição Federal, por ausência de proporcionalidade e razoabilidade.
- Inexistente o aventado vício de inconstitucionalidade da pena fixada em abstrato pela norma secundária do art. 273, § 1º-B, do Estatuto Repressivo, pois o seu rigor decorre da própria natureza do bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública, e da elevada potencialidade lesiva da conduta tipificada, devidamente sopesadas pelo legislador.
- Inadmissível a aplicação analógica de penas previstas para outros delitos, preconizada em razão das pretensas desproporcionalidade e ausência de razoabilidade, eis que atentatória aos princípios da separação dos poderes e da reserva legal, não cabendo ao julgador, no exercício da sua função jurisdicional, realizar o prévio juízo de proporcionalidade entre a pena abstratamente imposta no preceito secundário da norma com o bem jurídico valorado pelo legislador e alçado à condição de elemento do tipo penal, por se tratar de função típica do Poder Legislativo e opção política, não sujeita, portanto, ao controle judicial. Precedente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região sobre a mesma questão (ARGINC nº 47 - processo 201051014901540 -, Rel. Des. Federal Guilherme Couto de Castro, Plenário, j. 22.08.2011, E-DJF2R 08.09.2011.)
- O próprio Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, já reconheceu a impossibilidade de o Poder Judiciário, na ausência de lacuna da lei, se arrogar função legiferante e criar por via oblíqua, ao argumento da inadequação da sanção penal estabelecida pelo Legislativo, uma terceira norma, invadindo a esfera de atribuições do Poder competente (v.g., HC nº 109676/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 14.08.2013; RE nº 443388/SP, Relª Minª Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe 11.09.2009). Precedentes, na mesma linha, do E. STJ.
- *Habeas corpus* a ser concedido de ofício que não se conhece, por se tratar de medida de competência da Turma julgadora da apelação criminal que deu origem ao incidente, eis que cabe àquele Órgão fracionário conhecer das questões de fato relativas ao caso concreto.
- Arguição de Inconstitucionalidade rejeitada. *Habeas Corpus ex officio* não conhecido.
(ARGINC 0000793-60.2009.4.03.6124, Rel. Des. Federal Márcio Moraes, Rel. p/ acórdão Des. Federal Diva Malerbi, j. 14.08.2013, e-DJF3 Judicial 1 23.08.2013)

O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, por sua Corte Especial, declarou a inconstitucionalidade desse mesmo preceito secundário ao julgar o AI no HC 239.363/PR, em acórdão assim ementado:

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273, § 1º-B, V, DO CP. CRIME DE TER EM DEPÓSITO, PARA VENDA, PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS DE PROCEDÊNCIA IGNORADA.
OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.
1. A intervenção estatal por meio do Direito Penal deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade, incumbindo também ao legislador o dever de observar esse princípio como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.
2. É viável a fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa, examinando, como diz o Ministro Gilmar Mendes, se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais.
3. Em atenção ao princípio constitucional da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos (CF, art. 5º, LIV), é imprescindível a atuação do Judiciário para corrigir o exagero e ajustar a pena cominada à conduta inscrita no art. 273, § 1º-B, do Código Penal.
4. O crime de ter em depósito, para venda, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada é de perigo abstrato e independe da prova da ocorrência de efetivo risco para quem quer que seja. E a indispensabilidade do dano concreto à saúde do pretenso usuário do produto evidencia ainda mais a falta de harmonia entre o delito e a

> pena abstratamente cominada (de 10 a 15 anos de reclusão) se comparado, por exemplo, com o crime de tráfico ilícito de drogas - notoriamente mais grave e cujo bem jurídico também é a saúde pública.
> 5. A ausência de relevância penal da conduta, a desproporção da pena em ponderação com o dano ou perigo de dano à saúde pública decorrente da ação e a inexistência de consequência calamitosa do agir convergem para que se conclua pela falta de razoabilidade da pena prevista na lei. A restrição da liberdade individual não pode ser excessiva, mas compatível e proporcional à ofensa causada pelo comportamento humano criminoso.
> 6. Arguição acolhida para declarar inconstitucional o preceito secundário da norma.
> (AI no HC 239.363/PR, Corte Especial, maioria, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 26.02.2015, DJe 10.04.2015)

Pois bem. Há, neste e em outros casos análogos, um dilema: existe uma decisão do Órgão Especial deste Tribunal Regional Federal (TRF) no sentido da constitucionalidade do preceito secundário do art. 273 do Código Penal e outra, da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em sentido contrário, ou seja, declarando-o inconstitucional. Qual dessas decisões deve servir de parâmetro para os julgamentos nas Turmas e na Seção? Há vinculação a essas decisões? Se há, a qual delas?

No que toca à rejeição da arguição de inconstitucionalidade pelo Órgão Especial deste Tribunal, veja-se o que dispõe o seu Regimento Interno, em seu art. 176, *caput*:

> Art. 176. A declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato, afirmada pelo Plenário, aplicar-se-á aos feitos submetidos às Turmas, às Seções ou ao Plenário.

E o complemento contido em seu parágrafo único:

> Parágrafo único. Cessará a vinculação referida neste artigo caso o Supremo Tribunal Federal, apreciando a mesma matéria, decida em sentido diverso, total ou parcialmente.

Observo que a referência ao Plenário, no *caput* desse dispositivo, deve ser entendida como ao Órgão Especial.

Numa interpretação literal desse dispositivo regimental, vinculante seria apenas a decisão do Órgão Especial que declarasse a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo; a que rejeitasse a arguição de inconstitucionalidade, não. Se assim é ou deveria ser, os demais órgãos fracionários do Tribunal (Seção e Turmas) não estariam vinculados à decisão do Órgão Especial e, por isso, poderiam decidir de acordo com a jurisprudência estabelecida no âmbito do STJ. Todavia, afastar o preceito secundário por inconstitucionalidade caracterizaria violação à Súmula Vinculante nº 10 do STF, que trata da cláusula de reserva de plenário.

De outro lado, se a decisão do Órgão Especial é vinculante, mesmo quando rejeita a arguição de inconstitucionalidade, como fazer, diante da decisão do STJ em sentido contrário?

Quanto a essa decisão do STJ, ela não tem força vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário. Para estes, serve apenas de precedente. Vinculante ela é para os órgãos fracionários daquele Tribunal superior.

Surge, então, uma questão de ordem prática e que envolve os princípios da economia processual e da duração razoável do processo: se os órgãos fracionários deste TRF estiverem vinculados à decisão do Órgão Especial que rejeitou a arguição de inconstitucionalidade, devem aplicar o preceito secundário do art. 273 do Código Penal. Contudo, certamente haverá

recurso da defesa e, por força dessa decisão vinculante daquele Tribunal para os seus órgãos fracionários, o recurso será provido e a dosimetria da pena será anulada para que outra seja feita, aplicando-se o entendimento lá consolidado. É o que já ocorreu, por exemplo, nos seguintes julgados:

> PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ILEGALIDADE. INOCORRÊNCIA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 271, § 1º-B, DO CP (AI NO HC Nº 239.363/PR). *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO.
> (...)
> IV - A jurisprudência desta Corte pacificou o entendimento no sentido de que, em atendimento aos princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade, ao delito previsto no art. 273 do Código Penal deve ser aplicado o preceito secundário do art. 33 da Lei nº 11.343/06 (AI no HC 239.363/PR).
> *Habeas corpus* não conhecido.
> *Ordem concedida, de ofício, apenas* para determinar o retorno dos autos ao eg. Tribunal de origem para que faça uma nova dosimetria da pena, nos moldes da Arguição de Inconstitucionalidade formulada no HC nº 239.363/PR.
> (HC 375.592/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 09.03.2017, Dje 20.03.2017)

> *HABEAS CORPUS*. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.
> (...)
> DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PREVISTO NO ARTIGO 273, §§ 1º E 1º-B, INCISOS I E V, PARA O DO ARTIGO 334 DO CÓDIGO PENAL. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO *MANDAMUS*. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DO ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.
> (...)
> 2. Em atenção à referida decisão, as Turmas que compõem a 3ª Seção deste Sodalício passaram a determinar a aplicação do preceito secundário do artigo 33 da Lei 11.343/2006 aos casos em que o acusado é condenado pelo crime previsto no artigo 273, § 1º-B, do Código Penal. Precedentes.
> 3. Na espécie, o paciente restou condenado à pena de 10 (dez) anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, como incurso no artigo 273, §§ 1º e 1º-B, incisos I e V, do Código Penal, impondo-se o refazimento da dosimetria da sanção que lhe foi imposta, pois não considerado o preceito secundário do artigo 33 da Lei 11.343/2006, que também constitui crime hediondo, de perigo abstrato, e que visa a tutelar a saúde pública.
> 4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região refaça a dosimetria da pena cominada ao paciente quanto ao delito previsto no artigo 273, § 1º-B, inciso I do Código Penal aplicando o preceito secundário do artigo 33 da Lei 11.343/2006.
> (HC 377.422/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 07.03.2017, DJe 15.03.2017)

> PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FALSIFICAÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTOS DESTINADOS A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO DO ART. 72

DO CP. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. EXAME PREJUDICADO. DENÚNCIA QUE ATENDE AOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. DOSIMETRIA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273, § 1º-B, DO CP PELA CORTE ESPECIAL (AI NO HC 239.363/PR). VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA OFENSIVIDADE. FIXAÇÃO DA PENA QUE MELHOR SE ADEQUE AO CASO. PRECEDENTES. NOVA DOSIMETRIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
(...)
4. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da AI no HC nº 239.363/PR, declarou a inconstitucionalidade do preceito secundário da norma prevista no art. 273, § 1º-B, do Código Penal. Ante a referida declaração de inconstitucionalidade, a consequência deve ser a determinação de retorno dos autos à instância *a quo*, a fim de que proceda à nova capitulação jurídica, atentando-se ao preceito secundário que melhor se adeque ao fato, prejudicadas as demais questões.
5. Agravo regimental improvido.
(Ag no AREsp 959.060/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 22.11.2016, DJe 12.12.2016)

HABEAS CORPUS. ART. 273, § 1º-B, I, ART. 334, *CAPUT*, C.C. ART. 14, II, DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. VIA ELEITA. INADEQUAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 273, § 1º-B, DO CP. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO (AI NO HC Nº 239.363/PR). NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.
(...)
4. *Habeas corpus* não conhecido. *Ordem concedida de ofício*, para que o Tribunal de origem proceda a novo julgamento da Apelação nº 0001092-81.2011.4.03.6119/SP, a fim de que seja aplicado outro preceito secundário que melhor se adeque ao fato, em substituição ao previsto no art. 273, § 1º-B, do Código Penal.
(HC 370.007/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 10.11.2016, DJe 24.11.2016)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ART. 273, § 1º-B, DO CP. PRECEITO SECUNDÁRIO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E OFENSIVIDADE. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL. FIXAÇÃO DA PENA DE TRÁFICO DE DROGAS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
(...)
2. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no *Habeas Corpus* nº 239.363/PR, declarou a inconstitucionalidade do preceito secundário da norma prevista no art. 273, § 1º-B, do Código Penal.
3. Ante a referida declaração de inconstitucionalidade, a consequência deve ser a determinação de retorno dos autos à instância *a quo*, a fim de que proceda a nova capitulação jurídica, atentando-se ao preceito secundário que melhor se adeque ao fato.
4. *Habeas corpus* não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para determinar ao juízo das execuções a aplicação do preceito secundário que melhor se adeque ao fato no que diz respeito ao art. 273, § 1º-B, do CP.
(HC 350.336/DF, Sexta Turma, Rel. Min. Néfi Cordeiro, j. 06.10.2016, DJe 25.10.2016)

Em razão disso, qual o sentido de os órgãos fracionários deste Tribunal manterem posicionamento (vinculado ou não à decisão do Órgão Especial) no sentido de aplicar-se aos casos de imputação do crime do art. 273, § 1º-B, do Código Penal o preceito secundário ali previsto

se, fatalmente, terão a dosimetria da pena anulada pelo STJ?

Nenhum, a meu ver.

A manutenção do entendimento - a que me filiei, em princípio - de que os órgãos fracionários deste Tribunal estariam vinculados à decisão do Órgão Especial apenas protelaria a solução do processo, sem nenhum benefício concreto a quem quer que seja, isto é, à acusação ou à defesa.

Com efeito, conforme já manifestei-me anteriormente, quanto ao preceito secundário do tipo previsto no art. 273 do Código Penal, a pena de reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa para o crime em exame é muito alta e desproporcional. Assim, a solução encontrada no âmbito do STJ (aplicação do preceito secundário do crime de tráfico de drogas: art. 33 da Lei nº 11.343/2006) parece-me, em princípio, a mais adequada, visto que, no caso de remédios - e mesmo de produtos cosméticos -, trata-se de drogas, tendo o tipo penal, por objetividade jurídica, a saúde pública. Assim, parece-me lógico aplicar-se o preceito secundário previsto na Lei de Drogas para o caso de tráfico.

Em razão disso, sem afrontar a decisão do Órgão Especial deste Tribunal, mas com os olhos voltados à ideia (e princípio) de segurança jurídica, à teoria dos precedentes judiciais e aos princípios da isonomia, razoabilidade, economia processual e duração razoável do processo, penso que seja o caso de se aplicar a este caso o preceito secundário da Lei de Drogas para o crime de tráfico: art. 33 da Lei nº 11.343/2006, ou seja, reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Dito isso, *peço vênia para divergir parcialmente do e. Relator*, pois penso, todavia, que não se deve aplicar a esses casos a causa de aumento de pena prevista no art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006 (transnacionalidade), tampouco a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, dessa mesma Lei, por ausência de previsão legal.

Com efeito, a alteração do preceito secundário do art. 273 do Código Penal para aquele do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 não transforma aquele crime em tráfico de drogas, razão pela qual não se lhe aplica este dispositivo específico em toda a sua inteireza (majorante e minorante especiais). Muda-se apenas o preceito secundário.

Nesse sentido, aliás, é a jurisprudência do STJ, como se verifica no seguinte e importante precedente da sua *Terceira Seção*, que, por unanimidade de votos, não aplicou a minorante do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006:

> REVISÃO CRIMINAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 273, § 1º-B, I, DO CP. PRECEITO SECUNDÁRIO. INCONSTITUCIONALIDADE. APLICAÇÃO DA PENA PREVISTA PARA O TRÁFICO DE DROGAS. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. REVISÃO CRIMINAL JULGADA IMPROCEDENTE.
> 1. Declarada a inconstitucionalidade do preceito secundário previsto no art. 273, § 1º-B, do Código Penal pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no *Habeas Corpus* nº 239.363/PR, as Turmas que compõem a 3ª Seção deste Sodalício passaram a determinar a aplicação da pena prevista no crime de contrabando ou no crime de tráfico de drogas, do art. 33 da Lei de Drogas.
> 2. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, não é cabível, por ausência de previsão legal, a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 nos crimes previstos no art. 273, § 1º-B, do CP, mesmo nas hipóteses em que se tenha utilizado o preceito secundário do crime de tráfico de drogas.
> 3. Revisão criminal improcedente.
> (RvCr 3.064/PR, Terceira Seção, Rel. Min. Néfi Cordeiro, j. 22.02.2017, DJe 02.03.2017)

O STF também já se pronunciou a respeito da impossibilidade de aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 à pena pelo crime de falsificação de medicamentos. No voto proferido no RHC 130.700 AgR/MG, de que era relator, assim se pronunciou o Min. Roberto Barroso:

> III. DA APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO COM RELAÇÃO AO ART. 273, § 1º-B, DO CÓDIGO PENAL
> 11. Também não vejo teratologia, ilegalidade flagrante ou abuso de poder por parte do acórdão recorrido, no ponto em que recusou a aplicação da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas à pena aplicada ao recorrente pelo crime de falsificação de medicamentos. Vejam-se, a propósito, os fundamentos adotados pelo Superior Tribunal de Justiça:
> (...)
> 12. No caso de que se trata, a pretendida mescla indevida de dispositivos resultaria na criação de um terceiro tipo incriminador não previsto pela legislação vigente. Noutras palavras: a inexistência de uma causa de diminuição de pena para as condutas do art. 273 do Código Penal nada mais é do que uma opção "político-legislativa para apenar determinados delitos com maior severidade", que não me parece violar o princípio da proporcionalidade, notadamente por envolver condutas graves que põem em risco o bem jurídico saúde pública. Vejam-se, nessa linha, o HC 119.600, Relª Minª Cármen Lúcia; o ARE 870.410-AgR, de minha relatoria, e os seguintes julgados:
> (...)

Portanto, aos casos tipificados no art. 273 do Código Penal deve ser aplicada a pena de reclusão, de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos, e multa, de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Anoto, por oportuno, que o STF, em alguns casos, reconheceu a constitucionalidade do preceito secundário do art. 273 do Código Penal, como se verifica, a título exemplificativo, nas seguintes ementas:

> DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 273 DO CÓDIGO PENAL. IMPROCEDÊNCIA. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. LEGISLAÇÃO INFRACONSTICIONAL. CONTROVÉRSIA DECIDIDA COM BASE NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 279/STF.
> 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pela constitucionalidade do art. 273 do Código Penal. Precedentes.
> 2. O Supremo Tribunal Federal tem entendimento no sentido de que a controvérsia relativa à individualização da pena passa necessariamente pelo exame prévio da legislação infraconstitucional. Precedentes.
> 3. O recorrente limita-se a postular uma nova apreciação dos fatos e do material probatório constante dos autos. Nessas condições, a hipótese atrai a incidência da Súmula 279/STF.
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (RE 870.410/SP AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 12.05.2015, DJe-099 Divulg 26.05.2015 Public 27.05.2015)

> Agravo regimental em recurso extraordinário.
> 2. Penal. Alegação de inconstitucionalidade do art. 273, § 1º-B do Código Penal. Constitucionalidade da imputação. Lesão ao bem jurídico saúde pública. Precedentes.
> 3. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada.
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE 844.152/SP AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 02.12.2014, DJe-249 Divulg 17.12.2014 Public 18.12.2014)

Quanto a essas decisões, penso que, diante das circunstâncias aqui tratadas, a questão deva ser cuidada pelo Ministério Público Federal, caso a caso ou no âmbito do controle concentrado, pois o Procurador-Geral da República tem legitimidade ativa para propor ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade (CF, art. 103, VI), se entender ser o caso.

Assim, considerando unicamente o preceito secundário do art. 33 da Lei de Drogas, aplicável ao caso, *acompanho o e. Relator em menor extensão*, não aplicando, na terceira fase da dosimetria, a causa de aumento de pena do art. 40, I, desta Lei (por fundamento diverso) e a causa de diminuição prevista no § 4º deste dispositivo, de sorte que a pena aplicada ao acusado resta definitivamente fixada em 5 (cinco) de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Em razão do *quantum* das penas, *mantenho o regime semiaberto* para início de seu cumprimento, deixando de substitui-las por restritivas de direitos (CP, art. 44, I).

Outrossim, determino apenas a comunicação do presente julgamento aos Juízos das Execuções competentes, não sendo o caso de expedir-se alvará de soltura.

Por fim, acompanho o e. Relator na concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita.

Posto isso, pedindo vênia ao Relator, Desembargador Federal José Lunardelli, NEGO PROVIMENTO, em menor extensão, à apelação do acusado GUSTAVO DE VASCONCELOS BIANCHI, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

Desembargador Federal NINO TOLDO

VOTO-VISTA

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO:

Pedi vista dos autos para melhor avaliar as questões acerca da tipicidade material do delito imputado ao réu e do redutor de pena previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.346/06.

Inicialmente, analisando o laudo pericial de fls. 41/84, bem assim a nota técnica de fls. 139/141, verifico que tais documentos não fazem prova de que os produtos pertencentes ao apelante ponham em risco a saúde pública, o direito à vida saudável, bem jurídico tutelado pelo artigo 273, do CP.

A leitura de tais documentos revela que em nenhum deles foi asseverado que os produtos teriam aptidão para prejudicar a saúde pública, tendo em ambos sido consignado apenas que eles não possuiriam o necessário registro da ANVISA, de sorte que a sua importação e comercialização seriam proibidas no Brasil.

Frise-se que, nos termos do item 6 da nota técnica de fls. 139/141, parte dos produtos importados poderiam ser comercializados como alimentos, bastando que eles fossem "submetidos como novo alimento por conter substâncias sem histórico de uso no Brasil como alimento".

Já o item 7 de tal nota técnica consignou que a outra parte dos produtos pertencentes ao réu não poderia ser registrada na categoria de alimentos, "por conterem substâncias não

autorizadas para uso em alimentos, conforme art. 56 do Decreto-Lei nº 986/69". Isso, entretanto, não significa que tais produtos sejam nocivos à saúde, pois, conforme se infere da própria informação técnica, alguns deles possuem em sua composição substâncias farmacológicas presentes em medicamento registrado no Brasil - Nutrol, por exemplo, referido no item 7.e, fl. 140 verso - o que deixa claro que, de fato, não há nos autos provas de que tais produtos causam prejuízo à saúde pública, o direito à vida saudável.

A par disso, cumpre destacar que o laudo pericial de fls. 41/83, asseverou que os produtos *sub judice* são oriundos dos Estados Unidos da América, onde foram fabricados em ambiente industrial:

> As figuras de 1 a 8 ilustram as formas de apresentação do material questionado. Constatou-se que os frascos não apresentam indícios de violação. Os frascos apresentam características de materiais produzidos em equipamentos industriais, ou seja, sem características de produção artesanal. Desta forma, os Peritos consideram que o material apreendido trata-se de suplementos alimentares/medicamentos de produção industrial.
> (...)
> Os frascos e caixas constituintes dos produtos examinados apresentam inscrições em língua inglesa e apresentando impressões de boa qualidade. Todos os produtos apresentados possuem origem descrita com sendo dos Estados Unidos da América.

Sendo assim, pode-se concluir que tais produtos são de livre comercialização em seu país de origem, o que, *a priori*, significa que eles não colocam em risco a saúde pública, pois, como se sabe, malgrado não haja necessidade de prévia aprovação pelo órgão competente (FDA - Food and Drug Administration) para inserção de suplementos alimentares no mercado de consumo, referido órgão promove rigorosa fiscalização dos produtos após a sua entrada no mercado, retirando de circulação aqueles que não se mostrarem seguros para consumo, além de infligir graves sanções às empresas que, ao assim procederem, violam suas determinações.

Nesse cenário, considerando que os elementos probatórios residentes nos autos não autorizam concluir, com a certeza exigida na seara penal, que os produtos importados pelo apelante ponham em risco a saúde, a meu ver, não há como se enquadrar a conduta *sub judice* na figura do artigo 273, § 1º e § 1º-B, do CP - Código Penal.

Ocorre que referido dispositivo penal visa tutelar a saúde pública, o direito à vida saudável, o que, inclusive, foi destacado pelo Órgão Especial desta C. Corte, quando da análise da Arguição de Inconstitucionalidade Criminal 2009.61.24.000793-5, oportunidade em que se reconheceu a constitucionalidade do preceito secundário de tal dispositivo, tendo em vista a importância de tal bem jurídico.

Independentemente de se adentrar na discussão acerca da constitucionalidade do artigo 273, § 1º-B, do CP, é certo que a interpretação teleológica e à luz dos princípios da fragmentariedade e da ofensividade (ou lesividade: *nullum crimen sine iniuria*) conduz à conclusão de que tal delito só ficará caracterizado quando da conduta do agente decorrer lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, a saúde pública.

A norma visa coibir a introdução no país de medicamento com potencial de ofender a saúde pública pátria, o que sói ocorrer, por exemplo, com medicamentos abortivos e antibióticos.

Todavia, há casos em que, muito embora se tenha uma conduta formalmente típica sob a perspectiva do artigo 273, § 1º-B, I, do CP, existindo o desvalor da ação, não se vislumbra uma violação concreta ao bem jurídico tutelado por tal dispositivo, o desvalor do resultado, o que torna a conduta materialmente atípica sob tal enfoque.

Em casos tais, em que a lei diz mais do que pretendia dizer, é preciso interpretá-la de forma restritiva, adequando-a aos fins por ela visados e ao bem jurídico por ela tutelado.

É o que se verifica no caso dos autos.

Logo, à luz dos princípios antes mencionados e de uma interpretação teleológica, concluo que a conduta imputada ao réu não se amolda materialmente ao tipo do artigo 273, § 1º e § 1º-B, incisos I e VI, do CP, de modo que o réu não pode ser condenado por tal delito.

Não se pode olvidar, contudo, que tais produtos, por não serem registrados junto à ANVISA - o que ficou devidamente comprovado, são de importação proibida no Brasil, em função do quanto estabelecido no artigo 1º da Resolução nº 2997, de 12 de setembro de 2006, da ANVISA.

Desse modo, tenho que a conduta imputada ao apelante melhor se amolda ao artigo 334, do CP, que trata do delito de contrabando e cuja redação, à época dos fatos, era a seguinte:

> Contrabando ou descaminho
> Art. 334 Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria:
> Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Por tais razões, entendo que a hipótese dos autos é de desclassificar o delito do artigo 273, do CP, para o crime previsto no artigo 334, do CP, destacando que tal providência já foi adotada por esta C. Turma, em sede de julgado, cujo resultado, sobre a questão, foi por maioria:

> PENAL. IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTO FALSIFICADO - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 273, § 1º, DO CP - ERRO DE TIPO. IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTO (PRAMIL) QUE APESAR DE NÃO TER REGISTRO NA ANVISA NÃO PÕE EM RISCO A SAÚDE PÚBLICA - ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA PREVISTA NO ARTIGO 273, § 1º-B, I, DO CP - DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FIGURA DO CONTRABANDO, ANTE A PROIBIÇÃO DE IMPORTAÇÃO DE TAL MEDICAMENTO. DESCAMINHO - INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA ISGNIFICÂNCIA, HAJA VISTA A HABITUALIDADE DELITUOSA.
> I. O tipo do artigo 273, § 1º, do CP, pune quem "importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado". A falsidade do medicamento é, pois, um elemento do tipo penal, de sorte que, para que fique configurado tal delito, é preciso que o agente tenha ciência disso. Se nem mesmo os peritos puderam, por conta própria, concluir pela falsidade de mencionados medicamentos, não há como se exigir que os réus chegassem a tal conclusão, nem afirmar que eles tinham ciência de tal característica. O desconhecimento da falsidade da medicação configura, pois, erro de tipo escusável, de sorte que os réus não podem ser condenados pela prática do delito do artigo 273, § 1º, do CP.
> II. Considerando as especificidades do caso no que tange ao CIALIS falsificado, não é hipótese de desclassificação do artigo 273, § 1º, do CP, para a figura do artigo 334, do CP, já que aquela norma, por ser mais específica, notadamente no que se refere à finalidade de coibir a falsificação de medicamentos, deve incidir em detrimento desta.
> III. O artigo 273, § 1º-B, I, do CP, pune quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente. Independentemente de se adentrar na discussão acerca da constitucionalidade do artigo 273, § 1º-B, do CP, é certo que a interpretação teleológica e à luz dos princípios da fragmentariedade e da ofensividade (ou lesividade: nullum crimen sine iniuria) conduz à conclusão de que tal delito só ficará caracterizado quando da conduta do agente decorrer

lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, a saúde pública. Há casos em que, muito embora se tenha uma conduta formalmente típica sob a perspectiva do artigo 273, § 1º-B, I, do CP, existindo o desvalor da ação, não se vislumbra uma violação concreta ao bem jurídico tutelado por tal dispositivo, o desvalor do resultado, o que torna a conduta materialmente atípica sob tal enfoque. Em casos tais, em que a lei diz mais do que pretendia dizer, é preciso interpretá-la de forma restritiva, adequando-a aos fins por ela visados e ao bem jurídico por ela tutelado. É o que se verifica no caso dos autos, em que o laudo de exame de produtos farmacêuticos de fls. 47/59 não traz qualquer indicativo de que os medicamentos encontrados com os réus tenham aptidão para lesionar o bem jurídico tutelado pelo artigo 273, § 1º-B, do CP, a saúde pública, o direito à vida saudável. Logo, à luz dos princípios antes mencionados e de uma interpretação teleológica, conclui-se que a conduta imputada aos réus - importação de Pramil -, muito embora seja formalmente típica, não se amolda materialmente ao tipo do artigo 273, § 1º-B, do CP, de modo que os réus não podem ser condenados por tal delito.
IV. A medicação mencionada (PRAMIL), por não ser registrada junto à ANVISA, é de importação proibida no Brasil, em função do quanto estabelecido no artigo 1º da Resolução nº 2997, de 12 de setembro de 2006, da ANVISA, de modo que a sua importação amolda-se ao artigo 334, do CP, que tratada do delito de contrabando. Essa desclassificação não parte da premissa de que o preceito secundário do artigo 273, § 1º-B, I, do CP seja inconstitucional - discussão sequer adentrada -, mas sim do fato de a conduta perpetrada pelos réus não se subsumir materialmente a referido dispositivo legal, por não violar concretamente o bem jurídico por ela tutelado, a saúde pública. A materialidade e a autoria por parte do réu Altamiro ficaram demonstradas, motivo pelo qual ele deve ser condenado pela prática do delito previsto no artigo 334, do CP. Os elementos residentes nos autos não permitem concluir, com a certeza exigida no processo criminal, que o réu Amós tivesse ciência da importação dos medicamentos adquiridos pelo corréu Altamiro, de sorte que, em respeito ao princípio do *in dubio pro reo*, não há como condená-lo pela prática do contrabando de tais medicamentos (artigo 334, do CP).
V. Apesar de o valor dos tributos iludidos não ultrapassar o limite estabelecido na Lei 11.033/04, o princípio da insignificância é inaplicável ao caso concreto, uma vez que os réus demonstram habitualidade delitiva.
VI. A materialidade e autoria quanto ao delito de descaminho de brinquedos e eletrônicos ficou demonstrada em relação a ambos os réus, o que impõe a condenação dos dois. (TRF3 DÉCIMA PRIMEIRA TURMA ACR - APELAÇÃO CRIMINAL - 60971 / SP 0008960-91.2007.4.03.6106 DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO e-DJF3 Judicial 1 DATA: 25/04/2016)

Friso que tal desclassificação não parte da premissa de que o preceito secundário do artigo 273, § 1º-B, I, do CP seja inconstitucional - discussão sequer adentrada -, mas sim do fato de a conduta perpetrada pelo réu não se subsumir materialmente a referido dispositivo legal, por não violar concretamente o bem jurídico por ela tutelado, a saúde pública.

No que se refere à dosimetria, tendo a sentença de origem fixado a pena, pela prática do delito do artigo 273, do CP, no mínimo legal (10 anos), mister se faz fixar a pena, pela prática do delito do artigo 334, do CP, também no mínimo legal, ou seja, 01 ano de reclusão (em vigor à época dos fatos), já que nenhuma circunstância prejudicial ao réu foi reconhecida na origem.

O regime inicial de cumprimento da pena deve ser fixado no aberto, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea *c*, do Código Penal.

Presentes os requisitos do artigo 44, § 2º, primeira parte, substituo a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito, consistente em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas.

A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas deverá ser especificada

pelo Juízo das Execuções, que deve atender aos critérios estabelecidos no art. 149, § 1º, da Lei de Execução Penal, que estabelece o limite de duração de 08 (oito) horas semanais e sua realização aos sábados, domingos e feriados, ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho, nos horários estabelecidos pelo Juiz, ressaltando que a sua duração deve ser igual à pena corporal substituída.

Por tais razões, com a devida *venia,* divirjo de Sua excelência, a fim de desclassificar a conduta imputada ao apelante para a figura do artigo 334, do CP, condenando o apelante à pena de 01 (um) ano de reclusão, no regime inicial aberto, substituída a pena corporal por uma restritiva de direito, consistente em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, na forma a ser definida pelo MM Juízo da Execução Penal.

Caso seja vencida, no que se refere à desclassificação da conduta imputada ao apelante, acompanho o e. Desembargador Federal Relator, no que se refere à aplicação do preceito secundário do delito do artigo 33, da Lei 11.343/06, salvo no que concerne ao patamar do redutor do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

Entendo, que a redução da pena, em função do quanto estabelecido no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, deve se dar no seu patamar máximo, ou seja, 2/3 (dois terços), considerando que a quantidade de produtos, neste caso, não se mostra relevante para o deslinde da controvérsia, eis que, conforme antes destacado, os produtos objeto da presente ação penal não oferecem risco à saúde pública, não são maléficos à saúde.

Ademais, conforme antes demonstrado, parte dos produtos sequer são objeto do delito do artigo 273, do CP, já que eles, segundo a nota técnica de fls. 139/141, não são medicamentos, nem possuem finalidade terapêutica, sendo em verdade considerados alimentos, os quais, para serem comercializados bastariam ser "submetidos como novo alimento por conter substâncias sem histórico de uso no Brasil como alimento".

Portanto, caso seja vencida no que se refere à desclassificação da conduta para a figura do artigo 334, do CP, acompanho Sua Excelência no que se refere à aplicação do preceito secundário do delito do artigo 33, da Lei 11.343/06, fixando, contudo, a pena em 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa.

Nesse passo, fixo o regime inicial de cumprimento da pena no aberto, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea c, do Código Penal.

Presentes os requisitos do artigo 44, § 2º, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, consistentes numa pena pecuniária e numa de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas.

A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas deverá ser especificada pelo Juízo das Execuções, que deve atender aos critérios estabelecidos no art. 149, § 1º, da Lei de Execução Penal, que estabelece o limite de duração de 08 (oito) horas semanais e sua realização aos sábados, domingos e feriados, ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho, nos horários estabelecidos pelo Juiz, ressaltando que a sua duração deve ser igual à pena corporal substituída.

A prestação pecuniária deve ser fixada num valor entre 1 (um) e 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos (artigo 45, § 1º, do CP), ponderando-se (i) o caráter de reprovação e de prevenção do crime (artigo 59, do CP); e (ii) que a pena aplicada deve observar o princípio da proporcionalidade (inclusive em relação à pena substituída) e a situação econômica do réu.

E o MM Juízo da execução pode, no curso desta, promover ao parcelamento da prestação pecuniária, adequando-a a realidade econômica demonstrada pelo réu.

Inserindo tais noções na análise dos autos e considerando, ainda, (i) a pena privativa de liberdade fixada nesta decisão; (ii) o valor do dia-multa - que deve refletir a situação econômica do réu - foi fixado no mínimo legal, sem que o Ministério Público tenha contra isso se insurgido; conclui-se que a fixação da pena pecuniária em 2 (dois) salários mínimos é de ser considerada razoável e proporcional.

Ante o exposto, em que pese o respeito e admiração que nutro pelo e. Desembargador Federal José Lunardelli, divirjo de Sua Excelência e voto (i) pela desclassificação da conduta imputada ao apelante para a figura do artigo 334, do CP, condenando-o à pena de 01 (um) ano de reclusão, no regime inicial aberto, substituída a pena corporal por uma restritiva de direito, consistente em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, na forma a ser definida pelo MM Juízo da Execução Penal; e (ii) caso seja vencida no que se refere à desclassificação da conduta para a figura do artigo 334, do CP, acompanho Sua Excelência no que se refere à aplicação do preceito secundário do delito do artigo 33, da Lei 11.343/06, fixando, contudo, a pena em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, no regime inicial aberto, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, substituída a pena corporal por duas restritivas de direito, numa pena pecuniária, fixada em dois salários mínimos, e numa de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, nos termos a serem definidos pelo MM Juízo da Execução.

É como voto.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO

APELAÇÃO CRIMINAL
0000671-13.2015.4.03.6132
(2015.61.32.000671-6)

Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA
Apelado: JOSÉ MARIA DA COSTA FRIAS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE AVARÉ - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Relatora para o Acórdão: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO
Classe do Processo: ACr 67112
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/07/2017

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E MOEDA FALSA. MATERIALIDADE COMPROVADA. AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. DOSIMETRIA. CONCURSO FORMAL PRÓPRIO. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO DA DEFESA PROVIDA. APELAÇÃO DA ACUSAÇÃO PROVIDA.

1. A materialidade, autoria e dolo do delito previsto no art. 33, *caput* c/c 40, incisos I e V ambos da Lei nº 11.343/06 mencionado não foram refutados nas razões de apelação do Ministério Público Federal, nem da defesa do réu.

2. A materialidade delitiva do crime de moeda falsa restou demonstrada pelo Auto de Apresentação e Apreensão (fls. 11/12) e pelo Laudo de Perícia Criminal (fls. 80/83).

3. Autoria e dolo comprovados. A ciência da falsidade da nota também resulta inconteste diante das circunstâncias em que a droga foi localizada: dividida em pacotes e espalhadas em diversas partes do ônibus. O primeiro foi localizado na bolsa de mão do réu os demais no meio das poltronas, um ao lado esquerdo do réu, outro na sua frente e o último na parte plástica do descanso para os pés, segundo testemunhas.

4. Consoante o disposto no artigo 156 do Código de Processo Penal, a prova da alegação incumbirá a quem a fizer. Não fê-lo o réu para comprovar mediante elementos concretos que não obtinha conhecimento da falsidade das cédulas, não se admitindo ao magistrado supô-lo e extraí-lo de versão que restou dissociada do conjunto probatório. Cabe ao réu o ônus da prova em se tratando de desconhecimento do caráter criminoso do fato, não bastando a mera alegação de que agiu de boa-fé.

5. A mera alegação do réu a cerca do desconhecimento da falsidade da cédula não tem condão de absolvê-lo, quando as demais provas amealhadas aos autos indicam que ele tinha ciência do *falsum*. Diante do conjunto provatório carreado aos autos, entendo como inconteste a ciência do da falsidade por parte do réu.

6. Dosimetria da pena. Delito previsto no artigo 33, *caput* e § 4º c/c art. 40, I, da Lei nº 11.343/06: mantida.

7. Delito previsto no artigo 289, § 1º do Código Penal: a quantidade de cédulas falsas apreendidas em poder do acusado - 31 (trinta e uma) - de 50,00 exige uma reprimenda maior, visto ultrapassar a normalidade desse tipo de crime, representando circunstância negativa, nos termos do art. 59 do Código Penal, sendo suficiente elevar a pena-base em 1/6, fixando-a em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 11 (onze)

dias-multa, tornando-se definitiva para este delito, ante a ausência de circunstâncias agravantes ou atenuantes, bem como de causas de aumento ou de diminuição.
8. Concurso formal próprio. A consumação do delito de moeda falsa se deu mediante a mesma ação com cuja prática se consumou o crime de tráfico de drogas.
9. Fixado o regime semiaberto para início do cumprimento da pena privativa de liberdade, sem possibilidade de substituição em virtude do quantum estabelecido.
12. Determinada a expedição de carta de sentença para início de execução provisória da pena, conforme entendimento fixado pelo E. STF no HC 126.292-SP reconhecendo que "A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal".
11. Apelação do réu a que se nega provimento. Provido o recurso ministerial. Exauridos os recursos nesta Corte, determino a expedição de Carta de Sentença, bem como a comunicação do Juízo de Origem para início da execução da pena imposta ao réu, nos termos da fundamentação supra.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, negar provimento à apelação do réu, nos termos do voto divergente do Des. Fed. Nino Toldo, com quem votou a Des. Fed. Cecilia Mello, vencido o Des. Fed. relator que dava provimento à apelação do réu; prosseguindo, a Turma, pelo voto médio da Des. Fed. Cecilia Mello, decidiu dar provimento à apelação do MPF para elevar a pena-base em 1/6 e fixar a pena definitiva, para ambos os delitos, de 4 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão, e 12 (doze) dias-multa, no regime semiaberto, deixando de substituí-la por restritivas de direitos, nos termos do voto médio da Des. Fed. Cecilia Mello, vencido o Des. Fed. Relator que lhe dava provimento, em menor extensão e, vencido também o Des. Fed. Nino Toldo, que lhe dava provimento, em maior extensão, pois elevava a pena-base em 1/4 e fixava a pena definitiva em 4 anos, 4 meses e 15 dias de reclusão, e 14 dias-multa, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 30 de maio de 2017.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora para o acórdão

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

Trata-se de Ação Penal Pública fundada em denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal em face de JOSÉ MARIA DA COSTA FRIAS pela prática dos crimes definidos no artigo 289, § 1º do Código Penal e no artigo 33, *caput* c/c 40, incisos I e V ambos da Lei 11.343/06.

Discorre a denúncia (fls. 66/67) que no dia 11 de julho de 2015, às 04h30min, no km 248 da Rodovia Castelo Branco - SP 280, localizada no Município de Avaré/SP, JOSÉ MARIA DA COSTA FRIAS foi surpreendido transportando aproximadamente 1.090,00 gramas (um quilo e noventa gramas) da substância "cloridrato de cocaína", conhecida, vulgarmente, como Pasta

Base de Cocaína, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, após importá-la do Paraguai.

Segundo o *Parquet*, na mesma oportunidade, o denunciado foi surpreendido com a quantia de 31 (trinta e uma) cédulas de R$50,00 (cinquenta reais) aparentemente falsas.

A denúncia foi recebida em 01/09/2015 (fl. 69).

Regularmente processado o feito, sobreveio sentença (fls. 183/188) que julgou parcialmente procedente a demanda, condenando o réu pela prática do delito previsto no artigo 33, *caput* e § 4º c/c art. 40, I, da Lei nº 11.343/06 e absolvendo-o da imputação ao crime de moeda falsa previsto no artigo 289, § 1º do Código Penal.

O magistrado *a quo* fixou a pena definitiva em 03 (três) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 339 (trezentos e trinta e nove) dias-multa, fixado em 1/30 do salário mínimo vigente na data do fato, totalizando a quantia de R$ 8.902, 14 (oito mil, novecentos e dois reais e catorze centavos). Diante da natureza e da quantidade da droga apreendida, não foi convertida a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, com fundamento no art. 44, inciso III do Código Penal c/c art. 42 da Lei nº 11.343/06.

O Ministério Público Federal apresentou recurso de apelação pleiteando a condenação do réu ao delito tipificado no artigo 289, § 1º do Código Penal (fls. 209/212).

Devidamente intimado (fl.251v), o procurador constituído pelo réu deixou transcorrer *in albis* o prazo para manifestação (fl. 252).

Dada vista à Defensoria Pública da União (fl. 261), esta apresentou recurso de apelação em favor do réu (fls. 262/265), pleiteando, em síntese, a fixação do regime inicial de cumprimento de pena como aberto, nos termos do § 2º, alínea "b", do artigo 33 do Código Penal.

Com contrarrazões (fls. 223/225 e 277/281), subiram os autos a esta Corte.

Nesta Corte, o parecer da Procuradoria Regional da República é pelo provimento do recurso de apelação do Ministério Público Federal (fls. 254/258) e pelo não provimento da apelação interposta pela defesa (fls. 283/287v).

É o relatório.

Sujeito à revisão, na forma regimental.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

Dos fatos

Narrou a denúncia (fls. 66/67) que no dia 11 de julho de 2015, às 04h30min, no km 248 da Rodovia Castelo Branco - SP 280, localizada no Município de Avaré/SP, JOSÉ MARIA DA COSTA FRIAS foi surpreendido transportando aproximadamente 1.090,00 gramas (um quilo e noventa gramas) da substância "cloridrato de cocaína", conhecida, vulgarmente, como Pasta Base de Cocaína, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, após importá-la do Paraguai.

Na mesma oportunidade, o denunciado foi surpreendido com a quantia de 31 (trinta e uma) cédulas de R$50,00 (cinquenta reais) aparentemente falsas.

Consta dos autos, ainda, que, no dia dos fatos, policiais militares efetuaram a abordagem de um ônibus da empresa PUMA, de prefixo 4909, que fazia a linha de Foz do Iguaçu a Belo Horizonte, localizaram o denunciado JOSÉ MARIA com atitude suspeita, tendo em vista o nervosismo demonstrado e a dificuldade em responder aos questionamentos. Ao verificarem a bagagem encontraram a substância entorpecente mencionada e moedas falsas, tendo sido o denunciado preso em flagrante delito.

Em razão disso, o Ministério Público Federal imputou ao réu a conduta definida nos artigos 289, § 1º do Código Penal e no artigo 33, *caput* c/c 40, incisos I e V ambos da Lei 11.343/06.

Processado o feito, o magistrado sentenciante condenou o réu pela prática do delito previsto no artigo 33, *caput* e § 4º c/c art. 40, I, da Lei nº 11.343/06 e o absolveu da imputação ao crime de moeda falsa previsto no artigo 289, § 1º do Código Penal.

No entanto, a sentença merece reforma, conforme se passa a demonstrar.

Art. 33 caput c/c 40, incisos I e V ambos da Lei nº 11.343/06

A materialidade, autoria e dolo dos crimes definidos no artigo mencionado não foram refutados nas razões de apelação do Ministério Público Federal, nem da defesa do réu.

Desta forma, passa-se à análise da matéria objeto de recurso.

Art. 289, § 1º do Código Penal

Da materialidade

A materialidade delitiva do crime de moeda falsa ficou demonstrada pelo Auto de Apresentação e Apreensão (fls. 11/12) e pelo Laudo de Perícia Criminal (fls. 80/83).

No tocante à aptidão da cédula para ludibriar pessoas, restou salientado no Laudo Pericial: "Apesar das irregularidades apontadas nas cédulas falsas analisadas, o signatário considera que as falsificações NÃO SÃO GROSSEIRAS. Isso se dá em razão de as referidas cédulas terem sido reproduzidas com bastante nitidez dos dizeres e das impressões macroscópicas do papel-moeda autêntico. Tais reproduções dos aspectos visuais comuns ás cédulas autênticas levaram signatário a concluir que tais simulacros de cédulas podem passar por autênticos no meio circulante, enganando terceiros de boa-fé" (fl. 83/84).

Assim, restou asseverado que as cédulas apreendidas possuem atributos capazes de iludir pessoas desconhecedoras dos elementos de segurança das cédulas autênticas.

Destarte, tratando-se de cédulas falsas capazes de ludibriar pessoas, configurado está o tipo penal.

Da autoria e do dolo

A autoria e o dolo restaram igualmente comprovados.

Observo que o tipo penal imputado ao réu somente é punido se presente o dolo, ante a inexistência de previsão expressa no Código Penal da modalidade culposa (art. 18, parágrafo único, do CP). Em se tratando do § 1º do art. 289 do Código Penal, o dolo consubstancia-se na ciência, por parte do agente acerca da falsidade da moeda.

Pois bem.

A testemunha Antonio da Silva Duarte Neto, policial militar, afirmou em juízo que no dia dos fatos abordou um ônibus cujo itinerário é Paraguai - Brasil - Foz do Iguaçu, até Belo Horizonte. Durante conversa com os passageiros, abordou o réu, o qual apresentava nervosismo. Devido ao nervosismo apresentado, foi feita busca minuciosa na bagagem de mão do réu. Foi encontrada uma toalha de rosto, na qual se encontrava envolta um pedaço de droga que aparentava ser pasta base de cocaína. Foram encontrados mais três pedaços de droga es-

palhados pelo ônibus, entre as poltronas. Foi encontrado também dinheiro falso, no importe de 30 notas de R$ 50,00 (cinquenta reais) envoltas com as drogas. Uma nota falsa estava na carteira do réu. Indagado, o réu afirmou que foi contratado pelo cunhado. A pessoa que fez contato com ele chamava-se "Russo", tendo vindo ao encontro do réu e entregado a droga e o dinheiro. Depois que a droga foi localizada o réu confessou (mídia de fl. 146).

A testemunha Wanderson Caetano, policial militar, prestou depoimento no mesmo sentido (mídia de fl. 146).

O réu afirmou, em juízo, que estava passando por dificuldades financeiras e lhe foi oferecido R$1.000,00 (mil reais) para transportar um pacote. Afirmou que a nota falsa encontrada em sua carteira era referente ao dinheiro do lanche que foi dado a ele por um indivíduo chamado Russo, que o incumbiu da tarefa de transportar a droga (mídia de fl. 146).

No entanto, a versão do réu não se sustenta diante do conjunto probatório carreado aos autos.

A posse das notas restou incontroversa, posto que foram localizadas com o réu, tendo inclusive uma das notas sido encontrada em sua carteira.

A ciência da falsidade da nota também resulta inconteste diante das circunstâncias em que a droga foi localizada: dividida em pacotes e espalhadas em diversas partes do ônibus. O primeiro foi localizado na bolsa de mão do réu os demais no meio das poltronas, um ao lado esquerdo do réu, outro na sua frente e o último na parte plástica do descanso para os pés, segundo depoimento prestado pelo policial Antonio da Silva Duarte Neto.

Conforme afirma o *Parquet* em seu parecer, "é pouco crível que o réu tenha dividido o tijolo de droga em quatro partes, escondido-as no interior do ônibus e, inclusive, embalado uma das partes com pó de café, sem que soubesse da natureza ilícita da mercadoria e da existência das notas falsas. Ademais, as notas falsas estavam embaladas em um dos pedaços de droga encontrado" (fl. 255/255v).

Consoante o disposto no artigo 156 do Código de Processo Penal, a prova da alegação incumbirá a quem a fizer. Não fê-lo o réu para comprovar mediante elementos concretos que não obtinha conhecimento da falsidade das cédulas, não se admitindo ao magistrado supô-lo e extraí-lo de versão que restou dissociada do conjunto probatório. Cabe ao réu o ônus da prova em se tratando de desconhecimento do caráter criminoso do fato, não bastando a mera alegação de que agiu de boa-fé.

A mera alegação do réu a cerca do desconhecimento da falsidade da cédula não tem condão de absolvê-lo, quando as demais provas amealhadas aos autos indicam que ele tinha ciência do *falsum*.

Diante do conjunto provatório carreado aos autos, entendo como inconteste a ciência do da falsidade por parte do réu.

Posto isso, mantenho a condenação do apelante como incurso nas disposições do artigo 33, *caput* c/c 40, incisos I e V ambos da Lei 11.343/06 e condeno o réu como incurso no art. 289, § 1º, do Código Penal, uma vez que detinha ciência acerca da falsidade das cédulas, agiu com o dolo indispensável para a configuração do tipo penal referido.

Passo à dosimetria da pena.

Dosimetria da pena

Artigo 33, caput e § 4º c/c art. 40, I, da Lei nº 11.343/06.

A sentença recorrida condenou o réu pelo delito previsto à pena de 03 (três) anos, 04

(quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 339 (trezentos e trinta e nove) dias-multa, fixado em 1/30 do salário mínimo vigente na data do fato, totalizando a quantia de R$ 8.902, 14 (oito mil, novecentos e dois reais e catorze centavos).

Diante da natureza e da quantidade da droga apreendida, não foi convertida a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, com fundamento no art. 44, inciso III do Código Penal c/c art. 42 da Lei nº 11.343/06.

Tendo em vista a reforma do julgado, o regime inicial de cumprimento de pena deve ser avaliado quando da unificação das penas.

Artigo 289, § 1º do Código Penal.

Na *primeira fase*, entendo ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu.

A culpabilidade é normal à espécie. Não há elementos nos autos para avaliar a personalidade e a conduta social do réu. O motivo do crime é o lucro fácil, o qual é inerente ao tipo penal do art. 289, § 1º do Código Penal. O réu não ostenta maus antecedentes. As circunstâncias do crime não extrapolam a normalidade. Não foram apuradas outras consequências do crime relevantes. No caso concreto não há comportamento da vítima a ser avaliado.

Sendo assim, fixo a pena-base em 03 (três) anos de reclusão e 10 dias-multa.

Na *segunda fase*, inexistem circunstâncias agravantes e atenuantes, devendo ser mantido o *quantum* da pena fixada na etapa anterior.

Na *terceira fase*, da mesma forma entendo que inexistem causas de aumento e de diminuição, resultando na pena de *03 (três) anos de reclusão e ao pagamento de 10 dias-multa*. no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.

Concurso de crimes e pena definitiva final

Há, no caso, concurso formal próprio de delitos, pelas razões que passo a expor.

In casu, a consumação do delito de moeda falsa se deu mediante a mesma ação com cuja prática se consumou o crime de tráfico de drogas.

Ademais, não vislumbro desígnios autônomos na conduta do réu, visto que ambos os delitos foram praticados visando à satisfação de um interesse econômico.

Desse modo, o réu cometeu dois delitos mediante a prática de uma só conduta, de maneira que se aplica a regra do concurso formal próprio, prevista no art. 70, primeira parte, do Código Penal.

A este respeito, trago precedentes do C. STJ:

> PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CORRUPÇÃO DE MENORES (ARTIGO 1º DA REVOGADA LEI 2.252/54, ATUAL ARTIGO 244-B DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE). DOCUMENTO HÁBIL PARA COMPROVAR A MENORIDADE. EXISTÊNCIA. SÚMULA 74/STJ. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A APLICAÇÃO DO *CONCURSO FORMAL* IMPRÓPRIO. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS NÃO DEMONSTRADOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT*. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.
> 1. Segundo a novel orientação desta Corte Superior, ratificada pela Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não se conhece de *habeas corpus* impetrado em substituição ao cabível recurso constitucional.
> 2. A inadequação da via eleita, todavia, não desobriga esta Corte Superior de fazer cessar

manifesta ilegalidade que resulte no cerceamento do direito de ir e vir do paciente.
3. O documento hábil ao qual a Súmula nº 74/STJ faz referência não se restringe à certidão de nascimento, como defende a impetração. Outros documentos, dotados de fé pública e, portanto, igualmente hábeis para comprovar a menoridade, também podem atestar a referida situação jurídica, como, por exemplo, a identificação realizada pela polícia civil.
4. Como de sabença, o *concurso formal* perfeito caracteriza-se quando o agente pratica duas ou mais infrações penais mediante uma única ação ou omissão; já o *concurso formal* imperfeito evidencia-se quando a conduta única (ação ou omissão) é dolosa e os delitos concorrentes resultam de desígnios autônomos. Ou seja, a distinção fundamental entre os dois tipos de *concurso formal* varia de acordo com o elemento subjetivo que animou o agente ao iniciar a sua conduta.
5. Assim, verificada a ocorrência de *concurso formal* entre o crime de roubo e de corrupção de menores, as penas referentes aos dois delitos serão aplicadas cumulativamente somente quando demonstrada a existência de desígnios autônomos por parte do agente. Caso contrário, é de ser aplicada a mais grave das penas cabíveis aumentada de 1/6 (um sexto) até 1/2 (metade), por expressa disposição legal (Art. 70, primeira parte, do Código Penal).
6. Tendo em vista que as instâncias ordinárias não indicaram se os crimes concorrentes resultaram de desígnios autônomos, inviável a aplicação do *concurso formal* impróprio na hipótese em apreço.
7. *Writ* não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida, de ofício, para reconhecer o *concurso formal* próprio, reduzindo a pena imposta ao paciente.
(Sexta Turma, HC 200900763575, Desembargadora Convocada do TJ/PE Alderita Ramos De Oliveira, DJE:13.09.2013);

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELO RECONHECIMENTO DO *CONCURSO FORMAL* ENTRE OS CRIMES DE ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
1. São necessárias para a configuração do *concurso formal* de crimes (art. 70, primeira parte, do Código Penal) a unidade de ação e a ausência de desígnios autônomos para os delitos praticados.
2. Deve ser reconhecida, na hipótese, a existência do *concurso formal* entre os crimes de roubo e corrupção de menores, vez que o paciente, com uma única conduta, praticou os dois delitos.
3. *Habeas corpus* não conhecido, por ser substitutivo do recurso cabível. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer a existência de *concurso formal* entre os delitos de roubo circunstanciado e corrupção de menores, redimensionando a pena para 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.
(Quinta Turma, HC 201200009371, Desembargador Convocado do TJ/PR Campos Marques, DJE: 09.11.2012).

Por tais razões, unifico as penas dos delitos de moeda falsa e de tráfico de drogas pela regra do concurso formal próprio, qual seja, a de se estabelecer como definitiva a maior pena cominada aos delitos individualmente considerados, majorada em patamar de um sexto até a metade.

Inexistindo circunstâncias que justifiquem majoração em patamar superior ao piso legal (um sexto sobre a maior pena cominada aos delitos individualmente considerados), estabeleço a pena de *03 (três) anos, 11 (onze) meses e 18 (dezoito) dias, e 395 (trezentos e noventa e cinco) dias-multa* pela prática dos crimes de moeda falsa e tráfico de drogas.

Regime inicial de cumprimento de pena

Considerando que as circunstâncias judiciais subjetivas do réu (antecedentes, conduta

social, personalidade e motivo do crime), tanto na dosimetria do crime de moeda falsa quanto do crime de tráfico de drogas, não foram valoradas negativamente, o regime inicial de cumprimento de pena deve ser estabelecido com base na pena fixada em concreto (artigo 33, § 2º do Código Penal).

Outrossim, natureza e a quantidade da substância não estão previstas dentre as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, mas sim na legislação específica, em que o legislador determinou que fossem consideradas apenas na fixação das penas, não se prestando a embasar a fixação de regime mais gravoso, inclusive quando todas as demais circunstâncias são favoráveis aos acusados, como no caso em tela.

Assim, fixo o regime inicial aberto de cumprimento de pena, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal.

Da substituição da Pena Privativa de Liberdade por Restritiva de Direitos

Presentes os requisitos do artigo 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por 02 (duas) penas restritivas de direito, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, no valor de 01 (um) salário mínimo, tendo em vista a situação econômica do réu declarada em seu interrogatório.

De ofício, determino que a prestação pecuniária seja revertida em favor da União, consoante entendimento desta Turma.

Da execução provisória da pena

Em sessão de julgamento de 05 de outubro de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que o art. 283 do Código de Processo Penal não veda o início do cumprimento da pena após esgotadas as instâncias ordinárias, e indeferiu liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44.

Desse modo, curvo-me ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, que reinterpretou o princípio da presunção de inocência no julgamento do HC 126.292-SP, reconhecendo que "A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal."

Diante desse cenário, independentemente da pena cominada, deve ser determinada a execução provisória da pena decorrente de acórdão penal condenatório, proferido em grau de apelação.

Destarte, exauridos os recursos nesta Corte e interpostos recursos dirigidos às Cortes Superiores (Recurso Extraordinário e Recurso Especial), expeça-se Carta de Sentença, bem como comunique-se ao Juízo de Origem para o início da execução da pena imposta ao réu, sendo dispensadas tais providências em caso de trânsito em julgado, hipótese em que terá início a execução definitiva da pena.

Dispositivo

Ante o exposto,

(i) DOU PROVIMENTO à apelação do réu e do Ministério Público Federal;

(ii) Exauridos os recursos nesta Corte, determino a expedição de Carta de Sentença, bem como a comunicação do Juízo de Origem para início da execução da pena imposta ao réu, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO: Divirjo do e. Relator unicamente em relação ao "quantum" da pena-base fixada para o crime de moeda falsa.

Com efeito, entendo que a quantidade de cédulas falsas apreendidas em poder do acusado - 31 (trinta e uma) - de 50,00 exige uma reprimenda maior, visto ultrapassar a normalidade desse tipo de crime, representando circunstância negativa, nos termos do art. 59 do Código Penal.

Todavia, entendo suficiente elevar a pena-base em 1/6, fixando-a em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, a qual torno definitiva para este delito, ante a ausência de circunstâncias agravantes ou atenuantes, bem como de causas de aumento ou de diminuição.

Em virtude do concurso formal próprio entre o crime de moeda falsa e o de tráfico de drogas, elevo essa pena, maior aplicada, em 1/6 (um sexto), chegando a uma pena definitiva, para ambos os delitos, de 4 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão, e 12 (doze) dias-multa.

Por conseguinte, fixo o regime semiaberto para início do cumprimento da pena privativa de liberdade e deixo de substituí-la por restritivas de direitos.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO à apelação do Ministério Público Federal, em maior extensão, e NEGO PROVIMENTO à apelação do réu.

É o voto.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

APELAÇÃO CRIMINAL
0009774-83.2015.4.03.6119
(2015.61.19.009774-0)

Apelante: VOLODYMYR ZINCHENKO (réu preso)
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO
Classe do Processo: ACr 69522
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/08/2017

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL. CP, ART. 22. ABSOLVIÇÃO.
1. Para além de meras conjecturas, a versão narrada pelo acusado durante a instrução processual está em consonância com os fatos colacionados pela defesa na cópia da investigação efetuada pela polícia ucraniana. Há, efetivamente, indícios de que tenha sido vítima de tráfico internacional de seres humanos e de que teria sido coagido a traficar drogas.
2. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, DAR PROVIMENTO à apelação para, com fundamento no art. 386, VI, do CPP, absolver o acusado, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 08 de agosto de 2017.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NINO TOLDO (Relator):

Trata-se de apelação interposta por VOLODYMYR ZINCHENKO em face da sentença proferida pela 2ª Vara Federal de Guarulhos/SP que o condenou à pena privativa de liberdade de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do valor do salário mínimo vigente na data dos fatos, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/2006.

Narra a denúncia (fls. 50/51v), recebida em 11.02.2016 (fls. 87/88v), que:

> No dia 16 de outubro de 2015, nas dependências do Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP, VOLODYMYR ZINCHENKO foi preso em flagrante delito, quando, agindo de maneira livre e consciente, prestes a embarcar no voo EY 190, pela empresa aérea Etihad, com destino a

Dhaka/Bangladesh, perfazendo escala em Abu Dhabi, trazia consigo, para fins de comércio ou de entrega de qualquer forma a consumo de terceiros no exterior, sem autorização legal ou regulamentar, 6.462g (seis mil, quatrocentos e sessenta e duas gramas - massa líquida) de cocaína, substância entorpecente que determina dependência física e psíquica.

Em suas razões de apelação (fls. 264 e 269/281), a defesa argumenta que o réu se encontrava sob coação moral irresistível, motivo pelo qual pleiteia a absolvição do acusado. Subsidiariamente, requer: *a)* a redução da pena-base aplicada; *b)* a aplicação da atenuante da confissão espontânea; *c)* o afastamento da causa de aumento de pena prevista no art. 40, I, da Lei 11.343/2006; e *d)* a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Pugna, ainda, pela solicitação de cópia na íntegra das investigações efetuadas pela Direção Geral da Polícia Nacional na Província de Kiev, que tramitam sob os números 12016110000000224, de 05.07.2016, e 12015110230001221, de 21.10.2015, e que seja oficiada novamente a Polícia Federal Brasileira a fornecer elementos do passaporte Internacional de número FB 267729, nome Parkaiev/Roman.

Contrarrazões a fls. 298/305.

A Procuradoria Regional da República, em seu parecer (fls. 320/325v), opinou pelo provimento parcial da apelação, a fim de que seja reduzida a pena-base, porém mantida acima do mínimo legal.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

RELATÓRIO COMPLEMENTAR

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NINO TOLDO (Relator):

Complementa-se o relatório de fls. 327/327v para constar que, a pedido da defesa, o feito foi retirado de pauta para apresentação de novos documentos, supostamente aptos a comprovar a inocência do réu (fls. 331/332).

A defesa apresentou cópia de processo administrativo (fls. 348/386) no qual se investiga a ocorrência de crime de tráfico internacional de pessoas, do qual o acusado teria sido uma das vítimas.

Em atendimento ao despacho de fls. 391, foi apresentada tradução juramentada para a língua portuguesa dos documentos carreados aos autos a partir de fls. 333.

O Ministério Público Federal reiterou os termos do parecer apresentado a fls. 320/325, pugnando pela inclusão do feito em pauta para julgamento (fls. 389 e 413).

É o relatório complementar.

À revisão.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NINO TOLDO (Relator):

Trata-se de apelação interposta por VOLODYMYR ZINCHENKO em face da sentença que o condenou pelo crime de tráfico de drogas.

A defesa pleiteia sua absolvição argumentando que o acusado teria sido vítima de tráfico internacional de pessoas e que teria cometido o crime sob coação moral irresistível.

Embora não seja objeto do recurso, registro que a *materialidade* do crime restou comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 02/04), pelo laudo de perícia criminal federal (fls. 08/10) e pelo auto de apresentação e apreensão (fls. 11/11v).

Quanto à *autoria*, compulsando os autos, verifico que, desde o seu interrogatório em juízo (fls. 137), o acusado já alegava ter sido coagido a cometer o delito de tráfico de drogas.

Em juízo, declarou que um amigo dos tempos da escola, chamado *Roman*, entrara em contato para oferecer-lhe um trabalho de tradução, a ser realizado no Brasil. *Roman* teria afirmado lembrar-se do bom nível de inglês do acusado, que, por tal motivo, seria útil para o serviço a ser executado.

Esse trabalho envolveria, em tese, a tradução de documentos para que os pais de *Roman* pudessem comercializar frutas e verduras com o Brasil. Alegava que o contrato havia sido feito pela internet, mas que, para que o negócio fosse fechado, o acusado deveria conferi-lo pessoalmente num escritório no Brasil. A viagem duraria apenas 3 (três) semanas e VOLODYMYR poderia aproveitar para passear e se divertir.

O acusado afirmou que aceitou a proposta, pois, além de receber o valor de 300 (trezentos) dólares pelo serviço, teria a oportunidade de conhecer o Brasil.

Chegando ao Brasil, pôde aproveitar para passear no Rio de Janeiro durante uma semana, mas logo *Roman* teria informado que VOLODYMYR deveria fazer um trabalho diverso do que havia sido combinado na Ucrânia. O acusado teria que ir para São Paulo, pegar uma mala com diamantes e viajar para Bangladesh.

O acusado disse que teria ficado contrariado, mas *Roman* teria proferido ameaças de morte tanto a ele quanto à sua família. A partir de então, afirma que seu celular passou a ser controlado por *Roman* e seus comparsas, sendo, ainda, advertido de que, caso comunicasse a polícia acerca da situação, algo ruim poderia acontecer a ele ou aos seus parentes.

O acusado disse que desconfiou que a bagagem que lhe fora entregue continha drogas, mas não tinha certeza, pois já a recebeu fechada. Temendo pela sua integridade física, bem como pela de sua família, concordou em cometer o delito.

Essa versão, apresentada em juízo, está em consonância com os fatos narrados em sua defesa preliminar (fls. 78/85), em sede de memoriais (fls. 244/253) e em suas razões de apelação (fls. 269/281).

Nas razões de apelação, a defesa mencionou a existência de um inquérito policial na Ucrânia, no qual estaria sendo investigada a ocorrência de tráfico de seres humanos. Posteriormente, conseguiu obter cópia dos autos dessa investigação para apresentá-la nesta ação penal, consubstanciando os documentos acostados a fls. 331/343, 348/386 e 394/411.

Conforme se extrai da cópia da investigação, de fato existe procedimento na Ucrânia instaurado para investigar indivíduos que estariam recrutando e deslocando pessoas para além das fronteiras daquele país, com o intuito de envolvê-las em atividades criminosas.

Segundo o que ali consta, os criminosos ludibriavam suas vítimas com a promessa de trabalho legal e bem remunerado a ser realizado no Brasil. No entanto, ao chegarem para efetuar o serviço prometido, eram ameaçadas e forçadas a traficar drogas para a Tailândia.

Segundo a investigação, sete pessoas foram reconhecidas como vítimas do tráfico de seres humanos, dentre elas o acusado, VOLODYMYR ZINCHENKO (fls. 398 e 400). A polícia ucraniana apurou que o acusado foi recrutado na Ucrânia por *Savinsky Yevhen Serhiiovys* com a promessa de trabalho legal e bem remunerado a ser realizado no Brasil, envolvendo a tradução de documentos.

Estando numa situação material crítica, o denunciado teria aceitado a proposta e embarcado para o Brasil. Entretanto, ao aqui chegar, sofreu ameaças para que efetuasse o transporte de uma mala contendo pedras preciosas para a Tailândia. A investigação averiguou também que o acusado foi preso no aeroporto internacional de São Paulo, sob a suspeita de estar traficando entorpecentes.

Cumpre mencionar que a investigação também faz referência à participação de *Roman* no tráfico de seres humanos. Conforme se extrai dos documentos, *Roman Parkaiev* teria se hospedado no Brasil junto com o réu (fls. 400).

Além do mais, o juiz de investigação do Juízo do Distrito Shevchenkivskyi, da cidade de Kiev/Ucrânia, ante as circunstâncias do crime e dos elementos colhidos até então, decretou a prisão preventiva do investigado *Savinskyi* (fls. 408/410).

Verifico, portanto, que, para além de meras conjecturas, a versão narrada pelo acusado durante a instrução processual está em consonância com os fatos colacionados pela defesa na cópia da investigação efetuada pela polícia ucraniana. Há, efetivamente, indícios de que VOLODYMYR ZINCHENKO tenha sido vítima de tráfico internacional de seres humanos e de que teria sido coagido a traficar drogas.

Conforme preceitua o art. 386, VI, do Código de Processo Penal, o juiz absolverá o réu, desde que reconheça fundada dúvida a respeito da existência do crime ou isentem o réu de pena.

No caso, conforme se verificou acima, há fundados indícios de que o acusado teria sofrido *coação moral irresistível* para praticar o crime de que foi acusado, o que o isenta de pena, sendo punível apenas o autor da coação (CP, art. 22). Assim, é de rigor a sua *absolvição.*

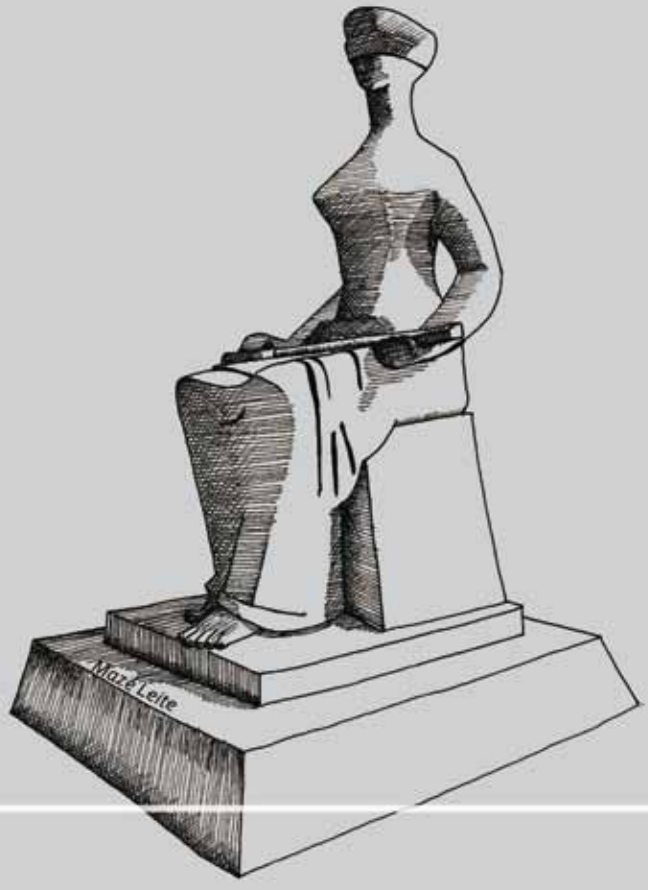
Posto isso, DOU PROVIMENTO à apelação para, com fundamento no art. 386, VI, do Código de Processo Penal, absolver VOLODYMYR ZINCHENKO, da imputação feita na denúncia.

Expeça-se alvará de soltura clausulado.

É o voto.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

Direito Previdenciário



REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL
0003493-94.2007.4.03.6183
(2007.61.83.003493-2)

Parte Autora: CELSO FERRADO MUNHOZ
Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA
Classe do Processo: REOAC 1329814
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/07/2017

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. SENTENÇA *ULTRA PETITA*. ATIVIDADE ESPECIAL. TENSÃO ELÉTRICA. RECEBIMENTO DE AUXÍLIO DOENÇA PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. TERMO *A QUO*. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.
I - Caracterizada a hipótese de julgado *ultra petita*, deve o Juízo *ad quem* restringir a sentença aos limites do pedido, por força dos arts. 141, 282 e 492 do CPC/2015.
II - No que se refere ao reconhecimento da atividade especial, a jurisprudência é pacífica no sentido de que deve ser aplicada a lei vigente à época em que exercido o trabalho, à luz do princípio *tempus regit actum*.
III - Em se tratando do agente nocivo *tensão elétrica*, impende salientar que a atividade de eletricitário, exposto a tensão superior a 250 volts, estava prevista no quadro anexo do Decreto nº 53.831, de 25/3/64. Embora a eletricidade tenha deixado de constar dos Decretos nºs. 83.080/79 e 2.172/97, a Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, em 14/11/12, no julgamento do *Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.306.113-SC (2012/0035798-8)*, de relatoria do E. Ministro Herman Benjamin, entendeu ser possível o reconhecimento como especial do trabalho exercido com exposição ao referido agente nocivo mesmo após a vigência dos mencionados Decretos, tendo em vista que "as normas regulamentadoras que estabelecem os casos de agentes e atividades nocivos à saúde do trabalhador são exemplificativas, podendo ser tido como distinto o labor que a técnica médica e a legislação correlata considerarem como prejudiciais ao obreiro, desde que o trabalho seja permanente, não ocasional, nem intermitente, em condições especiais (art. 57, § 3º, da Lei 8.213/1991)."
IV - A documentação apresentada permite o reconhecimento da atividade especial em parte do período pleiteado.
V - O período em que a parte autora recebeu o benefício de auxílio doença previdenciário não pode ser reconhecido como especial, tendo em vista que, conforme o parágrafo único do art. 65 do Decreto nº 3.048/99, apenas o recebimento de auxílio doença acidentário não descaracteriza a especialidade da atividade.
VI - Com relação à aposentadoria especial, houve o cumprimento dos requisitos previstos no art. 57 da Lei nº 8.213/91.
VII - O termo inicial da aposentadoria especial deve ser fixado na data do pedido na esfera administrativa (16/2/07), nos termos do art. 57, § 2º c/c art. 49, da Lei nº 8.213/91.
VIII - A correção monetária deve incidir desde a data do vencimento de cada prestação

e os juros moratórios a partir da citação, momento da constituição do réu em mora. Com relação aos índices de atualização monetária e taxa de juros, deve ser observado o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal que estiver em vigor no momento da execução do julgado.
IX - A verba honorária fixada, no presente caso, à razão de 10% sobre o valor da condenação remunera condignamente o serviço profissional prestado. No que se refere à sua base de cálculo, devem ser levadas em conta apenas as parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, nos termos da Súmula nº 111, do C. STJ. Considerando que a sentença tornou-se pública, ainda, sob a égide do CPC/73, impossível a aplicação do art. 85 do novo Estatuto Processual Civil, sob pena de afronta ao princípio da segurança jurídica, consoante autorizada doutrina a respeito da matéria e Enunciado nº 7 do C. STJ: "Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016 será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do NCPC."
X - Sentença que se restringe aos limites do pedido *ex officio*. Remessa oficial parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, de ofício, restringir a R. sentença aos limites do pedido e dar parcial provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de julho de 2017.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator):

Trata-se de ação ajuizada em *23/5/07* em face do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, visando à *concessão da aposentadoria especial* desde a data do requerimento administrativo (16/2/07), mediante o reconhecimento do caráter especial das atividades desenvolvidas no período de *6/3/97 a 8/1/07*. Pleiteia, ainda, a antecipação dos efeitos da tutela.

Foram deferidos à parte autora os benefícios da assistência judiciária gratuita e indeferida a tutela antecipada (fls. 59).

O Juízo *a quo julgou procedente* o pedido, para reconhecer o caráter especial das atividades exercidas no período de *10/3/78 a 8/1/07*, bem como condenar o INSS ao pagamento da apos*entadoria especial a partir da data do requerimento administrativo* (16/2/07), observada a prescrição quinquenal. "Os juros moratórios são fixados à base de 6% ao ano, a partir da citação até 10/01/03, e, após, à razão de 1% ao mês, nos termos do art. 406 do CC e do art. 161, § 1º, do CTN. A correção monetária incide sobre as diferenças apuradas desde o momento em que se tornaram devidas, na forma do atual Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela resolução 561/2007 do Presidente do Conselho da Justiça Federal" (fls. 82) Os honorários advocatícios foram arbitrados em 15% sobre o valor total da condenação. "O INSS encontra-se legalmente isento do pagamento de custas" (fls. 82)

Por derradeiro, concedeu a tutela específica, nos termos do art. 461 do CPC/73.

O demandante opôs embargos de declaração (fls. 90/93), os quais foram improvidos (fls. 95).

Sem recurso voluntário, e submetida a sentença ao duplo grau obrigatório, subiram os autos a esta E. Corte.

Em decisão proferida nos termos do art. 557 do CPC/73, a Exma. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, então Relatora do feito, deixou de conhecer da remessa oficial, a teor do art. 475, § 2º, do CPC/73, com a redação dada pela Lei nº 10.352/01 (fls. 109 e verso).

O INSS interpôs agravo, aduzindo que "não se pode afirmar com segurança que a condenação será inferior a 60 salários mínimos, tendo em vista que a condenação é ilíquida" (fls. 111 vº).

A Oitava Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo (fls. 115/117 vº).

Foram opostos embargos de declaração (fls. 119/122), os quais foram rejeitados pela turma julgadora (fls. 123/126 vº).

A fls. 128/131, a autarquia interpôs Recurso Especial contra o V. acórdão.

O C. Superior Tribunal de Justiça, com fundamento no art. 932, V, do CPC/2015, c/c o 255, § 4º, III, do RISTJ, deu provimento ao recurso especial "para anular o acórdão recorrido a fim de que seja conhecida a remessa necessária" (fls. 146).

É o breve relatório.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator):

Inicialmente, da leitura da exordial, verifica-se que o pedido restringe-se à *concessão de aposentadoria especial* desde o requerimento administrativo, mediante o reconhecimento do caráter especial das atividades exercidas no período de *6/3/97 a 8/1/07*, uma vez que, por ocasião do requerimento administrativo, a autarquia deixou de considerar o referido período como especial, reconhecendo apenas a especialidade do período de *10/3/78 a 5/3/97*. No entanto, o MM. Juiz *a quo* julgou procedente o pedido, para enquadrar o período de *10/3/78 a 8/1/07* como especial.

Conforme dispõe o artigo 141 do Código de Processo Civil/2015, o juiz decidirá a lide nos limites propostos pelas partes. Igualmente, o artigo 492 do mesmo diploma legal trata da correlação entre o pedido e a sentença.

Assim sendo, caracterizada a hipótese de julgado *ultra petita*, a teor do disposto nos artigos 141, 282 e 492 do CPC/2015, declaro a nulidade da sentença em relação ao reconhecimento da especialidade do período de *10/3/78 a 5/3/97*, pois não pleiteado na exordial.

Passo, então, à análise da remessa oficial.

No que se refere ao *reconhecimento da atividade especial*, a jurisprudência é pacífica no sentido de que deve ser aplicada a lei vigente à época em que exercido o trabalho, à luz do princípio *tempus regit actum* (Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.310.034-PR).

Quanto aos *meios de comprovação* do exercício da atividade em condições especiais, *até 28/4/95*, bastava a constatação de que o segurado exercia uma das atividades constantes dos anexos dos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79. O rol dos referidos anexos é considerado

meramente exemplificativo (Súmula nº 198 do extinto TFR).

Com a edição da Lei nº 9.032/95, *a partir de 29/4/95* passou-se a exigir por meio de formulário específico a comprovação da efetiva exposição ao agente nocivo perante o Instituto Nacional do Seguro Social.

A Medida Provisória nº 1.523 de 11/10/96, a qual foi convertida na Lei nº 9.528 de 10/12/97, ao incluir o § 1º ao art. 58 da Lei nº 8.213/91, dispôs sobre a necessidade da comprovação da efetiva sujeição do segurado a agentes nocivos à saúde do segurado por meio de laudo técnico, motivo pelo qual considerava necessária a apresentação de tal documento a partir de 11/10/96.

No entanto, a fim de não dificultar ainda mais o oferecimento da prestação jurisdicional, passei a adotar o posicionamento no sentido de exigir a apresentação de laudo técnico somente *a partir 6/3/97*, data da publicação do Decreto nº 2.172, de 5/3/97, que aprovou o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social. Nesse sentido, quadra mencionar os precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça: Incidente de Uniformização de Jurisprudência, Petição nº 9.194/PR, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, 1ª Seção, j. em 28/5/14, v.u., DJe 2/6/14; AgRg no AREsp. nº 228.590, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, j. em 18/3/14, v.u., DJe 1º/4/14; bem como o acórdão proferido pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais no julgamento do Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal nº 0024288-60.2004.4.03.6302, Relator para Acórdão Juiz Federal Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves, j. 14/2/14, DOU 14/2/14.

Por fim, observo que o art. 58 da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Medida Provisória nº 1.523 de 11/10/96, a qual foi convertida na Lei nº 9.528 de 10/12/97, em seu § 4º, instituiu o *Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP)*, sendo que, com a edição do Decreto nº 4.032/01, o qual alterou a redação dos §§ 2º e 6º e inseriu o § 8º ao art. 68 do Decreto nº 3048/99, passou-se a admitir o referido PPP para a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos. Ademais, verifico que, com o advento do Decreto nº 8.123/13, o referido artigo assim dispôs:

> *Art. 68*. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, considerados para fins de concessão de aposentadoria especial, consta do Anexo IV.
> (...)
> *§ 3º A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.*
> § 4º A presença no ambiente de trabalho, com possibilidade de exposição a ser apurada na forma dos §§ 2º e 3º, de agentes nocivos reconhecidamente cancerígenos em humanos, listados pelo Ministério do Trabalho e Emprego, será suficiente para a comprovação de efetiva exposição do trabalhador.
> § 5º No laudo técnico referido no § 3º, deverão constar informações sobre a existência de tecnologia de proteção coletiva ou individual, e de sua eficácia, e deverá ser elaborado com observância das normas editadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego e dos procedimentos estabelecidos pelo INSS.
> § 6º A empresa que não mantiver laudo técnico atualizado com referência aos agentes nocivos existentes no ambiente de trabalho de seus trabalhadores ou que emitir documento de comprovação de efetiva exposição em desacordo com o respectivo laudo estará sujeita às penalidades previstas na legislação.

> § 7º O INSS estabelecerá os procedimentos para fins de concessão de aposentadoria especial, podendo, se necessário, confirmar as informações contidas nos documentos mencionados nos § 2º e 3º.
> § 8º A empresa deverá elaborar e manter atualizado o perfil profissiográfico do trabalhador, contemplando as atividades desenvolvidas durante o período laboral, documento que a ele deverá ser fornecido, por cópia autêntica, no prazo de trinta dias da rescisão do seu contrato de trabalho, sob pena de sujeição às sanções previstas na legislação aplicável.
> *§ 9º Considera-se perfil profissiográfico, para os efeitos do § 8º, o documento com o histórico laboral do trabalhador, segundo modelo instituído pelo INSS, que, entre outras informações, deve conter o resultado das avaliações ambientais, o nome dos responsáveis pela monitoração biológica e das avaliações ambientais, os resultados de monitoração biológica e os dados administrativos correspondentes.*
> § 10. O trabalhador ou seu preposto terá acesso às informações prestadas pela empresa sobre o seu perfil profissiográfico, podendo inclusive solicitar a retificação de informações quando em desacordo com a realidade do ambiente de trabalho, conforme orientação estabelecida em ato do Ministro de Estado da Previdência Social.
> (...)

Devo salientar também que o laudo (ou PPP) não contemporâneo ao exercício das atividades não impede a comprovação de sua natureza especial, desde que não tenha havido alteração expressiva no ambiente de trabalho.

Ademais, se em data posterior ao trabalho realizado foi constatada a presença de agentes nocivos, é de bom senso imaginar que a sujeição dos trabalhadores à insalubridade não era menor à época do labor, haja vista os avanços tecnológicos e a evolução da segurança do trabalho que certamente sobrevieram com o passar do tempo.

Quadra ressaltar, por oportuno, que o PPP é o formulário padronizado, redigido e fornecido pela própria autarquia, sendo que no referido documento não consta campo específico indagando sobre a *habitualidade* e *permanência* da exposição do trabalhador ao agente nocivo, diferentemente do que ocorria nos anteriores formulários SB-40, DIRBEN 8030 ou DSS 8030, nos quais tal questionamento encontrava-se de forma expressa e com campo próprio para aposição da informação. Dessa forma, não me parece razoável que a deficiência contida no PPP possa prejudicar o segurado e deixar de reconhecer a especialidade da atividade à míngua de informação expressa com relação à habitualidade e permanência.

Vale ressaltar que o uso de equipamentos de proteção individual - *EPI não é suficiente para descaracterizar a especialidade da atividade*, a não ser que comprovada a real efetividade do aparelho na neutralização do agente nocivo, sendo que, em se tratando, especificamente, do agente ruído, não há, no momento, equipamento capaz de neutralizar a nocividade gerada pelo referido agente agressivo. Nesse sentido, quadra mencionar o julgamento realizado, em sessão de 4/12/14, pelo Plenário do C. Supremo Tribunal Federal, na *Repercussão Geral reconhecida no Recurso Extraordinário com Agravo nº 664.335/SC*, de Relatoria do E. Ministro Luiz Fux, no qual foram fixadas duas teses, *in verbis*:

> *1ª tese*: "o direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo à sua saúde, de modo que, se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial. A Administração poderá, no exercício da fiscalização, aferir as informações prestadas pela empresa, sem prejuízo do inafastável judicial review. *Em caso de divergência ou dúvida sobre a real eficácia do Equipamento de Proteção Individual, a premissa a nortear a Administração e o Judiciário é pelo reconhecimento do direito ao benefício da aposentadoria especial. Isto porque o uso de EPI,*

no caso concreto, pode não se afigurar suficiente para descaracterizar completamente a relação nociva a que o empregado se submete."
2ª tese: "na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual - EPI, *não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria*." (grifos meus)

Observo, ainda, que a informação registrada pelo empregador no Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) sobre a eficácia do EPI não tem o condão de descaracterizar a sujeição do segurado aos agentes nocivos. Conforme tratado na decisão proferida pelo C. STF na Repercussão Geral acima mencionada, a legislação previdenciária criou, com relação à aposentadoria especial, uma sistemática na qual é colocado a cargo do empregador o dever de elaborar laudo técnico voltado a determinar os fatores de risco existentes no ambiente de trabalho, ficando o Ministério da Previdência Social responsável por fiscalizar a regularidade do referido laudo. Ao mesmo tempo, autoriza-se que o empregador obtenha benefício tributário caso apresente simples declaração no sentido de que existiu o fornecimento de EPI eficaz ao empregado.

Notório que o sistema criado pela legislação é falho e incapaz de promover a real comprovação de que o empregado esteve, de fato, absolutamente protegido contra o fator de risco. A respeito, é precisa a observação do E. Ministro Luís Roberto Barroso, ao sustentar que "considerar que a declaração, por parte do empregador, acerca do fornecimento de EPI eficaz consiste em condição suficiente para afastar a aposentadoria especial, e, como será desenvolvido adiante, para obter relevante isenção tributária, cria incentivos econômicos contrários ao cumprimento dessas normas" (Normas Regulamentadoras relacionadas à Segurança do Trabalho).

Exata, ainda, a manifestação do E. Ministro Marco Aurélio, ao invocar o *princípio da primazia da realidade*, segundo o qual uma verdade formal não pode se sobrepor aos fatos que realmente ocorrem - sobretudo em hipótese na qual a declaração formal é prestada com objetivos econômicos.

Logo, se a legislação previdenciária cria situação que resulta, na prática, na inexistência de dados confiáveis sobre a eficácia ou não do EPI, não se pode impor ao segurado - que não concorre para a elaboração do laudo, nem para sua fiscalização - o dever de fazer prova da ineficácia do equipamento de proteção que lhe foi fornecido. Caberá, portanto, ao INSS o ônus de provar que o trabalhador foi totalmente protegido contra a situação de risco, pois não se pode impor ao empregado - que labora em condições nocivas à sua saúde - a obrigação de suportar individualmente os riscos inerentes à atividade produtiva perigosa, cujos benefícios são compartilhados por toda a sociedade.

Ressalto, adicionalmente, que a Corte Suprema, ao apreciar a Repercussão Geral acima mencionada, afastou a alegação, suscitada pelo INSS, de ausência de *prévia fonte de custeio* para o direito à aposentadoria especial. O E. Relator, em seu voto, deixou bem explicitada a regra que se deve adotar ao afirmar: "Destarte, não há ofensa ao princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, pois existe a previsão na própria sistemática da aposentadoria especial da figura do incentivo (art. 22, II e § 3º, Lei nº 8.212/91), que, por si só, não consubstancia a concessão do benefício sem a correspondente fonte de custeio (art. 195, § 5º, CRFB/88). Corroborando o supra esposado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considera que o art. 195, § 5º, da CRFB/88, contém norma dirigida ao legislador ordinário, disposição inexigível quando se tratar de benefício criado diretamente pela própria constituição".

Cumpre destacar que o período em que houve o recebimento de auxílio doença previdenciário não pode ser reconhecido como especial, tendo em vista que, conforme o parágrafo

único do art. 65 do Decreto nº 3.048/99, apenas o recebimento de auxílio doença acidentário não descaracteriza a especialidade da atividade.

Quanto à *aposentadoria especial*, em atenção ao princípio *tempus regit actum*, o benefício deve ser disciplinado pela lei vigente à época em que implementados os requisitos para a sua concessão, sendo que, *in casu*, devem ser observadas as disposições do art. 57 da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9032/95:

> Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.
> § 1º A aposentadoria especial , observado o disposto no art. 33 desta Lei, consistirá numa renda mensal equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício.
> § 2º A data de início do benefício será fixada da mesma forma que a da aposentadoria por idade, conforme o disposto no art. 49.
> § 3º A concessão da aposentadoria especial dependerá de comprovação pelo segurado, perante o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado.
> § 4º O segurado deverá comprovar, além do tempo de trabalho, exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício.
> § 5º O tempo de trabalho exercido sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, segundo critérios estabelecidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, para efeito de concessão de qualquer benefício.
> § 6º O benefício previsto neste artigo será financiado com os recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente.
> § 7º O acréscimo de que trata o parágrafo anterior incide exclusivamente sobre a remuneração do segurado sujeito às condições especiais referidas no *caput*.
> § 8º Aplica-se o disposto no art. 46 ao segurado aposentado nos termos deste artigo que continuar no exercício de atividade ou operação que o sujeite aos agentes nocivos constantes da relação referida no art. 58 desta Lei.

Cumpre ressaltar que, no cálculo do salário de benefício da aposentadoria especial, não há a incidência do fator previdenciário, tendo em vista o disposto no inc. II do art. 29 da Lei nº 8.213/91.

Passo à análise do caso concreto.

1) Período: 6/3/97 a 8/1/07.

Empresa: CTEEP- Companhia de Transmissão de Energia Elétrica Paulista.

Atividades/funções: técnico em eletricidade.

Agente(s) nocivo(s): tensão elétrica acima de 250 volts.

Enquadramento legal: Código 1.1.8 do Decreto nº 53.831/64.

Provas: Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP (fls. 31/34), datado de 8/1/07.

Conclusão: Não obstante constar do PPP a informação, na seção de registros ambientais,

no item 15, de que não se aplica a exposição a fatores de risco, bem como a indicação de profissional responsável pelos registros ambientais apenas para o período posterior a 1º/1/04, verifico constar do campo *"OBSERVAÇÕES"* as seguintes informações: "No período de 06/03/1997 a 31/12/2003 o empregado exerceu as atividades expostas a tensão elétrica acima de 250 volts. A partir de 01/01/2004 até 08/01/2007, o empregado, no exercício de suas atividades, ficou exposto a tensão elétrica acima de 250 volts. No período de 11/03/2004 a 13/09/2004 o empregado esteve afastado por motivo de auxílio doença enfermidade" (fls. 32 e 34). Nesse sentido, cumpre mencionar o julgamento dos processos nºs 0003861-69.2008.4.03.6183 e 0003632-75.2009.4.03.6183, de minha relatoria, nos quais foi reconhecido o caráter especial das atividades exercidas na CTEEP - Companhia de Transmissão de Energia Elétrica Paulista após 6/3/97, tendo em vista a exposição da parte autora ao agente tensão elétrica acima de 250 volts. Considerando o PPP apresentado nos mencionados processos, determinei a expedição de ofício à empregadora CTEEP - Companhia de Transmissão de Energia Elétrica Paulista, a fim de que fosse fornecido o nome do profissional responsável pelos registros ambientais no período de 6/3/97 a 31/12/03, bem como esclarecido o motivo da divergência entre a afirmação constante nas *"observações"* do PPP, no sentido de que a parte autora ficou exposta, de modo habitual e permanente não ocasional nem intermitente a tensão elétrica acima de 250 volts, e a informação, na seção de registros ambientais, de que não se aplica a exposição a fatores de risco. A empregadora acostou aos autos ofício e Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP atualizado, informando a exposição ao agente nocivo tensão elétrica superior a 250 volts a partir de 6/3/97. O INSS, por sua vez, tomou ciência da juntada dos referidos documentos. Assim, ficou constatado que as omissões e contradições havidas no PPP ocorreram por ato exclusivo da empregadora CTEEP. No que tange à ausência de indicação de profissional no que se refere ao interregno de 6/3/97 a 31/12/03, observo, ainda, que a mesma não pode prejudicar o empregado que trabalhou sob condições nocivas. Outrossim, se as condições do ambiente de trabalho tendem a se aprimorar com a evolução tecnológica e da segurança do trabalho, supõe-se que em tempos pretéritos a situação era mais prejudicial ou, quando menos, igual à constatada na data da realização da perícia. Dessa forma, ficou devidamente comprovado nos autos o exercício de atividade especial nos períodos de *6/3/97 a 10/3/04 e 14/9/04 a 8/1/07*, em decorrência da exposição, de forma habitual e permanente, ao agente nocivo acima mencionado. No entanto, não ficou comprovada a especialidade do labor no período em que o requerente recebeu o benefício de auxílio doença previdenciário (*11/3/04 a 13/9/04*), uma vez que, conforme anteriormente mencionado, apenas o recebimento de auxílio doença acidentário não descaracteriza a especialidade da atividade.

Em se tratando do agente nocivo *tensão elétrica*, impende salientar que a atividade de eletricitário, exposto a tensão superior a 250 volts, estava prevista no quadro anexo do Decreto nº 53.831, de 25/3/64. Embora a eletricidade tenha deixado de constar dos Decretos nºs. 83.080/79 e 2.172/97, a Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, em 14/11/12, no julgamento do *Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.306.113-SC (2012/0035798-8)*, de relatoria do E. Ministro Herman Benjamin, entendeu ser possível o reconhecimento como especial do trabalho exercido com exposição ao referido agente nocivo mesmo após a vigência dos mencionados Decretos, tendo em vista que "as normas regulamentadoras que estabelecem os casos de agentes e atividades nocivos à saúde do trabalhador são exemplificativas, podendo ser tido como distinto o labor que a técnica médica e a legislação correlata considerarem como prejudiciais ao obreiro, desde que o trabalho seja permanente, não ocasional, nem intermitente, em condições especiais (art. 57, § 3º, da Lei 8.213/1991)."

Dessa forma, somando-se os períodos especiais reconhecidos nos presentes autos (*6/3/97*

a 10/3/04 e 14/9/04 a 8/1/07) com o período já declarado como especial administrativamente pelo INSS (10/3/78 a 5/3/97 - fls. 39), perfaz o autor o total de *28 anos, 3 meses e 26 dias* de atividade especial, motivo pelo qual *faz jus à concessão da aposentadoria especial*.

O termo inicial da aposentadoria especial deve ser fixado na data do pedido na esfera administrativa (16/2/07 - fls. 20), nos termos do art. 57, § 2º c/c art. 49, da Lei nº 8.213/91.

A correção monetária deve incidir desde a data do vencimento de cada prestação e os juros moratórios a partir da citação, momento da constituição do réu em mora.

Com relação aos *índices de atualização monetária e taxa de juros* - não obstante o meu posicionamento de que a referida matéria deveria ser discutida na fase da execução do julgado, tendo em vista a existência da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947 a ser apreciada pelo C. Supremo Tribunal Federal -, passei a adotar o entendimento da 8ª Turma desta Corte, a fim de que seja observado o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal que estiver em vigor no momento da execução do julgado.

Com relação aos honorários advocatícios, nos exatos termos do art. 20 do CPC/73:

> A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.
> § 1º - O juiz, ao decidir qualquer incidente ou recurso, condenará nas despesas o vencido.
> § 2º - As despesas abrangem não só as custas dos atos do processo, como também a indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico.
> § 3º - Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos: a) o grau de zelo profissional; b) o lugar de prestação do serviço; c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.
> § 4º - Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

Assim raciocinando, a verba honorária fixada, no presente caso, à razão de 10% sobre o valor da condenação remunera condignamente o serviço profissional prestado.

No que se refere à sua base de cálculo, devem ser levadas em conta apenas as parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, nos termos da Súmula nº 111, do C. STJ.

Considerando que a sentença tornou-se pública, ainda, sob a égide do CPC/73, entendo não ser possível a aplicação do art. 85 do novo Estatuto Processual Civil, sob pena de afronta ao princípio da segurança jurídica, consoante autorizada doutrina a respeito da matéria e Enunciado nº 7 do C. STJ: "Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016 será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do NCPC."

Ante o exposto, de ofício, restrinjo a R. sentença aos limites do pedido, nos termos da fundamentação acima indicada e dou parcial provimento à remessa oficial para excluir o reconhecimento do caráter especial das atividades exercidas no período de 11/3/04 a 13/9/04, bem como fixar a correção monetária, juros de mora e honorários advocatícios na forma acima mencionada.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0000262-92.2009.4.03.6117
(2009.61.17.000262-0)

Apelante: ISABEL CRISTINA FANTON GERMIN
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JAÚ - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO
Classe do Processo: AC 1437051
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/08/2017

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. ARTIGOS 74 A 79 E 55, § 3º. LEI Nº 8.213/91. LABOR RURAL. NÃO COMPROVAÇÃO. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR DESCARACTERIZADO. PROPRIETÁRIO. CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. AGRICULTOR VOLTADO AO COMÉRCIO. AGRONEGÓCIO. OBRIGAÇÃO DE RECOLHER CONTRIBUIÇÕES. ARTIGO 11, V "*a*" DA LEI Nº 8.213/91. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA NÃO PROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.
1 - A pensão por morte é regida pela legislação vigente à época do óbito do segurado, por força do princípio *tempus regit actum,* encontrando-se regulamentada nos arts. 74 a 79 da Lei nº 8.213/91. Trata-se de benefício previdenciário devido aos dependentes do segurado falecido, aposentado ou não.
2 - O benefício independe de carência, sendo percuciente para sua concessão: a) a ocorrência do evento morte; b) a comprovação da condição de dependente do postulante; e c) a manutenção da qualidade de segurado quando do óbito, salvo na hipótese de o *de cujus* ter preenchido em vida os requisitos necessários ao deferimento de qualquer uma das aposentadorias previstas no Regime Geral de Previdência Social - RGPS.
3 - O evento morte restou comprovado com a certidão de óbito de fl.13, na qual consta o falecimento do Sr. Nelson Germin em 27/06/2007.
4 - A celeuma cinge-se à condição do falecido de segurado na qualidade de trabalhador rural.
5 - Quanto ao reconhecimento da atividade rural exercida em regime de economia familiar, o segurado especial é conceituado na Lei nº 8.213/91 em seu artigo 11, inciso VII.
6 - É pacifico o entendimento no sentido de ser dispensável o recolhimento das contribuições para fins de obtenção de benefício previdenciário, desde que a atividade rural tenha se desenvolvido antes da vigência da Lei nº 8.213/91.
7 - Para o reconhecimento do labor rural mister início de prova material, a ser corroborada por prova testemunhal. As pretensas provas materiais juntadas aos autos, a respeito do labor no campo do autor, são: a) Certidão de óbito, ocorrido em 27/06/2007, em que consta a profissão do falecido como agricultor, datada de 29/06/2007 (fl. 13); b) Cópia da Escritura de Registro de Imóvel referente à Gleba L - Fazenda Santo Expedito, matrícula 11.356, de atribuição de condomínio em favor do falecido e sua esposa, (fls.11/12), datada de 27/01/1997; c) Cópia da Escritura de Registro de Imóveis referente à Gleba E - Fazenda Santo Expedido, Matrícula 11.351, localizado em Bariri/SP no Bairro dos Alves, com área total de 129.209,57 metros quadrados (que pôs fim

ao condomínio anterior cuja matrícula era 11.356, por divisão amigável) em que o falecido figura como condômino/proprietário e como agricultor - fl. 12 e 37/37-verso), datada de 27/01/1997; d) Cópia da escritura de Venda e Compra, relativa a um lote de terras, localizado em Bariri/SP à avenida General Osório, totalizando 184,10 metros quadrados em que o falecido figura como outorgado, qualificado como lavrador (fls. 17/31) datada de 29/12/1981; e) Cópia da Escritura de Registro de Imóveis referente à Gleba 2-B, localizado em Bariri/SP no Bairro dos Alves, com área total de 129.209,57 metros quadrados em que o falecido figura como proprietário e qualificado como agricultor, datada de 27 de setembro de 2000, (fl. 22); f) Imposto Sobre a Propriedade Territorial Rural e Recibo de Entrega da Declaração e as respectivas DARFs referentes aos exercícios de 2002, 2003, 2004, 2005, 2006 e 2007, em que figuram como contribuinte o falecido, relativo ao Sítio São Lucas (fls. 14/16 e 23/36); g) Cópia a Escritura de Registro de Imóveis referente à Gleba G - Fazenda São Judas Tadeu, matrícula 11.363, localizado em Bariri/SP no Bairro dos Alves e Paina, com área total de 5,7011 alqueires ou 13,79,6627 has em que o falecido figura como proprietário e qualificado como agricultor, (fl. 39/39-verso), datada de 27/01/1997; h) Cópia a Escritura de Registro de Imóveis referente à Gleba A - Fazenda São Judas Tadeu, matrícula 11.350, localizado em Bariri/SP no Bairro do Sapé e Paina, com área total de 24,2989 alqueires ou 58,80,3373 has em que o falecido figura como proprietário e qualificado como agricultor, (fl. 40 e 41/41-verso), datadas de 27/01/1997; i) Imposto Sobre a Propriedade Territorial Rural/Recibo de Entrega da Declaração referente ao exercício de 2006, relativo à Fazenda São Judas Tadeus (fl. 38); j) Certidão de nascimentos dos filhos, em que a ocupação declarada pelo genitor foi a de agricultor, datadas, respectivamente de 25/03/1985, 25/03/1983, 09/06/1980, (fls. 42/44); e k) Certidão de Casamento, em que a ocupação declaração pelo *de cujus* foi a de agricultor, datada de 25/07/1980.

8 - Por outro lado, todas as testemunhas ouvidas na mídia digital, (fl. 78), relatam que o falecido morava na cidade e trabalhava sozinho no sítio, e a ora autora sempre foi professora, o que descaracteriza o regime de economia familiar.

9 - As provas materiais, portanto, não foram corroboradas pelas testemunhas ouvidas em juízo, que esclareceram que o falecido e sua família não residiam na zona rural ou desenvolvia atividade agropecuária em regime de economia familiar. Ao contrário, foi ainda informado que ele sempre trabalhou com a cultura de milho, café, feijão e nos dois últimos anos era fornecedor de cana para usina, muito raramente necessitando de ajuda de terceiros.

10 - Não se ouvida que na redação anterior do artigo 11, inciso V, "a" da Lei nº 8.213/91, havia a possibilidade de enquadramento como especial daqueles que exercessem suas atividades individualmente, no entanto, o autor não se enquadra nesta hipótese e, tampouco pode ser considerado empregado rural porque além de ser dono das terras e da empresa rural, trabalhava no campo, mas morava na cidade.

11 - O que se nota é que o falecido, proprietário de várias glebas rurais, (fls. 11/41-verso), qualificado durante toda sua vida como agricultor, se enquadra como contribuinte individual, nos termos do artigo 11, V *"a",* eis que explorava comercialmente a atividade agrícola e tinha o dever, como segurado obrigatório, de recolher as contribuições, dado também sua boa situação financeira (fls. 23/38).

12 - O autor não juntou Declaração de Imposto de Renda, a fim de que fosse verificada a real situação dos imóveis e rendas. Foram juntados somente os ITRs do Sítio São

Lucas, referentes aos períodos entre 2003/2007. Com relação à Fazenda Santo Expedito, nada foi trazido e quanto à Fazenda São Judas Tadeu, somente o ITR referente ao exercício de 2006.
13 - É possível concluir, pela dilação probatória, mormente pelos relatos testemunhais, com fundamento nas máximas de experiência, conforme disciplina o artigo 375 do Código de Processo Civil que o falecido não era empregado rural, nem segurado especial, ou tampouco vivia da agricultura de subsistência, desta que tem como principal característica a produção de alimentos para garantir a sobrevivência do agricultor, da sua família e da comunidade em que está inserido. Note-se que sua esposa, pessoa culta e bem articulada (mídia digital de fl. 78), sempre exerceu o labor de professora, desde antes do casamento até os dias atuais, conforme informações colhidas em seu depoimento e em pesquisa ao Cadastro Único de Informações Sociais.
14 - Antes, pelo contrário, o falecido, caracterizado como dono da terra e da empresa rural, nos últimos anos, conforme relato da própria esposa: "começou a plantar cana e era fornecedor e não arrendatário, que nos últimos anos, plantava e fornecia para usina", o que denota que estava voltado mais para o comércio e indústria.
15 - Registre-se, ainda, que a autora, o falecido e a família, nunca residiram no sítio, pois conforme seu relato: "pra casar fizeram uma casinha na cidade e ele continuou trabalhando no sítio do pai dele e quando o pai faleceu ficou com uma parte, e que sempre comercializaram a produção agrícola", o que reforça a ideia de que, se o *de cujus* vivia da produção agrícola, era voltado exclusivamente ao comércio, ao agronegócio, não servindo como meio indispensável à subsistência de seu grupo familiar.
16 - Apelação da parte autora não provida. Sentença mantida com acréscimo de fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação da parte autora, mantendo íntegra a r. sentença de 1º grau, com acréscimo de fundamentos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de agosto de 2017.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelação interposta por ISABEL CRISTINA FANTON GERMIN, em ação ajuizada em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando a concessão do benefício previdenciário da pensão por morte.

A r. sentença de fls. 75/76, julgou improcedente o pedido inicial. Sem condenação em custas processuais e em honorários, em razão da autora ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Em razões recursais de fls. 82/93, a parte autora postula pela reforma da sentença e, consequentemente, a concessão do benefício previdenciário da pensão por morte, ao funda-

mento de ter comprovado a condição do falecido de segurado rural.

Intimada, a autarquia apresentou contrarrazões às fls. 97/108.

Devidamente processado o recurso, foram os autos remetidos a este Tribunal Regional Federal.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

VOTO

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

A pensão por morte é regida pela legislação vigente à época do óbito do segurado, por força do princípio *tempus regit actum,* encontrando-se regulamentada nos arts. 74 a 79 da Lei nº 8.213/91. Trata-se de benefício previdenciário devido aos dependentes do segurado falecido, aposentado ou não.

O benefício independe de carência, sendo percuciente para sua concessão: a) a ocorrência do evento morte; b) a comprovação da condição de dependente do postulante; e c) a manutenção da qualidade de segurado quando do óbito, salvo na hipótese de o *de cujus* ter preenchido em vida os requisitos necessários ao deferimento de qualquer uma das aposentadorias previstas no Regime Geral de Previdência Social - RGPS.

O evento morte restou comprovado com a certidão de óbito de fl.13, na qual consta o falecimento do Sr. Nelson Germin em 27/06/2007.

A celeuma cinge-se à condição do falecido de segurado na qualidade de trabalhador rural.

Quanto ao reconhecimento da atividade rural exercida em regime de economia familiar, o segurado especial é conceituado na Lei nº 8.213/91 em seu artigo 11, inciso VII, nos seguintes termos:

> Art. 11. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:
> (*omissis*)
> VII - como segurado especial: o produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais, o garimpeiro, o pescador artesanal e o assemelhado, que exerçam suas atividades, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, bem como seus respectivos cônjuges ou companheiros e filhos maiores de 14 (quatorze) anos ou a eles equiparados, desde que trabalhem, comprovadamente, com o grupo familiar respectivo.
> §1º - Entende-se como regime de economia familiar a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados permanentes.

É pacifico o entendimento no sentido de ser dispensável o recolhimento das contribuições para fins de obtenção de benefício previdenciário, desde que a atividade rural tenha se desenvolvido antes da vigência da Lei nº 8.213/91, como se pode observar nos seguintes precedentes:

> PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. CÔMPUTO DE TEMPO RURAL ANTERIOR À LEI 8.213/1991. DESNECESSIDADE DE RECOLHIMENTO DO TRIBUTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS PARA SANAR OMISSÃO SEM EFEITO MODIFICATIVO.

(...)
2. No presente caso, impõe-se sanar omissão para asseverar que a jurisprudência do STJ possui entendimento no sentido de que é dispensável o recolhimento de contribuições previdenciárias, para fins de reconhecimento de tempo de serviço rural, quanto ao labor exercido antes da Lei 8.213/1991.(...)
(EDcl no AgRg no REsp 1537424/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 05/11/2015).

AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. ARTIGO 485, V, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 55, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. OCORRÊNCIA. SEGURADA VINCULADA AO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL-RGPS. TEMPO DE SERVIÇO RURAL. APOSENTADORIA. CONTRIBUIÇÕES. DESNECESSIDADE. ANTES DA VIGÊNCIA DA REFERIDA LEI. PRECEDENTES. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.
1. A autora sempre esteve vinculada ao Regime Geral de Previdência Social.
2. Não é exigível o recolhimento das contribuições previdenciárias, relativas ao tempo de serviço prestado como trabalhador rural, antes da vigência da Lei nº 8.213/91, para fins de aposentadoria urbana pelo Regime Geral de Previdência Social. Precedentes da Terceira Seção. Ação rescisória procedente.
(AR 3.650/RS, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/11/2015, DJe 04/12/2015 - grifos nossos).

APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO RURAL ANTERIOR A PROVA DOCUMENTAL.
1. O tempo de serviço do segurado trabalhador rural exercido antes da data de início de vigência da Lei nº 8.213/1991, é de ser computado e averbado, independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes, mas não se presta para efeito de carência.
(...)
(AC nº 0029462-51.2003.4.03.9999, 7ª Turma, Rel. Des. Fed. Fausto de Sanctis, j. 30/11/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/12/2015).

Para o reconhecimento do labor rural mister início de prova material, a ser corroborada por prova testemunhal.

As pretensas provas materiais juntadas aos autos, a respeito do labor no campo do autor, são:

a) Certidão de óbito, ocorrido em 27/06/2007, em que consta a profissão do falecido como agricultor, datada de 29/06/2007 (fl. 13);

b) Cópia da Escritura de Registro de Imóvel referente à Gleba L - Fazenda Santo Expedito, matrícula 11.356, de atribuição de condomínio em favor do falecido e sua esposa, (fls.11/12), datada de 27/01/1997;

c) Cópia da Escritura de Registro de Imóveis referente à Gleba E - Fazenda Santo Expedido, Matrícula 11.351, localizado em Bariri/SP no Bairro dos Alves, com área total de 129.209,57 metros quadrados (que pôs fim ao condomínio anterior cuja matrícula era 11.356, por divisão amigável) em que o falecido figura como condômino/proprietário e como agricultor - fl. 12 e 37/37-verso), datada de 27/01/1997;

d) Cópia da escritura de Venda e Compra, relativa a um lote de terras, localizado em Bariri/SP à Avenida General Osório, totalizando 184,10 metros quadrados em que o falecido figura como outorgado, qualificado como lavrador (fls. 17/31) datada de 29/12/1981;

e) Cópia da Escritura de Registro de Imóveis referente à Gleba 2-B, localizado em Bariri/

SP no Bairro dos Alves, com área total de 129.209,57 metros quadrados em que o falecido figura como proprietário e qualificado como agricultor, datada de 27 de setembro de 2000, (fl. 22);

f) Imposto Sobre a Propriedade Territorial Rural e Recibo de Entrega da Declaração e as respectivas DARFs referentes aos exercícios de 2002, 2003, 2004, 2005, 2006 e 2007, em que figuram como contribuinte o falecido, relativo ao Sítio São Lucas (fls. 14/16 e 23/36);

g) Cópia a Escritura de Registro de Imóveis referente à Gleba G - Fazenda São Judas Tadeu, matrícula 11.363, localizado em Bariri/SP no Bairro dos Alves e Paina, com área total de 5,7011 alqueires ou 13,79,6627 has em que o falecido figura como proprietário e qualificado como agricultor, (fl. 39/39-verso), datada de 27/01/1997;

h) Cópia a Escritura de Registro de Imóveis referente à Gleba A - Fazenda São Judas Tadeu, matrícula 11.350, localizado em Bariri/SP no Bairro do Sapé e Paina, com área total de 24,2989 alqueires ou 58,80,3373 has em que o falecido figura como proprietário e qualificado como agricultor, (fl. 40 e 41/41-verso), datadas de 27/01/1997;

i) Imposto Sobre a Propriedade Territorial Rural/Recibo de Entrega da Declaração do ITR, referente ao exercício de 2006, relativo à Fazenda São Judas Tadeus (fl. 38);

j) Certidão de nascimentos dos filhos, em que a ocupação declarada pelo genitor foi a de agricultor, datadas, respectivamente de 25/03/1985, 25/03/1983, 09/06/1980, (fls. 42/44); e

k) Certidão de Casamento, em que a ocupação declaração pelo *de cujus* foi a de agricultor, datada de 25/07/1980.

Por outro lado, todas as testemunhas ouvidas na mídia digital, (fl. 78), relatam que o falecido morava na cidade e trabalhava sozinho no sítio, e a ora autora sempre foi professora, o que descaracteriza o regime de economia familiar.

A autora mencionou que: "(...) desde o início do casamento o marido trabalhava no sítio, na cultura do milho, café, feijão. Mas ela sempre exerceu a função de professora e nunca trabalhou no sítio. Retiravam a quantia para consumo e o resto era comercializado. Nos últimos anos antes do falecimento, ele começou a plantar cana e era fornecedor e não arrendatário. Sempre trabalhou sozinho e quando precisava contratava um diarista. Não tinha outra profissão."

A segunda testemunha, Sr. Adalmir José Maria Felippe, afirmou que: "o autor sempre trabalhou no sítio da família, mas a família, inclusive o falecido, moravam na cidade. No final da vida dele trabalhava no cultivo de cana e sempre trabalhou sozinho. Para cortar a cana a usina cortava".

Sr. José João Saltareli afirmou que: "(...) conhecia o falecido há mais de 20 anos. O depoente trabalhava com sal mineral, veneno, implemento agrícola e dava assistência no sítio do falecido. No sítio não havia empregados e nem filhos trabalhando. O falecido morava na cidade mas sempre trabalhou no sítio."

A testemunha Luciana Cristina Facin, afirmou: "(...) o falecido sempre trabalhou sozinho no sítio. Sabe disso pelos relatos dele, no final de semana, quando visitava a família na cidade, não conhece o sítio pessoalmente."

As provas materiais, portanto, não foram corroboradas pelas testemunhas ouvidas em juízo, que esclareceram que o falecido e sua família não residiam na zona rural ou desenvolvia atividade agropecuária em regime de economia familiar. Ao contrário, foi ainda informado que ele sempre trabalhou com a cultura de milho, café, feijão e nos dois últimos anos era fornecedor de cana para usina, muito raramente necessitando de ajuda de terceiros.

Não se ouvida que na redação anterior do artigo 11, inciso V, "a" da Lei nº 8.213/91, havia a possibilidade de enquadramento como especial daqueles que exercessem suas atividades

individualmente, no entanto, o autor não se enquadra nesta hipótese e, tampouco pode ser considerado empregado rural porque além de ser dono das terras e da empresa rural, trabalhava no campo, mas morava na cidade.

Alie-se como elemento de convicção o fato de o falecido e sua esposa, ora autora da presente ação, serem proprietários de 05 (cinco) imóveis rurais, fora o imóvel de domicílio, assim especificados:

- 12,50% da Fazenda Santo Expedito - Gleba L, de praticamente 10 há (matrícula 11.356) - fl. 11-verso;

- 12,50% de outro imóvel - Gleba E, com metragem não identificada, nº de matrícula 11.351, com escritura pública lavrada na mesma data do imóvel anterior (27/12/1996), com área de reserva florestal obrigatória de quase 15 há, quase 90 há de área total, fls. 12 e 37;

- 100% do Sítio São Lucas - Gleba 2B, com 12,9 ha, matrícula nº 13.232, fl. 22;

- 12,5% da Fazenda São Judas Tadeu - Gleba G, com 13,79 há, matrícula nº 11.363, fl. 39;

- 12,5% da Fazenda São Judas Tadeu - Gleba A, matrícula nº11.350, com 58,80ha

Outrossim, não foram juntados ao autos as declarações de Imposto de Renda, somente os recibos de entrega do ITR do Sítio São Lucas, referentes aos períodos entre 2003/2007. Com relação à Fazenda Santo Expedito, nada foi trazido e quanto à Fazenda São Judas Tadeu, somente o Recibo de entrega do ITR referente ao exercício de 2006.

O que se nota é que o falecido, proprietário de várias glebas rurais, (fls. 11/41-verso), qualificado durante toda sua vida como agricultor, se enquadra como contribuinte individual, nos termos do artigo 11, V *"a",* eis que explorava comercialmente a atividade agrícola e tinha o dever, como segurado obrigatório, de recolher as contribuições, dado também sua boa situação financeira (fls. 23/38), *verbis*:

> Art. 11. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:
> V - como contribuinte individual:
> a) a pessoa física, proprietária ou não, *que explora atividade agropecuária* ou pesqueira, em caráter permanente ou temporário, *diretamente* ou por intermédio de prepostos e com o auxílio de empregados, utilizados a qualquer título, ainda que de forma não contínua (redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99).

Por fim, há contribuições do *de cujus* na condição de contribuinte autônomo entre 1987 e 1995 e, após seu falecimento, em 06/11/2006, houve criação de Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ, em seu nome, o que gerou um único período de contribuição na condição de "segurado especial", efetuado "*post mortem*", evidentemente no sentido de criar falsa situação, conforme dados obtidos no Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, ora juntados ao presente voto.

É possível concluir, pela dilação probatória, mormente pelos relatos testemunhais, com fundamento nas máximas de experiência, conforme disciplina o artigo 375 do Código de Processo Civil que o falecido não era empregado rural, nem segurado especial, ou tampouco vivia da agricultura de subsistência, desta que tem como principal característica a produção de alimentos para garantir a sobrevivência do agricultor, da sua família e da comunidade em que está inserido. Note-se que sua esposa, pessoa culta e bem articulada (mídia digital de fl. 78), sempre exerceu o labor de professora, desde antes do casamento até os dias atuais, conforme informações colhidas em seu depoimento e em pesquisa ao CNIS, também juntada ao presente voto.

Antes, pelo contrário, o falecido, caracterizado como dono da terra e da empresa rural, nos últimos anos, conforme relato da própria esposa: "começou a plantar cana e era fornecedor e não arrendatário, que nos últimos anos, plantava e fornecia para usina", o que denota que estava voltado mais para o comércio e indústria.

Registro, ainda, que a autora, o falecido e a família, nunca residiram no sítio, pois conforme seu relato: "pra casar fizeram uma casinha na cidade e ele continuou trabalhando no sítio do pai dele e quando o pai faleceu ficou com uma parte, e que sempre comercializaram a produção agrícola", o que reforça a ideia de que, se o de cujus vivia da produção agrícola, era voltado exclusivamente ao comércio, ao agronegócio, não servindo como meio indispensável à subsistência de seu grupo familiar.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de apelação do autor e com acréscimo de fundamentos, mantenho íntegra a r. sentença de primeiro grau.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0016096-32.2009.4.03.9999
(2009.03.99.016096-9)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: JOSÉ ANTÔNIO MARTUCCI E IRENE LONGATTO MARTUCCI
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE MOGI MIRIM - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS
Classe do Processo: AC 1420899
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/07/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. AUSÊNCIA DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. AUTORES TRABALHADORES RURAIS. BENEFÍCIOS DEFERIDOS ADMINISTRATIVAMENTE NO CURSO DA AÇÃO. CONTESTAÇÃO DO MÉRITO. PRETENSÃO RESISTIDA. BENEFÍCIOS DEVIDOS DESDE A CITAÇÃO.
- Embora a jurisprudência tenha recentemente se firmado no sentido de que é necessária a prévia postulação administrativa de benefícios previdenciários, sob pena de indevida sobrecarga do Poder Judiciário, que não pode ser substituto da Administração, entendo que o interesse de agir do segurado exsurge, conquanto não tenha formulado o pedido na seara administrativa, no momento em que o INSS oferece contestação resistindo à pretensão deduzida e, como corolário lógico, caracterizando o conflito de interesses e instaurando a lide.
- Conquanto deferidos os benefícios no curso da ação, após a provocação administrativa, o termo inicial deve ser fixado na data da citação.
- Apelação do INSS improvida.
- Sentença de procedência mantida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 10 de julho de 2017.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

Cuida-se de ação proposta em 17/05/2006 por José Antônio Martucci e Irene Longatto Martucci, em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com vistas à concessão, a cada qual, do benefício de aposentadoria por idade rural.

Citação da autarquia em 28/06/2006 (fl. 26).

Decisão de fl. 57/58 determinando a suspensão do feito por 60 dias, para fins de formulação de requerimento, pelos autores, na via administrativa.

Noticiada a implantação administrativa dos benefícios postulados (fls. 77/79), foi prolatada sentença, em 25/11/2008, que julgou extinto o processo sem exame de mérito, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil e, reconhecendo que os autores deram causa, indevidamente, à ação judicial, condenou-os nos ônus da sucumbência, observado o disposto na Lei nº 1.060/50 (fls. 85/87).

Os autores apelaram e a decisão de fls. 108/109 anulou a r. sentença de fls. 85/87 e determinou a remessa dos autos à origem para regular prosseguimento.

Processado o feito e ouvidas as testemunhas, sobreveio a sentença de fls. 191/197, que julgou procedente o feito e condenou o réu a conceder o benefício de aposentadoria por idade aos autores a partir da data da citação, com pagamento dos valores devidos dessa data até o dia anterior à concessão do referido benefício na esfera administrativa (30/05/2008 para o autor e 14/05/2008 para a autora). Correção monetária e juros da mora na forma estabelecida no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pelo art. 5º da Lei nº 11.960/09. Custas e despesas, exceto taxa judiciária, a cargo do réu. Honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre as prestações vencidas até a sentença, nos termos da Súmula 111 do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Apela o INSS (fls. 201/208). Aponta ausência de interesse de agir em virtude da ausência de provocação na via administrativa e busca a integral reforma da r. sentença.

Com contrarrazões, subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

É o relatório.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

A controvérsia instaurada nos presentes autos envolve unicamente as parcelas do benefício de aposentadoria por idade devidas aos autores entre a data da citação (17/05/2006) e a data do deferimento em sede administrativa (15/05/2008 e 01/06/2008).

Embora a jurisprudência tenha recentemente se firmado no sentido de que é necessária a prévia postulação administrativa de benefícios previdenciários, sob pena de indevida sobrecarga do Poder Judiciário, que não pode ser substituto da Administração, entendo que o interesse de agir do segurado exsurge, conquanto não tenha formulado o pedido na seara administrativa, no momento em que o INSS oferece contestação resistindo, no mérito, à pretensão deduzida e, como corolário lógico, caracterizando o conflito de interesses e instaurando a lide.

Outro não é o entendimento de expressiva parte da jurisprudência, sendo oportuno trazer à colação lapidar julgado proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que porta a seguinte ementa:

> PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADOR RURAL. PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL. CERTIDÃO DE CASAMENTO. REQUISITOS. COMPROVAÇÃO. FALTA DE INTERESSE. INEXISTÊNCIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS.

(...)
5. A alegada falta de interesse de agir não deve prosperar, uma vez que a jurisprudência da Turma tem acolhido o entendimento de que a contestação do mérito do pedido caracteriza pretensão resistida e afasta a necessidade de prévio requerimento administrativo.
(...)
9. Preliminar rejeitada.
10. Apelação do INSS improvida.
11. Remessa oficial tida por interposta provida, em parte.
(TRF1 - AC nº 2001.38.00.043925-5/MG - 2ª Turma - Rel. Des. Fed. Catão Alves - DJ 05/08/2004 - p. 13).

Esta Corte, a seu turno, assim decidiu:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO: QUESTÃO DE MÉRITO. PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO NÃO CONHECIDA. JULGAMENTO DA AÇÃO POR JUÍZO ESTADUAL DE COMARCA NÃO SEDE DA JUSTIÇA FEDERAL: COMPETÊNCIA FEDERAL DELEGADA. PRÉVIO EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA: DESNECESSIDADE. CONTESTAÇÃO DO INSS: PRETENSÃO RESISTIDA CARACTERIZADA. PRELIMINAR ES REJEITADAS. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REQUISITOS: PREENCHIMENTO. INCAPACIDADE TOTAL, PERMANENTE E INSUSCETÍVEL DE REABILITAÇÃO ATESTADA POR LAUDO PERICIAL. PARECER DE ASSISTENTE TÉCNICO: PROVA PRECLUSA. PERÍODO DE CARÊNCIA CUMPRIDO. QUALIDADE DE SEGURADO MANTIDA: INTERRUPÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS INVOLUNTÁRIA. EM VIRTUDE DE AGRAVAMENTO DE DOENÇA. BENEFÍCIO MANTIDO. TERMO INICIAL E JUROS. CUSTAS PROCESSUAIS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: IMPOSSIBILIDADE DE ISENÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. ACOLHIDO PLEITO DE TUTELA JURISDICIONAL ANTECIPADA.
(...)
IV - Tem-se por remediada a falta de interesse de agir do autor, à míngua de requerimento administrativo do benefício, quando o INSS, citado na ação, impugna o mérito do pedido, caracterizando-se, assim, a pretensão resistida. Precedentes. Preliminar de carência de ação rejeitada.
(...)
XVII - Rejeitadas as demais preliminares.
XVIII - Apelação e remessa oficial parcialmente providas.
XIX - Acolhido o pleito do autor, para antecipar a tutela jurisdicional, intimando-se a autoridade administrativa a cumprir a ordem judicial no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária, a ser oportunamente fixada em caso de descumprimento.
(9ª Turma, AC nº 2001.03.99.012703-7, Rel. Juíza Marisa Santos, j. 02/05/2005, DJU 23/06/2005, p. 491).

Assim, contestada a ação em seu mérito, conforme fls. 29/45, restou caracterizada a resistência à pretensão postulada pelos autores.

Fica mantida, portanto, a fixação do termo inicial dos benefícios na data da citação, data em que o réu tomou conhecimento da pretensão autoral e a ela resistiu.

Ausente recurso das partes, os juros da mora, atualização monetária e a verba honorária ficam mantidos tal qual lançados na r. sentença.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS.

É o voto.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

APELAÇÃO CÍVEL
0008440-67.2012.4.03.6103
(2012.61.03.008440-7)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: JOSÉ CARLOS FRATERNO DE AGUIAR JUNIOR (=ou> de 60 anos)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO
Classe do Processo: AC 2220698
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/08/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE URBANA. RELAÇÃO DE EMPREGO NÃO CONFIGURADA. REQUISITOS NÃO ATINGIDOS. TUTELA REVOGADA. DETERMINADA DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DE TUTELA. APELAÇÃO DO INSS PROVIDA.
1. Para a percepção de Aposentadoria por Idade, o segurado deve demonstrar o cumprimento da idade mínima de 65 anos, se homem, e 60 anos, se mulher, e número mínimo de contribuições para preenchimento do período de carência correspondente, conforme artigos 48 e 142 da Lei 8.213/91.
2. Pelo que se denota do processado, entendo que a relação ali existente, em estabelecimento prestador de serviços obviamente familiar, até pode ter se iniciado formalmente como uma mera relação empregatícia (como também ocorreu quando o autor trabalhou, na primeira vez, com seu genitor), mas tal situação não perdurou pelo longo interregno que aqui se buscou reconhecimento, segundo meu convencimento, mediante análise do conjunto probatório.
3. Assim, a reforma integral da r. sentença é medida que se impõe, pois constato inexistir carência necessária para percepção do benefício pleiteado.
4. Revogo, por consequência, a tutela antecipada concedida pela r. sentença. Comunique-se ao INSS, pelo meio mais expedito, instruindo a comunicação com as peças necessárias.(...) Assim, curvo-me ao entendimento pacificado pelo C. STJ, para determinar a devolução dos valores recebidos a maior em razão da tutela antecipada concedida.
5. Apelação do INSS provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 07 de agosto de 2017.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

Trata-se de apelação em ação de conhecimento proposta em face do INSS, na qual a parte autora requer a aposentadoria por idade. Busca provar tais circunstâncias mediante apresentação de documentos que entende comprobatórios do direito pleiteado, além de CTPS.

A r. sentença julgou procedente o pedido inaugural, extinguindo o processo, com resolução do mérito, nos termos do art. 487, I do CPC, determinando ao réu que conceda ao autor o benefício de aposentadoria por idade NB 158.998.751-6, desde a data do requerimento administrativo (09/12/2011 - fl. 57), devendo a Autarquia Previdenciária adimplir os valores vencidos, corrigidos e acrescidos de juros de mora, nos termos do Manual de Procedimento de Cálculos da Justiça Federal, em vigor na data da execução do julgado. Condenou, ainda, o INSS, em honorários advocatícios sucumbenciais, fixados da seguinte forma: em dez por cento sobre o valor da condenação até 200 (duzentos) salários-mínimos; em oito por cento sobre o valor da condenação acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos; em cinco por cento sobre o valor da condenação acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos; em três por cento sobre o valor da condenação acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos e em um por cento sobre o valor da condenação acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos, sendo o percentual incidente sobre o montante devido até a data desta sentença (Súmula 111 do STJ), inclusive sobre as parcelas pagas a título de antecipação de tutela eventualmente concedida, em montante a ser liquidado oportunamente. Não condenou o INSS ao reembolso de custas judiciais, haja vista a concessão da justiça gratuita ao autor, ficando facultado ao réu o direito de compensar, com os valores da condenação, eventuais valores pagos à parte autora a título previdenciário inacumulável com o benefício concedido. Por fim, antecipou ao demandante a imediata fruição da benesse, concedendo a antecipação de tutela.

Irresignado, o INSS ofertou apelação, alegando, em apertada síntese, haver fortes indícios que as anotações constantes de CTPS, relativas a alterações de salários, foram produzidas com a mesma caneta, o que sugestiona que tenham sido efetuadas na mesma data, e não ao longo de 15 anos. Sustenta, ainda, a ausência de documentos que comprovem a efetiva relação de emprego, bem como inexistir os requisitos básicos de uma relação empregatícia, em especial a subordinação.

Com as contrarrazões, subiram os autos a este E. Tribunal.

É o relatório.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

Para a percepção de Aposentadoria por Idade, o segurado deve demonstrar o cumprimento da idade mínima de 65 anos, se homem, e 60 anos, se mulher, e número mínimo de contribuições para preenchimento do período de carência correspondente, conforme artigos 48 e 142 da Lei 8.213/91.

Cumpre ressaltar que, com o advento da Lei nº 10.666, de 08 de maio de 2003, a perda da qualidade de segurado se tornou irrelevante para a concessão da aposentadoria por idade,

desde que o segurado já conte com o tempo de contribuição correspondente ao exigido para efeito de carência, na data de requerimento do benefício.

> Art. 3º. A perda da qualidade do segurado não será considerada para a concessão das aposentadorias por tempo de contribuição e especial.
> § 1º. Na hipótese de aposentadoria por idade, a perda da qualidade de segurado não será considerada para a concessão desse benefício, desde que o segurado conte com, no mínimo, o tempo de contribuição correspondente ao exigido para efeito de carência na data do requerimento do benefício.
> § 2º. A concessão do benefício de aposentadoria por idade, nos termos do § 1º, observará, para os fins de cálculo do valor do benefício, o disposto no art. 3º, *caput* e § 2º, da Lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999, ou, não havendo salários de contribuição recolhidos no período a partir da competência julho de 1994, o disposto no art. 35 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

Muito embora o art. 3º, § 1º, da Lei 10.666/2003 estabeleça que o segurado conte com no mínimo o tempo de contribuição correspondente ao exigido para efeito de carência na data do requerimento do benefício, a Jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça entende que a carência exigida deve levar em conta a data em que o segurado implementou as condições necessárias à concessão do benefício e não a data do requerimento administrativo.

Nesse sentido, trago à colação o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ART. 142 DA LEI Nº 8.213/91. PERÍODO DE CARÊNCIA. PREENCHIMENTO. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. ATENDIMENTO PRÉVIO DOS REQUISITOS. BENEFÍCIO DEVIDO.
> 1. Na forma da atual redação do art. 142 da Lei nº 8.213/91, alterado pela Lei nº 9.032/95, a carência das aposentadorias por idade, por tempo de serviço e especial obedecerá à tabela ali prevista, mas levando-se em consideração o ano em que o segurado implementou as condições necessárias à concessão do benefício e não a data do requerimento administrativo.
> 2. Aplica-se ao caso o art. 102, § 1º, da Lei nº 8.213/91, que dispõe que a perda da qualidade de segurado não prejudica o direito à aposentadoria para cuja concessão tenham sido preenchidos todos os requisitos segundo a legislação então em vigor (arts. 52 e 53 da Lei nº 8.213/91).
> 3. Recurso especial provido.
> (REsp nº 490.585/PR, Relator o Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJU de 23/8/2005).

O artigo 24 da Lei nº 8.213/1991 dispõe que:

> Período de carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências.

Por seu turno, o art. 25, inciso II, da referida Lei estabelece que:

> A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no art. 26:
> (...)
> II - aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de serviço e aposentadoria especial: 180 contribuições mensais.

Porém, para os segurados inscritos na Previdência Social Urbana até 24 de julho de 1991, o art. 142 da Lei nº 8.213/1991, trouxe uma regra de transição, consubstanciada em uma tabela progressiva de carência, de acordo com o ano em que foram implementadas as condições para a aposentadoria por idade.

Deve-se observar que para aferir a carência a ser cumprida deverá ser levada em consideração a data em que foi implementado o requisito etário para a obtenção do benefício e não aquele em que a pessoa ingressa com o requerimento de aposentadoria por idade junto ao Instituto Nacional do Seguro Social.

Trata-se de observância do mandamento constitucional de que todos são iguais perante a lei (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal). Se, por exemplo, aquele que tivesse preenchido as condições de idade e de carência, mas que fizesse o requerimento administrativo posteriormente seria prejudicado com a postergação do seu pedido, já que estaria obrigado a cumprir um período maior de carência do que aquele que o fizesse no mesmo momento em que tivesse completado a idade mínima exigida, o que obviamente não se coaduna com o princípio da isonomia, que requer que pessoas em situações iguais sejam tratadas da mesma maneira.

Por outro lado, no caso de cumprimento do requisito etário, mas não da carência, o aferimento desta, relativamente à aposentadoria por idade, será realizado quando do atingimento da idade esperada, ainda que, naquele momento a pessoa não tivesse completado a carência necessária.

Nessa situação, o próprio adiamento da possibilidade de obtenção do benefício para o momento em que fosse cumprida a carência exigida no artigo 142 da Lei de Benefícios Previdenciários já estabeleceria diferença entre aquele que cumpriu a carência no momento em que completara a idade mínima, não havendo que se falar em necessidade de qualquer prazo adicional.

Corroborando este entendimento, cito a Súmula nº 02 da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 4ª Região, que assim dispôs: Para a concessão da aposentadoria por idade, não é necessário que os requisitos da idade e da carência sejam preenchidos simultaneamente.

Feitas tais considerações, passo à análise dos requisitos necessários. A idade mínima de 65 anos exigida para a obtenção do benefício requerido foi atingida pela parte autora em 2009, haja vista haver nascido em 22/04/1944, segundo atesta sua documentação (fls. 8). Desse modo, necessária agora a comprovação da carência no montante de 168 meses, conforme redação dada ao art. 142 da Lei 8.213/91, após sua modificação pela Lei 9.032/95.

A parte autora requereu no processado o reconhecimento de vínculo de labor urbano, supostamente prestado no período de 02/10/1995 a 30/09/2011, *em escritório de despachante de titularidade de seu filho*, onde alegou ter trabalhado como "Gerente", cujos recolhimentos de contribuições previdenciárias cessaram-se em 12/98.

Em realidade, pelo que se denota do processado, entendo que a relação ali existente, em estabelecimento prestador de serviços obviamente familiar, até pode ter se iniciado formalmente como uma mera relação empregatícia (como também ocorreu quando o autor trabalhou, na primeira vez, com seu genitor), mas tal situação não perdurou pelo longo interregno que aqui se buscou reconhecimento, segundo meu convencimento, mediante análise do conjunto probatório.

O requerente, evidentemente, foi sócio de fato do estabelecimento em questão (nas duas situações), e não apenas um simples empregado ou "Gerente", e apenas não assumiu a efeti-

va titularidade do negócio, que passou de seu pai para seu filho, pois lhe faltou qualificação mínima necessária (segundo grau completo e aprovação em concurso público), a fim de que pudesse administrar a atividade-fim em nome próprio.

Vejamos:

Observando a CTPS colacionada aos autos (fls. 14), verifica-se que o autor iniciou suas atividades laborativas em 01/09/1975, trabalhando como "Gerente" em escritório de despachante de titularidade de seu genitor. Ausentou-se de tal atividade por apenas dois anos, quando foi trabalhar como "Inspetor Promotor", em outro estabelecimento de serviços, na área de seguros.

Do mesmo documento, verifica-se uma anotação de que o autor teria retornado a laborar no escritório de despachante de seu genitor, em 1984, poucos meses após sua saída da empresa de seguros, onde se observa que a data de admissão é igual à data da demissão. Não houve qualquer registro de emprego formal do autor de 1984 até 1995, quando, supostamente, fora recontratado para atuar no mesmo ramo (despachante), e na mesma empresa cujo titular, agora, é seu filho.

O endereço de funcionamento do escritório de despachante confirma essa tese (fls.14), pois sempre ficou estabelecido no mesmo endereço (Rua Humaitá, 70 - São José dos Campos), tanto no período em que foi de titularidade de seu genitor, como após seu filho se tornar o proprietário oficial do negócio.

Verifica-se, portanto, que excetuando sua breve saída para atuar no ramo securitário, a parte autora laborou por toda sua vida no mesmo estabelecimento, primeiro tendo seu pai como titular, depois com seu filho: algumas vezes registrado, quando houve recolhimentos previdenciários, outras vezes não, situação essa que permaneceu inalterada, mesmo após sua suposta "demissão" ocorrida em 2011, pois continua a laborar no mesmo estabelecimento, consoante constatado pela Autarquia Previdenciária nas fls. 50/51.

A prova oral produzida confirma tal situação.

Ouvida em depoimento pessoal, a parte autora afirmou que atuava diretamente na atividade-fim, como "Gerente", atendendo aos clientes, preenchendo e assinando formulários e documentos e emitindo notas fiscais. Seu filho, proprietário oficial do negócio, é a pessoa que se dirige ao CIRETRAN para dar encaminhamento aos documentos, pois é o único que possui qualificação necessária para tanto. Continua exercendo as mesmas atividades no referido estabelecimento, mesmo após ter sido "demitido", o que ocorreu, segundo sua versão, porque iria se aposentar.

Por sua vez, seu filho, ouvido na qualidade de informante, sustenta que o trabalho da parte autora se resumia ao atendimento aos clientes e que também elaborava orçamentos, mas durante o depoimento confirmou que ele também fazia recibos e emitia notas fiscais. Esclareceu que muitas pessoas acham que seu pai é o proprietário do referido estabelecimento e que ele continua trabalhando no local, sem registro, para ajudar, mas não esclareceu se percebe remuneração. Consignou que o negócio de despachante passou de seu avô para si, pois seu pai não possuía o segundo grau completo, situação essa que o impediu de prestar concurso para exercer, de maneira oficial, a profissão de despachante.

A testemunha Hernando afirmou que trabalhou no referido escritório de 1995 a 2000, e disse que a parte autora foi ali registrada, e permaneceu no local após sua saída.

Por fim, a testemunha Anderson consignou que é vizinho do estabelecimento, afirmando que o escritório sempre foi da família do autor, primeiro de seu genitor e depois de seu filho, e que até hoje ele permanece lá trabalhando. Não tem conhecimento se a parte autora é regis-

trada como funcionário, mas ressalta que ela sempre trabalhou naquele local.

Além disso, importante consignar que, conforme bem ressaltado pela Autarquia Previdenciária em sua peça recursal, há claros indícios de que o preenchimento de fls. 16 se deu na mesma data, e contrastam tais anotações com a ausência de qualquer apontamento no que se refere à data da demissão que deveria constar no campo relativo ao FGTS (fls. 17). Sequer foram apresentados recibos de pagamento de salários, cartões ou folhas de ponto ou quaisquer outros documentos que indiquem que o vínculo de trabalho perdurou, na forma da legislação trabalhista, a partir de 1999.

Ademais, também não foram colacionados aos autos a rescisão homologada de tal contrato de trabalho, ou mesmo o extrato de fundo de garantia, documentos esses que poderiam apontar a data da alegada "demissão". Desse modo, considero inverossímil a versão trazida na peça inaugural, motivo pelo qual a parte autora deveria ter efetuado o recolhimento de contribuições previdenciárias, por iniciativa própria, para obtenção da carência necessária, conforme estabelece o art. 30, II, da Lei n.º 8.212/91, *in verbis*:

> Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas:
> (...)
> II - os segurados contribuintes individual e facultativo estão obrigados a recolher sua contribuição por iniciativa própria, até o dia quinze do mês seguinte ao da competência;

Assim, a reforma integral da r. sentença é medida que se impõe, pois constato inexistir carência necessária para percepção do benefício pleiteado.

Sucumbente, condeno a parte autora ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como em honorários advocatícios, fixados no valor de R$ 1000,00 (mil reais), cuja exigibilidade observará o disposto no artigo 12 da Lei nº 1.060/1950 (artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil/2015), por ser beneficiária da justiça gratuita.

Revogo, por consequência, a tutela antecipada concedida pela r. sentença. Comunique-se ao INSS, pelo meio mais expedito, instruindo a comunicação com as peças necessárias.

Observo, por fim, que esta Relatoria vinha considerando não ser necessária a devolução dos valores recebidos a título de tutela antecipada posteriormente revogada, em razão do caráter alimentar de tais verbas, bem como em função da boa fé por parte de quem os recebeu, ainda mais em ações de natureza previdenciárias, cujos autores normalmente são pessoas de baixa renda e com pouca instrução.

Vale dizer que tal entendimento, igualmente, era respaldado por jurisprudência tanto desta E. Corte como de do C. STJ.

Todavia, por ocasião do julgamento do REsp nº 1.401.560, o C. STJ pacificou o entendimento segundo o qual a reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os valores indevidamente recebidos.

Referido julgado restou assim ementado:

> PREVIDÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REVERSIBILIDADE DA DECISÃO.
> O grande número de ações, e a demora que disso resultou para a prestação jurisdicional, levou o legislador a antecipar a tutela judicial naqueles casos em que, desde logo, houvesse, a partir dos fatos conhecidos, uma grande verossimilhança no direito alegado pelo autor. O pressuposto básico do instituto é a reversibilidade da decisão judicial. Havendo perigo de

> irreversibilidade, não há tutela antecipada (CPC, art. 273, § 2º). Por isso, quando o juiz antecipa a tutela, está anunciando que seu decisum não é irreversível. Mal sucedida a demanda, o autor da ação responde pelo recebeu indevidamente. O argumento de que ele confiou no juiz ignora o fato de que a parte, no processo, está representada por advogado, o qual sabe que a antecipação de tutela tem natureza precária. Para essa solução, há ainda o reforço do direito material. Um dos princípios gerais do direito é o de que não pode haver enriquecimento sem causa. Sendo um princípio geral, ele se aplica ao direito público, e com maior caso porque o lesado é o patrimônio público. O art. 115, II, da Lei nº 8.213, de 1991, é expresso no sentido de que os benefícios previdenciários pagos indevidamente estão sujeitos à repetição. Uma decisão do Superior Tribunal de Justiça que viesse a desconsiderá-lo estaria, por via transversa, deixando de aplicar norma legal que, a contrario sensu, o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional. Com efeito, o art. 115, II, da Lei nº 8.213, de 1991, exige o que o art. 130, parágrafo único na redação originária (declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal - ADI 675) dispensava. Orientação a ser seguida nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil: a reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp1401560/MT, Primeira Seção, Rel. Min. SERGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Min. ARI PARGENDLER, DJe 13/10/2015)

Assim, curvo-me ao entendimento pacificado pelo C. STJ, para determinar a devolução dos valores recebidos a maior em razão da tutela antecipada concedida.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS, reformando integralmente a r. sentença e determinando a revogação da tutela antecipada, bem como a devolução dos valores recebidos em razão de tal antecipação, nos termos ora consignados.

É o voto.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0009429-23.2014.4.03.6000
(2014.60.00.009429-6)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: MOACIR VICENTINO ROCHA
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA
Classe do Processo: ApelReex 2241480
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/08/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. SENTENÇA CONDICIONAL. OCORRÊNCIA. SENTENÇA NULA. LAUDO TÉCNICO OU PPP. RUÍDO. APOSENTADORIA ESPECIAL. REQUISITOS PREENCHIDOS. TERMO INICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS.
1. É vedada a prolação de sentença condicional, pois a procedência do pedido não pode ficar condicionada à análise futura dos requisitos do benefício pela autarquia.
2. Não é o caso de restituição à primeira instância, incidindo na espécie, a regra do inciso III do § 3º do artigo 1.013 do novo Código de Processo Civil.
3. Há de se distinguir, de início, a aposentadoria especial prevista no art. 57 da Lei nº 8.213/91, da aposentadoria por tempo de serviço, prevista no art. 52 da Lei nº 8.213/91. A primeira pressupõe o exercício de atividade considerada especial pelo tempo de 15, 20 ou 25 (quinze, vinte ou vinte e cinco) anos, e, cumprido esse requisito, o segurado tem direito à aposentadoria com valor equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício (§ 1º do art. 57). A segunda pressupõe tanto o exercício de atividade especial como o exercício de atividade comum, sendo que o período de atividade laborado em atividade especial sofre a conversão em atividade comum, aumentando, assim, o tempo de serviço do trabalhador, e, conforme a data em que o segurado preenche os requisitos, deverá se submeter às regras da EC nº 20/98.
4. Salvo no tocante aos agentes físicos ruído e calor, é inexigível laudo técnico das condições ambientais de trabalho para a comprovação de atividade especial até o advento da Lei nº 9.528/97, ou seja, até 10/12/97. Precedentes do STJ.
5. A respeito do agente físico ruído, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso representativo da controvérsia, firmou orientação no sentido de que o nível de ruído que caracteriza a insalubridade para contagem de tempo de serviço especial deve ser superior a 80 (oitenta) decibéis até a edição do Decreto nº 2.171/1997, de 05/03/1997, superior a 90 (noventa) decibéis entre a vigência do Decreto nº 2.171/1997 e a edição do Decreto nº 4.882/2003, de 18/11/2003, e após a entrada em vigor do Decreto nº 4.882/2003, ou seja, a partir de 19/11/2003, incide o limite de 85 (oitenta e cinco) decibéis, considerando o princípio *tempus regit actum*. *(Recurso Especial repetitivo 1.398.260/PR, Rel. Min. Herman Benjamin*).
6. A eficácia do Equipamento de Proteção Individual - EPI não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria quando o segurado estiver exposto ao agente nocivo ruído.
7. Comprovada a atividade insalubre por meio de laudo técnico ou Perfil Profissiográ-

fico Previdenciário - PPP por mais de 25 (vinte e cinco) anos, é devida a conversão da aposentadoria por tempo de serviço em aposentadoria especial, conforme o artigo 57 da Lei nº 8.213/91.
8. Termo inicial do benefício fixado na data do requerimento administrativo, nos termos do artigo 57 c.c artigo 49, inciso II, da Lei nº 8.213/91.
9. Os juros de mora e a correção monetária deverão observar o disposto na Lei nº 11.960/09 (STF, Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 870.947, 16/04/2015, Rel. Min. Luiz Fux).
10. Honorários advocatícios a cargo do INSS, fixados nos termos do artigo 85, § 3º, do Novo Código de Processo Civil/2015.11
11. Preliminar acolhida para anular a sentença. Aplicação do disposto no inciso III do § 3º do artigo 1.013 do novo Código de Processo Civil. Pedido julgado procedente. Prejudicada a análise do reexame necessário e do mérito da apelação do INSS.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, acolher a preliminar para anular a sentença e julgar procedente o pedido, restando prejudicada a análise do reexame necessário e do mérito da apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de julho de 2017.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora):

Proposta ação revisional de benefício previdenciário, objetivando a conversão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço para aposentadoria especial, mediante o reconhecimento de atividade especial, sobreveio sentença de procedência dos pedidos, para declarar como tempo especial, o período compreendido entre 06/03/1997 e 29/08/2011, convertendo a aposentadoria por tempo de serviço em aposentadoria especial, desde a data do requerimento administrativo, caso seja mais benéfico que o benefício que recebe, com correção monetária e juros de mora, além de honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação. Foi concedida a tutela antecipada.

A r. sentença foi submetida ao reexame necessário.

Inconformada, a autarquia previdenciária interpôs recurso de apelação, arguindo, preliminarmente, a necessidade do reexame necessário, bem como a nulidade da sentença, em razão de ser condicional. No mérito, pugna pela reforma da sentença, para que seja julgado improcedente o pedido, sustentando a ausência do preenchimento dos requisitos necessários para o reconhecimento da atividade especial, bem como pela conversão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço em aposentadoria especial. Subsidiariamente, pede a alteração da forma de incidência da correção monetária e dos juros de mora, bem como a observância da Súmula 111 do STJ, quando à verba honorária.

Com contrarrazões, nas quais a parte autora pugna pela manutenção da sentença re-

corrida e o arbitramento de honorários de sucumbência recursal (art. 85, § 11, CPC), os autos foram remetidos a este Tribunal.

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora):

Inicialmente, recebo o recurso de apelação do INSS, haja vista que tempestivo, nos termos do artigo 1.010 do novo Código de Processo Civil.

Ressalto que, ao formular uma pretensão, a parte não pode receber do Poder Judiciário uma sentença condicional, vedada pelo ordenamento processual civil, mas uma prestação jurisdicional que decida a relação jurídica de direito material levada ao conhecimento do juiz. No caso, o autor requereu em juízo o reconhecimento de atividade especial e a condenação da autarquia à conversão da aposentadoria por tempo de serviço em aposentadoria especial.

Assim, a procedência do pedido não pode ficar condicionada à análise futura dos requisitos do benefício pela autarquia, porquanto isso implica em negativa de prestação jurisdicional adequada.

Nesse sentido:

> PROCESSO CIVIL - RELAÇÃO JURÍDICA CONDICIONAL - POSSIBILIDADE DE APRECIAÇÃO DO MÉRITO - SENTENÇA CONDICIONAL - INADIMISSIBILIDADE - DOUTRINA - ARTIGO 460, PARÁGRAFO ÚNICO, CPC - RECURSO PROVIDO
> I- Ao solver a controvérsia e pôr fim à lide, o provimento do juiz deve ser certo, ou seja, não pode deixar dúvidas quanto à composição do litígio, nem pode condicionar a procedência ou a improcedência do pedido a evento futuro e incerto. Ao contrário, deve declarar a existência ou não do direito da parte, ou condená-la a uma prestação, deferindo-lhe ou não a pretensão.
> II - A sentença condicional mostra-se incompatível com a própria função estatal de dirimir conflitos, consubstanciada no exercício da jurisdição.
> III - Diferentemente da "sentença condicional" (ou "com reservas", como preferem Pontes de Miranda e Moacyr Amaral Santos), a que decide relação jurídica de direito material, pendente de condição, vem admitida no Código de Processo Civil (artigo 460, parágrafo único).
> IV - Na espécie, é possível declarar-se a existência ou não do direito de percepção de honorários, em ação de rito ordinário, e deixar a apuração do montante para a liquidação da sentença, quando se exigirá a verificação da condição contratada, como pressuposto para a execução.
> (REsp nº 164.110/SP, 4ª Turma, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira - j. 21/03/2000, DJ 08/05/2005, p. 414).

Embora nula a sentença, não é o caso de se restituir os autos à primeira instância para que outra seja prolatada, podendo as questões ventiladas nos autos ser imediatamente apreciadas pelo Tribunal, incidindo, na espécie, a regra do inciso III do § 3º do art. 1.013 do novo Código de Processo Civil.

Passa-se, então, à apreciação das questões que a demanda efetivamente suscita.

Há de se distinguir, de início, a aposentadoria especial prevista no art. 57 da Lei nº 8.213/91, da aposentadoria por tempo de serviço, prevista no art. 52 da Lei nº 8.213/91. A primeira pressupõe o exercício de atividade considerada especial pelo tempo de 15, 20 ou 25

(quinze, vinte ou vinte e cinco) anos, e, cumprido esse requisito, o segurado tem direito à aposentadoria com valor equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício (§ 1º do art. 57). A segunda pressupõe tanto o exercício de atividade especial como o exercício de atividade comum, sendo que o período de atividade laborado em atividade especial sofre a conversão em atividade comum, aumentando, assim, o tempo de serviço do trabalhador, e, conforme a data em que o segurado preenche os requisitos, deverá se submeter às regras da EC nº 20/98.

É firme a jurisprudência no sentido de que a legislação aplicável para a caracterização do denominado trabalho em regime especial é a vigente no período em que a atividade a ser considerada foi efetivamente exercida.

Para a verificação do tempo de serviço em regime especial, no caso, deve ser levada em conta a disciplina estabelecida pelos Decretos nºs 83.080/79 e 53.831/64.

Salvo no tocante aos agentes físicos ruído e calor, a exigência de laudo técnico para a comprovação das condições adversas de trabalho somente passou a ser obrigatória a partir de 05/03/1997, data da publicação do Decreto nº 2.172/97, que regulamentou a Lei nº 9.032/95 e a MP 1.523/96, convertida na Lei nº 9.528/97.

Contudo, acompanhando posicionamento adotado nesta 10ª Turma, no sentido de que em se tratando de matéria reservada à lei, tal decreto somente teve eficácia a partir da edição da Lei nº 9.528, de 10/12/1997, entendo que a exigência de laudo técnico para a comprovação das condições adversas de trabalho somente passou a ser exigência legal a partir de 11/12/1997, nos termos da referida lei, que alterou a redação do § 1º do artigo 58 da Lei nº 8.213/91. Neste sentido, precedentes do Superior Tribunal de Justiça: *REsp nº 422616/RS, Relator Ministro Jorge Scartezzini, j. 02/03/2004, DJ 24/05/2004, p. 323; REsp nº 421045/SC, Relator Ministro Jorge Scartezzini, j. 06/05/2004, DJ 28/06/2004, p. 382*.

Todavia, não se exige que a profissão do segurado seja exatamente uma daquelas descritas nos anexos dos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79, sendo suficiente para reconhecimento da atividade especial que o trabalhador esteja sujeito, em sua atividade, aos agentes agressivos descritos em referido anexo, na esteira de entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica dos fragmentos de ementas a seguir transcritos:

> A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o rol de atividades consideradas insalubres, perigosas ou penosas é exemplificativo, pelo que, a ausência do enquadramento da atividade desempenhada não inviabiliza a sua consideração para fins de concessão de aposentadoria.
> (REsp nº 666479/PB, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, j. 18/11/2004, DJ 01/02/2005, p. 668);

> A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o rol de atividades consideradas insalubres, perigosas ou penosas é exemplificativo, pelo que, a ausência do enquadramento da atividade desempenhada não inviabiliza a sua consideração para fins de concessão de aposentadoria.
> (REsp nº 666479/PB, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, j. 18/11/2004, DJ 01/02/2005, p. 668);

Ressalte-se que o artigo 58, § 1º, da Lei 8.213/91, com a redação dada pela Lei 9.732, de 11/12/1998, dispõe que a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será efetuada nos termos da legislação trabalhista.

O art. 194 da CLT aduz que o fornecimento de Equipamento de Proteção Individual pelo

empregador, aprovado pelo órgão competente do Poder Executivo, seu uso adequado e a consequente eliminação do agente insalubre são circunstâncias que tornam inexigível o pagamento do adicional correspondente. Portanto, retira o direito ao reconhecimento da atividade como especial para fins previdenciários.

Por sua vez, o art. 195 da CLT estabelece: A caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do Ministério do Trabalho, far-se-ão através de perícia a cargo do Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrado no Ministério do Trabalho.

A respeito da matéria, a Primeira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça, em sessão de julgamento realizada em 14/05/2014, em sede de recurso representativo da controvérsia (*Recurso Especial Repetitivo 1.398.260/PR, Rel. Min. Herman Benjamin*), firmou orientação no sentido de que o nível de ruído que caracteriza a insalubridade para contagem de tempo de serviço especial deve ser superior a 80 (oitenta) decibéis até a edição do Decreto nº 2.171/1997, de 05/03/1997, superior a 90 (noventa) decibéis entre a vigência do Decreto nº 2.171/1997 e a edição do Decreto nº 4.882/2003, de 18/11/2003, e após a entrada em vigor do Decreto nº 4.882/2003, ou seja, a partir de 19/11/2003, incide o limite de 85 (oitenta e cinco) decibéis, considerando o princípio *tempus regit actum*.

Ainda com relação à matéria, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar o ARE 664.335/SC, em 04/12/2014, publicado no DJe de 12/02/2015, da relatoria do Ministro LUIZ FUX, reconheceu a repercussão geral da questão constitucional nele suscitada e, no mérito, fixou o entendimento de que a eficácia do Equipamento de Proteção Individual - EPI, não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria, quando o segurado estiver exposto ao agente nocivo ruído.

No presente caso, a parte autora demonstrou haver laborado em atividade especial no período de 06/03/1997 a 12/04/2012 (data do requerimento administrativo). É o que comprova o Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, elaborado nos termos dos arts. 176 a 178, da Instrução Normativa INSS/PRES nº 20, de 11 de outubro de 2007 (DOU - 11/10/2007) e art. 68, § 2º, do Decreto nº 3.048/99 (fls. 24/25), trazendo a conclusão de que a parte autora desenvolveu sua atividade profissional, com exposição ao agente agressivo eletricidade, superior a 250 volts. Referido agente agressivo encontra classificação no código 1.1.8, do Decreto nº 53.831/64, em razão da habitual e permanente exposição aos agentes ali descritos.

Embora a *eletricidade* não conste expressamente do rol de agentes nocivos previstos no Decreto nº 2.172/97, sua condição especial permanece reconhecida pela Lei nº 7.369/85 e pelo Decreto nº 93.412/86. Tal interpretação foi consolidada pelo E. Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento do Recurso Especial repetitivo 1306113- SC, assim ementado:

> RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ATIVIDADE ESPECIAL. AGENTE ELETRICIDADE. SUPRESSÃO PELO DECRETO 2.172/1997 (ANEXO IV). ARTS. 57 E 58 DA LEI 8.213/1991. ROL DE ATIVIDADES E AGENTES NOCIVOS. CARÁTER EXEMPLIFICATIVO. AGENTES PREJUDICIAIS NÃO PREVISTOS. REQUISITOS PARA CARACTERIZAÇÃO. SUPORTE TÉCNICO MÉDICO E JURÍDICO. EXPOSIÇÃO PERMANENTE, NÃO OCASIONAL NEM INTERMITENTE (ART. 57, § 3º, DA LEI 8.213/1991).
> 1. Trata-se de Recurso Especial interposto pela autarquia previdenciária com o escopo de prevalecer a tese de que a supressão do agente eletricidade do rol de agentes nocivos pelo Decreto 2.172/1997 (Anexo IV) culmina na impossibilidade de configuração como tempo especial (arts. 57 e 58 da Lei 8.213/1991) de tal hipótese a partir da vigência do citado ato normativo.

> 2. À luz da interpretação sistemática, as normas regulamentadoras que estabelecem os casos de agentes e atividades nocivos à saúde do trabalhador são exemplificativas, podendo ser tido como distinto o labor que a técnica médica e a legislação correlata considerarem como prejudiciais ao obreiro, desde que o trabalho seja permanente, não ocasional, nem intermitente, em condições especiais (art. 57, § 3º, da Lei 8.213/1991). Precedentes do STJ.
> 3. No caso concreto, o Tribunal de origem embasou-se em elementos técnicos (laudo pericial) e na legislação trabalhista para reputar como especial o trabalho exercido pelo recorrido, por consequência da exposição habitual à eletricidade , o que está de acordo com o entendimento fixado pelo STJ.
> 4. Recurso Especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.
> (Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, j. 14/11/2012, DJE DATA: 07/03/2013).

No mais, em se tratando de risco por eletricidade, é irrelevante que a exposição habitual do trabalhador ocorra de forma permanente ou intermitente, para caracterizar a especialidade e o risco do trabalho prestado, uma vez que o perigo existe tanto para aquele que está exposto de forma contínua como para aquele que, durante a jornada, ainda que não de forma intermitente, tem contato com a eletricidade.

A respeito da matéria, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, consubstanciada na Súmula 364, fazendo referência expressa à Lei 7.369/85, consiga que é assegurado o adicional de periculosidade aos empregados que trabalham em contato com energia elétrica durante a jornada de trabalho, em condições de risco, permanentemente ou de forma intermitente:

> Súmula Nº 364 do TST - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. EXPOSIÇÃO EVENTUAL, PERMANENTE E INTERMITENTE - Resolução 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011
> Tem direito ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, sujeita-se a condições de risco. Indevido, apenas, quando o contato dá-se de forma eventual, assim considerado o fortuito.

Confira-se, ainda:

> PREVIDENCIÁRIO. CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO EM CONDIÇÕES INSALUBRES. COMPROVAÇÃO. AGENTE NOCIVO ELETRICIDADE. RECURSO QUE DEIXA DE IMPUGNAR OS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA Nº 283/STF.
> 1. O direito à contagem, conversão e averbação de tempo de serviço é de natureza subjetiva, enquanto relativo à realização de fato continuado, constitutivo de requisito à aquisição de direito subjetivo outro, estatutário ou previdenciário, não havendo razão legal ou doutrinária para identificar-lhe a norma legal de regência com aquela que esteja a viger somente ao tempo da produção do direito à aposentadoria, de que é instrumental.
> 2. O tempo de serviço é regido pela norma vigente ao tempo da sua prestação, conseqüencializando-se que, em respeito ao direito adquirido, prestado o serviço em condições adversas, por força das quais atribuía a lei vigente forma de contagem diversa da comum e mais vantajosa, esta é que há de disciplinar a contagem desse tempo de serviço.
> 3. Considerando-se a legislação vigente à época em que o serviço foi prestado, não se pode exigir a comprovação à exposição a agente insalubre de forma permanente, não ocasional nem intermitente, uma vez que tal exigência somente foi introduzida pela Lei nº 9.032/95.
> 4. O tempo de trabalho permanente a que se refere o parágrafo 3º do artigo 57 da Lei nº

8.213/91 é aquele continuado, não o eventual ou intermitente, não implicando, por óbvio, obrigatoriamente, que o trabalho, na sua jornada, seja ininterrupto sob o risco.
5. Fundado o acórdão alvejado em que a atividade exercida pelo segurado é enquadrada como especial, bem como em que restou comprovado, por meio dos formulários SB-40 e DSS-8030 e perícia, que o autor estava efetivamente sujeito a agentes nocivos, fundamentação estranha, todavia, à impugnação recursal, impõe-se o não conhecimento da insurgência especial.
6. "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles." (Súmula do STF, Enunciado nº 283).
7. Recurso parcialmente conhecido e improvido.
(REsp 658.016 - SC, Relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO, j. 18/10/2005, DJ 21/11/2005, p.00318).

Na esteira desse mesmo entendimento, já se manifestou esta 10ª Turma:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO PREVISTO NO § 1º DO ART. 557 DO CPC. ATIVIDADE ESPECIAL ELETRICIDADE. PERICULOSIDADE. EXPOSIÇÃO HABITUAL E PERMANENTE. IRRELEVÂNCIA.
I - Em se tratando de exposição a altas tensões elétricas, que têm o caráter de periculosidade, a caracterização em atividade especial independe da exposição do segurado durante toda a jornada de trabalho, pois que o mínimo contato oferece potencial risco de morte ao trabalhador, justificando a contagem especial.
II - Agravo previsto no § 1º do artigo 557 do CPC, interposto pelo INSS, improvido.
(Agravo em AC 0090238-14.2007.4.03.6301/SP. Relatora Juíza Federal Convocada GISELLE FRANÇA. J. 05/11/2013. DE 14/11/2013).

Ressalte-se que, quando da análise do requerimento administrativo NB nº 150.425.607-4, a autarquia previdenciária reconheceu o exercício de atividade especial no período de 11/07/1985 a 05/03/1997 (fls. 100/101).

Desta forma, na data do requerimento administrativo, a parte autora alcançou mais de 25 (vinte e cinco) anos de tempo de serviço especial, sendo, portanto, devida a aposentadoria especial, conforme o artigo 57 da Lei nº 8.213/91, descontando-se os valores recebidos a título de aposentadoria por tempo de serviço.

O termo inicial do benefício deve ser fixado na data do requerimento administrativo (12/04/2012), nos termos do artigo 57 c.c artigo 49, inciso II, da Lei nº 8.213/91.

Os juros de mora e a correção monetária deverão observar o disposto na Lei nº 11.960/09 (STF, Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 870.947, 16/04/2015, Rel. Min. Luiz Fux).

Honorários advocatícios a cargo do INSS, fixados nos termos do artigo 85, § 3º, do Novo Código de Processo Civil/2015.

Por fim, a autarquia previdenciária está isenta do pagamento de custas e emolumentos, nos termos do art. 4º, inciso I, da Lei nº 9.289/96, do art. 24-A da Lei nº 9.028/95 (dispositivo acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180-35/01) e do art. 8º, § 1º, da Lei nº 8.620/93, o que não inclui as despesas processuais. Todavia, a isenção de que goza a autarquia não obsta a obrigação de reembolsar as custas suportadas pela parte autora, quando esta é vencedora na lide. Entretanto, no presente caso, não há falar em custas ou despesas processuais, por ser a autora beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Ante o exposto, ACOLHO A PRELIMINAR PARA ANULAR A SENTENÇA, em face de sua natureza condicional, e, aplicando o disposto no inciso III do § 3º do artigo 1.013 do novo

Código de Processo Civil, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO DA PARTE AUTORA para reconhecer o exercício de atividade especial no período de 06/03/1997 a 12/04/2012, bem como para condenar a autarquia previdenciária a converter o benefício de aposentadoria por tempo de serviço em aposentadoria especial, com termo inicial, juros de mora, correção monetária e verba honorária, na forma da fundamentação, prejudicada a análise do reexame necessário e do mérito da apelação do INSS.

Independentemente do trânsito em julgado, determino seja expedido ofício ao INSS, instruído com os documentos de MOACIR VICENTINO ROCHA, a fim de que se adotem as providências cabíveis à manutenção da conversão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço em *aposentadoria especial*, com data de início - *DIB em 12/04/2012*, e renda mensal inicial - *RMI a ser calculada pelo INSS*, com observância, inclusive, das disposições do art. 497 do novo Código de Processo Civil. O aludido ofício poderá ser substituído por e-mail.

É o voto.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0038092-76.2015.4.03.9999
(2015.03.99.038092-1)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: NORMA KASUE MUTO
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE TANABI - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS
Classe do Processo: AC 2105895
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/08/2017

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. EMBARGOS À EXECUÇÃO. RECEBIMENTO DE BENEFICIO POR INCAPACIDADE (LOAS) E EXERCÍCIO DE ATIVIDADE REMUNERADA SIMULTANEAMENTE. POSSIBILIDADE.
I. O Juízo é o fiel guardião do julgado, ou seja, na execução o magistrado deve observar os limites objetivos da coisa julgada. Dessa forma, constatada a violação ao julgado, cabe ao Juízo até mesmo anular, de ofício, a execução, restaurando a autoridade da coisa julgada, razão pela qual se torna até mesmo desnecessária a remessa oficial.
II. Ao determinar que a incapacidade deve ser aferida "objetivamente", a decisão transitada em julgado no processo de conhecimento pretendeu consignar que, uma vez aferida a incapacidade por quaisquer meios de prova aceitos em Direito (entre eles a perícia médica), ao ser reconhecida, posteriormente, a existência de renda mensal auferida pelo segurado e que contrarie o direito à percepção dos atrasados do benefício, devendo este novo elemento ser considerado apenas quando da confecção de novo laudo sócio econômico visando aferir a continuidade ou cessação da condição de miserabilidade.
III. Não cabe, na execução, reexame de matéria de fato. Assim, deve ser observada na liquidação da sentença o que restou acobertado pela coisa julgada. Não há possibilidade, em fase de execução, de se iniciar nova fase probatória com o intuito de se alterar, ainda que de modo reflexo, as conclusões a que se chegou na fase de conhecimento.
IV. Entende-se que a manutenção da atividade habitual ocorreu porque o benefício foi negado na esfera administrativa, obrigando a trabalhadora a continuar a trabalhar para garantir sua própria subsistência, e/ou manter a qualidade de segurada, apesar dos problemas de saúde incapacitantes, colocando em risco sua integridade física e agravando suas enfermidades.
V. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 31 de julho de 2017.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

Apelação em embargos à execução de título judicial julgados improcedentes.

O INSS alega ser vedado o pagamento de benefício assistencial e recebimento de remuneração decorrente de atividade laborativa, simultaneamente.

Na hipótese de manutenção da decisão, requer alteração do valor dos honorários de sucumbência, sendo razoável a fixação da verba em R$ 700,00.

Manifestação do Ministério Público Federal às fls. 116/118v, pugnando pelo não provimento da apelação.

A sentença recorrida foi publicada em 22/4/2015.

Processado o recurso, os autos subiram a esta Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

No processo de conhecimento, o INSS foi condenado a pagar:

- benefício assistencial a pessoa portadora de deficiência, partir de 5/5/1998;

- parcelas em atraso corrigidas monetariamente na forma do Provimento 64/05- COGE, da Lei 6.899/1981 e das Súmulas 148 do STJ e 08 desta Corte;

- juros de mora de 0,5% (cinco décimos por cento) a partir da citação, até a vigência do Código Civil de 2002; após, 1% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 406 do Código Civil e, a partir da vigência da Lei 11.960/2009, deverá refletir a mesma taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança, em conformidade com o disposto no art. 5º, o qual atribuiu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/1997;

- honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, na forma da Súmula 111 do STJ.

O transito em julgado ocorreu em 28/2/2013 e foi certificado em 1/3/2013.

Em 16/10/2013, o benefício NB 87/164219872-0 foi implantado com DIB em 5/5/1998 e RMI (Renda Mensal Inicial) de 01 (um) salário-mínimo.

Não foi iniciado o pagamento do beneficio administrativamente, porque a autora passou a ser titular de uma pensão por morte (cônjuge) com início em 16/12/2011 (NB/21-154465659-6), momento a partir do qual o beneficio assistencial foi cessado, restando apenas a execução judicial dos atrasados em período anterior a 16/12/2011.

DA EXECUÇÃO.

A liquidação do julgado foi iniciada com a apresentação da conta pelo INSS (fls. 28/31), onde se apurou:

- parcelas no período de 2/2/2006 a 15/12/2011, atualizadas monetariamente até outubro de 2013: R$ 3.326,70 (três mil, trezentos e vinte e seis reais e setenta centavos);

- honorários de sucumbência: R$ 332,67 (trezentos e trinta e dois reais e sessenta e

sete centavos);

- valor total da execução igual a R$ 3.659,37 (três mil, seiscentos e cinquenta e nove reais e trinta e sete centavos).

Os cálculos da autarquia observaram a prescrição quinquenal e deixaram de apurar diferenças nos períodos em que houve recolhimentos como Contribuinte Individual (Costureira em Geral), de *02/02/2006 a 30/03/2009*, *08/2009*, *10/2009 a 02/2010* e *04/2010 a 15/12/2011*.

A exequente apresentou seus cálculos atualizados até dezembro de 2013 (fls. 49/50), onde apurou:

- parcelas no período de 2/2/2006 a 15/12/2011, atualizadas monetariamente até dezembro de 2013: R$ 40.801,20 (quarenta mil, oitocentos e um reais e vinte centavos);

- honorários de sucumbência: R$ 4.080,12 (quatro mil, oitenta reais e doze centavos);

- valor total da execução igual a R$ 44.881,32 (quarenta e quatro mil, oitocentos e oitenta e um reais e trinta e dois centavos).

Citado, na forma do art. 730 do CPC/1973, o INSS opôs embargos à execução, alegando a existência de vícios nas contas que acarretam excesso de execução.

Apresentadas as respectivas impugnações e deferida a produção de prova oral, foi realizada audiência de instrução e julgamento para colhimento de depoimentos.

Em 17/4/2015, os embargos foram julgados improcedentes, com condenação da autarquia ao pagamento de honorários de sucumbência de 10% (dez por cento) do valor da causa, na forma do art. 20, § 4º, do CPC/1973.

Em suas razões, o juiz entendeu que "…. o embargante não se desincumbiu de seu ônus de provar que a embargada exerceu atividade remunerada no período descrito na inicial". Concluindo, "…. a existência de eventual contribuição previdenciária no CNIS durante o período fixado não impede a concessão do beneficio de aposentadoria por invalidez".

Irresignado, apelou o INSS.

DO DIREITO MATERIAL.

O Benefício Assistencial/Pessoa Portadora de Deficiência está disciplinado no art. 20 da Lei 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que impõe como condições para concessão do beneficio "ser o requerente portador de deficiência que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção e nem tê-la provida por sua família", entendendo como deficiência "a incapacidade para a vida independente e para o trabalho, em decorrência de impedimentos de longo przo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, na redação dada pela Lei nº 12.470, de 31 de agosto de 2011".

O benefício assistencial concedido judicialmente (DIB em 5/5/1998) abrange período em que a exequente verteu contribuições na qualidade de Contribuinte Individual (Costureiro em Geral), de *JUN/2003* a *SETEMBRO/2013*, conforme dados do *CNIS* (*Cadastro Nacional de Informações Sociais*), às fls. 36/37 dos embargos.

A questão consiste em admitir-se ou não a execução do título que concedeu à exequente o benefício assistencial, nos meses em que houve exercício de atividade remunerada.

Em suas contrarrazões, a exequente alega que verteu contribuições unicamente com o intuito de manter a qualidade de segurada, na eventualidade de seu pedido ser julgado improcedente no processo de conhecimento. Conclui, alegando que deve ser observado o que restou acobertado pela coisa julgada.

O Ministério Público Federal se manifestou pelo não provimento da apelação, pois "... o Acórdão de fls. 17/23, que condenou Autarquia ré a conceder o beneficio assistencial à ora embargada, com termo inicial na data do requerimento administrativo (05/05/1998), analisou as questões ora suscitadas e encontra-se protegido pela coisa julgada material, não podendo ser alterado na fase executória".

DA INCAPACIDADE E DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE REMUNERADA.

No processo de conhecimento, a decisão monocrática que julgou a apelação da exequente (fls. 4/13 dos embargos) consignou que:

> (...) para aqueles que ostentem a idade mínima ou incapacidade para o trabalho e cuja renda mensal per capita seja inferior a valor equivalente a ¼ do salário-mínimo, é, *objetivamente*, assegurada a percepção do benefício vindicado. Todavia, contemplada a hipótese da existência de renda individualizada que refoge àquela estabelecida, tal fato, per si, não afasta o reconhecimento do direito ao benefício, mas implica revolver todo o conjunto probatório, através do qual se possa aferir eventual miserabilidade. (...).

A decisão foi proferida em 18/7/2012, e em 26/11/2012 foi negado provimento ao agravo legal do INSS, ocorrendo o trânsito em julgado em 28/2/2013.

Como se vê, as contribuições vertidas pela exequente aos cofres da autarquia cessaram em setembro de 2013, após o trânsito em julgado da decisão que constituiu o título executivo.

Ao tempo da decisão, já era possível ao INSS questionar as contribuições vertidas pela autora, o que afasta a alegação de fato modificativo superveniente à sentença, na forma do art. 741, VI, do CPC/1973.

O Juízo é o fiel guardião do julgado, ou seja, na execução o magistrado deve observar os limites objetivos da coisa julgada. Dessa forma, constatada a violação ao julgado, cabe ao Juízo até mesmo anular, de ofício, a execução, restaurando a autoridade da coisa julgada, razão pela qual se torna até mesmo desnecessária a remessa oficial.

Ao determinar que a *incapacidade* deve ser aferida "objetivamente", a decisão transitada em julgado no processo de conhecimento pretendeu consignar que, uma vez aferida a incapacidade por quaisquer meios de prova aceitos em Direito (entre eles a perícia médica), ao ser reconhecida, posteriormente, a existência de renda mensal auferida pelo segurado e que contrarie as conclusões do laudo pericial, isto, por si só, não seria suficiente para afastar o direito à percepção dos valores atrasados do beneficio, devendo este novo elemento ser considerado apenas quando da confecção de novo laudo sócio econômico visando aferir a continuidade ou cessação da condição de miserabilidade.

Não cabe, na execução, reexame de matéria de fato. Assim, deve ser observada na liquidação da sentença o que restou acobertado pela coisa julgada. Não há possibilidade, em fase de execução, de se iniciar nova fase probatória com o intuito de se alterar, ainda que de modo reflexo, as conclusões a que se chegou na fase de conhecimento.

Do mesmo modo, entendo que eventual manutenção da atividade habitual ocorreu porque o benefício foi negado na esfera administrativa, obrigando a trabalhadora a continuar a

trabalhar para garantir sua própria subsistência, e/ou manter a qualidade de segurada, apesar dos problemas de saúde incapacitantes, colocando em risco sua integridade física e agravando suas enfermidades.

Nesse sentido:

> PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE. TERMO INICIAL DO BENEFICIO.INCOMPATIBILIDADE ENTRE O RECEBIMENTO DO BENEFICIO E OLABOR DO SEGURADO. DESCONTO.
> 1- O artigo 557 do Código de Processo Civil consagra a possibilidade de o recurso ser julgado pelo respectivo Relator.
> 2- Segundo entendimento firmado nesta Corte, a decisão do Relator não deve ser alterada quando fundamentada e nela não se vislumbrar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em dano irreparável ou de difícil reparação para a parte.
> 3- Na decisão agravada foi considerado o conjunto probatório, inclusive laudo pericial que concluiu pela incapacidade parcial e permanente para o trabalho, apto a comprovar a incapacidade laboral total e permanente, ensejando a concessão do benefício a partir da data do laudo pericial, ante a ausência de requerimento administrativo do benefício. Precedentes jurisprudenciais.
> 4- O retorno ao labor não afasta a conclusão de haver incapacidade para o labor, pois, o segurado obrigado a aguardar por vários anos a implantação de sua aposentadoria por invalidez, precisa manter-se nesse período, ou seja, viu-se compelido a retornar ao trabalho, por estado de necessidade, sem ter sua saúde restabelecida.
> 5- Com a informação de que a parte autora retornou ao trabalho por curto período de tempo, impõe-se a determinação de desconto do período em que foram vertidas contribuições previdenciárias.
> 6- Agravo parcialmente provido.
> (TRF3, 9ª Turma, AC nº 1180770, Rel. Des. Fed. Daldice Santana, j. 16/5/2011, DJF3 CJ1 Data: 25/5/2011, p. 1194).

As contribuições vertidas junto ao *CNIS* não provam, por si só, que houve exercício de atividade remunerada por parte da autora.

DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA.

O INSS restou vencido nos embargos à execução e, portanto, deve suportar os ônus da sucumbência, sendo esta a consequência lógica do Princípio da Causalidade. No entanto, entendo que os honorários de sucumbência devem corresponder a 10% (dez por cento) da diferença entre o valor pleiteado pela autarquia e o valor ao final acolhido pelo Juízo, conforme entendimento dessa 9ª Turma.

No caso dos autos, o INSS pleiteou a homologação de seus cálculos, de R$ 3.659,37 (três mil, seiscentos e cinquenta e nove reais e trinta e sete centavos), sendo que ao final foram acolhidos os cálculos da exequente, de R$ 44.881,32 (quarenta e quatro mil, oitocentos e oitenta e um reais e trinta e dois centavos). Assim, os honorários de sucumbência devem ser fixados em R$ 4.122,19), o que coincide com o que foi determinado na sentença dos embargos.

NEGO PROVIMENTO ao recurso.

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0011489-86.2016.4.03.6100
(2016.61.00.011489-0)

Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apelado: DANIEL NOVAES ROCHA
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL TÂNIA MARANGONI
Classe do Processo: AMS 368642
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/07/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SEGURO-DESEMPREGO.
- Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, objetivando, em síntese, a liberação do pagamento de parcelas de seguro-desemprego à parte autora, negado em razão da constatação de que era sócio de uma pessoa jurídica inativa.
- A ação foi instruída com documentos, destacando-se os seguintes: distrato social da empresa Rocha e Novaes Informática Ltda, da qual o impetrante era sócio, constando a data de abertura em 14.02.2005 e encerramento das operações em 31.12.2005; comprovante de inscrição no CNPJ da referida empresa, constando a situação cadastral "baixada"; termo de rescisão do contrato de trabalho, sem justa causa, em nome do impetrante, com vínculo empregatício iniciado em 13.04.2006 junto ao Itaú Unibanco S/A e encerrado em 15.07.2015.
- O simples fato de o impetrante ter figurado como sócio em sociedade empresarial, não constitui fundamento para indeferimento do seguro desemprego. Os documentos anexados aos autos comprovam que o impetrante foi proprietário da empresa Rocha e Novaes Informática Ltda, de 14.02.2005 a 31.12.2005, portanto, quando foi contratado em 13.04.2006, a empresa já estava inativa.
- Devido o seguro desemprego em razão do término do vínculo perante o Itaú Unibanco S/A em 15.07.2015.
- Reexame necessário improvido. Apelação da União Federal improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 10 de julho de 2017.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora):

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, objetivando, em síntese, a liberação do pagamento de parcelas de seguro-desemprego à parte autora, negado em razão da constatação de que era sócio de uma pessoa jurídica inativa.

A sentença julgou procedente a ação e concedeu a segurança, para reconhecer o direito líquido e certo da parte impetrante a receber o benefício de seguro desemprego. Custas na forma da lei. Sem condenação em honorários sucumbenciais.

A sentença foi submetida ao reexame necessário.

Informada apela a União Federal, sustentando, em síntese, que não foram preenchidos os requisitos para a concessão do benefício, já que ao tempo do requerimento, o impetrante possuía inscrição de empresa em seu nome.

Regularmente processados, subiram os autos a este E. Tribunal.

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do apelo.

É o relatório.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora):

O benefício de seguro-desemprego, previsto pelos arts. 7º, II, e 201, III, da Constituição Federal, encontra-se disciplinado pela Lei nº 7.998, de 11.01.1990, que, em seu art. 3º, definiu o fato gerador (situação de desemprego involuntário) e os requisitos necessários à sua percepção, fazendo-o nos seguintes termos:

> Art. 3º - Terá direito à percepção do Seguro-Desemprego o trabalhador dispensado sem justa causa que comprove:
> I - ter recebido salários de pessoa jurídica ou pessoa física a ela equiparada, relativos a cada um dos 6 (seis) meses imediatamente anteriores à data da dispensa;
> II - ter sido empregado de pessoa jurídica ou pessoa física a ela equiparada ou ter exercido atividade legalmente reconhecida como autônoma, durante pelo menos 15 (quinze) meses nos últimos 24 (vinte e quatro) meses;
> III - não estar em gozo de qualquer benefício previdenciário de prestação continuada, previsto no Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, excetuado o auxílio-acidente e o auxílio suplementar previstos na Lei nº 6.367, de 19 de outubro de 1976, bem como o abono de permanência em serviço previsto na Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973;
> IV - não estar em gozo do auxílio-desemprego; e
> V - não possuir renda própria de qualquer natureza suficiente à sua manutenção e de sua família.

Será devido, pois, aos trabalhadores involuntariamente desempregados, que satisfaçam os requisitos impostos pelo supracitado dispositivo legal, desde que não incidam nos óbices previstos pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 7.998/90, que indicam as hipóteses em que o benefício será suspenso ou cancelado.

A ação foi instruída com documentos, destacando-se os seguintes: distrato social da empresa Rocha e Novaes Informática Ltda, da qual o impetrante era sócio, constando a data de abertura em 14.02.2005 e encerramento das operações em 31.12.2005; comprovante de inscrição no CNPJ da referida empresa, constando a situação cadastral "baixada"; termo de rescisão do contrato de trabalho, sem justa causa, em nome do impetrante, com vínculo empregatício iniciado em 13.04.2006 junto ao Itaú Unibanco S/A e encerrado em 15.07.2015.

Neste caso, o simples fato de o impetrante ter figurado como sócio em sociedade empresarial, não constitui fundamento para indeferimento do seguro desemprego. Os documentos anexados aos autos comprovam que o impetrante foi proprietário da empresa Rocha e Novaes Informática Ltda, de 14.02.2005 a 31.12.2005, portanto, quando foi contratado em 13.04.2006, a empresa já estava inativa.

Nesse sentido:

> PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SEGURO-DESEMPREGO.
> - Mandado de segurança objetivando, em síntese, que autoridade impetrada fosse compelida a liberar o pagamento de parcelas do seguro-desemprego ao impetrante.
> - No caso concreto, de acordo com a cópia da rescisão de contrato de trabalho de fls. 21, o impetrante trabalhou na empresa Brás Service Serviços Gerais Terceirizados Ltda., de 01/12/09 a 19/05/15 e foi demitido sem justa causa.
> - O impetrante juntou documentos às fls. 68-71 que demonstram que encerrou as atividades da empresa no ano de 2003, passando a declarar perante o Fisco a empresa como inativa, durante os períodos mencionados às fls. 63-67.
> - Assim, restou demonstrado que o segurado não possuiu renda própria de qualquer natureza quando foi demitido da empresa e requereu o seguro desemprego.
> - Apelação da CEF desprovida. Reexame necessário improvido. Apelação da União desprovida. (AMS 00068923020154036126, Des. Federal David Dantas, TRF3 - Oitava Turma, e-DJF3 Judicial 03/04/20170).

Logo, devido o seguro desemprego em razão do término do vínculo perante o Itaú Unibanco S/A em 15.07.2015.

Sendo assim, a r.sentença deve ser mantida.

Ante o exposto, nego provimento ao reexame necessário e ao apelo da União Federal.

É o voto.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0002882-90.2017.4.03.9999
(2017.03.99.002882-1)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: DELMIRO FERREIRA DE OLIVEIRA
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE CRUZEIRO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON PORFÍRIO
Classe do Processo: ApelReex 2218453
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/07/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. LAUDO PRODUZIDO POR FISIOTERAPEUTA. POSSIBILIDADE. AUXÍLIO-DOENÇA. CONCESSÃO. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS.
1. Quanto ao mérito do agravo retido, no sentido de impossibilidade do fisioterapeuta produzir laudo pericial, não merece provimento. Para a comprovação da incapacidade laboral da parte autora o que se exige é a produção de prova pericial, a qual deve ser elaborada de forma a propiciar às partes e ao Juiz o real conhecimento do objeto da perícia. Parece não caracterizar defeito processual o simples fato de um fisioterapeuta ter realizado a perícia, tendo em vista tratar-se de profissional da confiança do Juízo, equidistante das partes, com formação em nível superior e com presumido conhecimento técnico sobre as restrições físicas provocadas pelas enfermidades que acometem a parte autora. Diga-se, ainda, que a parte autora foi submetida a minucioso exame clínico para avaliar suas condições físicas, resultando em confecção de laudo pericial detalhado e bastante elucidativo.
2. Os requisitos do benefício postulado são a incapacidade laboral, a qualidade de segurado e a carência, esta fixada em 12 contribuições mensais, nos termos do art. 25 e seguintes da Lei nº 8.213/91. Deve ser observado ainda, o estabelecido no art. 26, inciso II e art. 151, da Lei 8.213/1991, quanto aos casos que independem do cumprimento da carência; bem como o disposto no parágrafo único, do art. 24, da Lei 8.213/1991.
3. No caso dos autos, restaram comprovados os requisitos (carência e a qualidade de segurado), em consonância com os documentos acostados às fls. 53/57. Além do mais, restou incontroverso ante o recebimento do benefício anteriormente pela parte autora. No tocante à incapacidade, o sr. perito concluiu que a parte autora, portadora de tendinite no ombro direito, apresenta incapacidade parcial e temporária para o exercício de suas funções habituais, porém, suscetível de recuperação (fls. 153/156). Desse modo, do exame do conjunto probatório, concluiu-se que a parte autora faz jus ao recebimento do benefício de auxílio-doença, com termo na data da cessação do benefício, com duração de quatro meses, conforme corretamente explicitado na sentença.
4. O benefício de auxílio-doença tem presumidamente caráter temporário, ou seja, ainda que concedido por determinação judicial, sua manutenção é passível de ser revista periodicamente em perícia médica designada a critério do INSS, nos termos do art. 71 do Plano de Custeio da Seguridade Social.
5. A teor do art. 101 da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.032/95, é obrigatório o comparecimento do segurado aos exames médicos periódicos, sob pena

de suspensão do benefício, assim como a submissão aos programas de reabilitação profissional ou tratamentos prescritos e custeados pela Previdência Social, ressalvadas as intervenções cirúrgicas e transfusões sanguíneas, porque facultativas.
6. A correção monetária deverá incidir sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências e os juros de mora desde a citação, observada eventual prescrição quinquenal, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013, do Conselho da Justiça Federal (ou aquele que estiver em vigor na fase de liquidação de sentença). Os juros de mora deverão incidir até a data da expedição do PRECATÓRIO/RPV, conforme entendimento consolidado pela colenda 3ª Seção desta Corte. Após a expedição, deverá ser observada a Súmula Vinculante 17.
5. Remessa necessária, Agravo retido e apelação desprovidos. Consectários legais fixados de ofício.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 27 de junho de 2017.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO (Relator):

Trata-se de ação pelo procedimento ordinário objetivando a concessão do benefício de auxílio-doença.

Sentença às fls. 203/208, pela procedência do pedido, condenando o INSS a conceder em favor da parte autora o benefício de auxílio-doença, a partir da cessação do benefício (20/04/2016), pelo prazo de quatro meses, a partir da sentença, bem como ao pagamento dos honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor das prestações vencidas até a sentença (Súmula 110/STJ).

Inconformado, apela o INSS, alegando, preliminarmente, o conhecimento e provimento do agravo retido, interposto contra a decisão que deferiu a produção de laudo pericial por fisioterapeuta e, no mérito, pleiteando a reforma integral da sentença, sustentando ausência dos requisitos para a concessão do benefício, bem como, no caso de manutenção da decisão, requer que a correção monetária e os juros de mora sejam calculados nos termos do art. 1º -F da Lei nº 9.494/1997, com a redação Lei nº 11.960/2009 (fls. 219/222).

Sem as contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO (Relator):

Inicialmente, deve ser conhecido o agravo retido interposto às fls. 181/189, uma vez que reiterado na apelação (fl. 219 vº).

Quanto ao mérito do agravo retido, no sentido de impossibilidade do fisioterapeuta produzir laudo pericial, não merece provimento. Para a comprovação da incapacidade laboral da parte autora o que se exige é a produção de prova pericial, a qual deve ser elaborada de forma a propiciar às partes e ao Juiz o real conhecimento do objeto da perícia.

Parece não caracterizar defeito processual o simples fato de um fisioterapeuta ter realizado a perícia, tendo em vista tratar-se de profissional da confiança do Juízo, equidistante das partes, com formação em nível superior e com presumido conhecimento técnico sobre as restrições físicas provocadas pelas enfermidades que acometem a parte autora. Diga-se, ainda, que a parte autora foi submetida a minucioso exame clínico para avaliar suas condições físicas, resultando em confecção de laudo pericial detalhado e bastante elucidativo.

Nesse sentido, há inclusive precedente desta Turma:

> PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUXÍLIO-DOENÇA. ARTIGOS 42, *CAPUT* E § 2º, 59 e 62 DA LEI Nº 8.213/91. PRELIMINAR DE NULIDADE DE PERÍCIA REALIZADA POR FISIOTERAPEUTA. NÃO COMPROVADA A INCAPACIDADE LABORAL. BENEFÍCIO INDEVIDO.
> 1. Deve ser rejeitada a alegada nulidade da sentença ao argumento de ter sido fundamentada em laudo produzido por fisioterapeuta. Para a comprovação de eventual incapacidade para o exercício de atividade que garanta a subsistência é necessária a produção de prova pericial, a qual deve ser elaborada de forma a propiciar às partes e ao Juiz o real conhecimento do objeto da perícia, descrevendo de forma clara e inteligível as suas conclusões, bem como as razões em que se fundamenta, e, por fim, responder os quesitos apresentados pelas partes e, eventualmente, pelo Juiz.
> 2. Não comprovada a incapacidade para o trabalho, desnecessária a incursão sobre os demais requisitos exigidos para a concessão.
> 3. Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora não provida
> (TRF3- 10ª T- AC nº 0039119-60.2016.4.03.9999, Rel. Desemb. Fed. Lúcia Ursaia, j. 07.02.2017, v. u., DJF3 06.02.2017).

Passo ao exame do mérito da apelação.

O benefício da aposentadoria por invalidez está previsto no art. 42 e seguintes da Lei nº 8.213/91, pelo qual:

> [...] A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.
> § 1º A concessão de aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de incapacidade mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social, podendo o segurado, às suas expensas, fazer-se acompanhar de médico de sua confiança [...].

Por sua vez, o benefício de auxílio-doença consta do art. 59 e seguintes do referido diploma legal, a saber:

> [...] será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos [...].

Os requisitos do benefício postulado são, portanto, a incapacidade laboral, a qualidade de segurado e a carência, esta fixada em 12 contribuições mensais, nos termos do art. 25 e seguintes da Lei nº 8.213/91. Deve ser observado ainda, o estabelecido no art. 26, inciso II e art. 151, da Lei 8.213/1991, quanto aos casos que independem do cumprimento da carência; bem como o disposto no parágrafo único, do art. 24, da Lei 8.213/1991.

> Art. 24. Período de carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências.
> Parágrafo único. Havendo perda da qualidade de segurado, as contribuições anteriores a essa data só serão computadas para efeito de carência depois que o segurado contar, a partir da nova filiação à Previdência Social, com, no mínimo, 1/3 (um terço) do número de contribuições exigidas para o cumprimento da carência definida para o benefício a ser requerido.

Quanto à qualidade de segurado, estabelece o art. 15 da Lei nº 8.212/91, que mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições: (...) II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração.

O prazo mencionado será prorrogado para até 24 (vinte e quatro) meses se o segurado já houver pago mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.

Havendo perda da qualidade de segurado, as contribuições anteriores a essa data só serão computadas para efeito de carência depois que o segurado contar, a partir da nova filiação à Previdência Social, com, no mínimo, 1/3 (um terço) do número de contribuições exigidas para o cumprimento da carência definida para o benefício a ser requerido.

No caso dos autos, restaram comprovados os requisitos (carência e a qualidade de segurado), em consonância com os documentos acostados às fls. 53/57. Além do mais, restou incontroverso ante o recebimento do benefício anteriormente pela parte autora.

No tocante à incapacidade, o sr. perito concluiu que a parte autora, portadora de tendinite no ombro direito, apresenta incapacidade parcial e temporária para o exercício de suas funções habituais, porém, suscetível de recuperação (fls. 153/156).

Deste modo, do exame do conjunto probatório, concluiu-se que a parte autora faz jus ao recebimento do benefício de auxílio-doença, com termo na data da cessação do benefício, com duração de quatro meses, conforme corretamente explicitado na sentença.

O benefício de auxílio-doença tem presumidamente caráter temporário, ou seja, ainda que concedido por determinação judicial, sua manutenção é passível de ser revista periodicamente em perícia médica designada a critério do INSS, nos termos do art. 71 do Plano de Custeio da Seguridade Social.

A teor do art. 101 da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.032/95, é obrigatório o comparecimento do segurado aos exames médicos periódicos, sob pena de suspensão do benefício, assim como a submissão aos programas de reabilitação profissional ou tratamentos prescritos e custeados pela Previdência Social, ressalvadas as intervenções cirúrgicas e transfusões sanguíneas, porque facultativas.

A correção monetária deverá incidir sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências e os juros de mora desde a citação, observada eventual prescrição quinquenal, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013, do Conselho da Justiça Federal (ou aquele que estiver em vigor na fase de liquidação de sentença). Os juros de mora deverão incidir até a data da expedição do PRECATÓRIO/RPV, conforme entendimento consolidado pela colenda 3ª Seção desta Corte. Após a expedição, deverá ser observada a Súmula Vinculante 17.

Embora o INSS seja isento do pagamento de custas processuais, deverá reembolsar as despesas judiciais feitas pela parte vencedora e que estejam devidamente comprovadas nos autos (Lei nº 9.289/96, artigo 4º, inciso I e parágrafo único).

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO, À REMESSA OFICIAL E À APELAÇÃO DO INSS e de ofício, fixo os consectários legais.

É o voto.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

APELAÇÃO CÍVEL
0012798-51.2017.4.03.9999
(2017.03.99.012798-7)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: LUCAS APARECIDO ABREU SALLES E ROSANGELA CANDIDA DE ABREU SALLES
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE JACUPIRANGA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO
Classe do Processo: AC 2235700
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/08/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO POR MORTE. ESPOSA. CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. PAGAMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS PELOS DEPENDENTES. IMPOSSIBILIDADE.
I - Ante a comprovação da relação marital e filiação entre os autores e o falecido, há que se reconhecer a sua condição de dependentes, sendo, pois, desnecessário trazer aos autos qualquer outra prova de dependência econômica, eis que esta é presumida, nos termos do § 4º, do artigo 16, da Lei nº 8.213/91, por se tratar de dependentes arrolados no inciso I do mesmo dispositivo.
II - O falecido exerceu atividade remunerada, na condição de contribuinte individual, até a data do evento morte, na forma prevista no art. 11, V, "g", da Lei nº 8.213/91, sem efetuar o recolhimento das contribuições previdenciárias pertinentes ao período correspondente.
III - O INSS admitia a concessão da pensão por morte fundada em contribuições feitas após a morte do instituidor até o advento da Instrução Normativa nº 15, de 15.03.2007, não sendo aceita, contudo, inscrição post mortem. Contudo, a partir desse momento a Autarquia passou a entender ser imprescindível o recolhimento das contribuições previdenciárias pelo próprio segurado quando em vida para que seus dependentes possam receber o benefício de pensão por morte.
IV - Considerando que a legislação aplicável ao caso em tela é aquela vigente à época do óbito, momento no qual se verificou a ocorrência de fato com aptidão, em tese, para gerar o direito da autora ao benefício vindicado, deve ser aplicada a vedação à regularização do débito por parte dos dependentes, que sobreveio apenas com o advento da Instrução Normativa nº 15, de 15.03.2007, não podendo ser consideradas as contribuições vertidas após o óbito do segurado.
V - O E. STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1110565/SE (Relator Ministro Felix Fischer, julgado em 27.05.2009, Dje de 03.08.2009), realizado na forma do artigo 543-C do CPC de 1973, assentou o entendimento de que a manutenção da qualidade de segurado do *de cujus* é indispensável para a concessão do benefício de pensão por morte aos dependentes, excepcionando-se essa condição somente nas hipóteses em que o falecido preencheu em vida os requisitos necessários para a concessão de uma das espécies de aposentadoria, o que não se verifica no caso em tela.
VI - Remessa oficial, tida por interposta, e apelação do INSS providas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 25 de julho de 2017.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator):

Trata-se de apelação interposta em face de sentença que julgou procedente o pedido formulado em ação previdenciária, para condenar o réu a conceder aos autores o benefício de pensão por morte decorrente do falecimento de Francisco Tadeu Salles, ocorrido em 07.11.2014, a contar da data do requerimento administrativo (16.02.2015). As prestações em atraso serão corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal. Condenado o requerido, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios no importe de 10% (dez por cento) sobre as prestações vencidas até a data da sentença. Sem custas.

Em suas razões recursais, alega o INSS, em síntese, que não foram comprovados os requisitos para a concessão do benefício em questão, tendo em vista a falta de qualidade de segurado do *de cujus* por ocasião do óbito, uma vez que estava vinculado à Seguridade Social na qualidade de contribuinte individual, devendo comprovar o recolhimento de contribuições previdenciárias. Aduz que a última contribuição vertida pelo finado se deu em fevereiro de 2007, pelo que manteve a qualidade de segurado tão-somente até 15.04.2008, vindo a falecer em 07.11.2014. Subsidiariamente, requer sejam observados os critérios de cálculo de correção monetária e juros de mora previstos na Lei nº 11.960/09.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento da apelação do réu, reformando-se a sentença, *ex officio*, apenas no que tange à data de início do benefício do coautor Lucas Aparecido Abreu Salles.

É o relatório.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator):

Recebo a apelação do INSS, na forma do artigo 1.011 do CPC de 2015.

Da remessa oficial tida por interposta.

Aplica-se ao caso o Enunciado da Súmula 490 do E. STJ, que assim dispõe:

> A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.

Do mérito.

Objetivam os autores a concessão do benefício previdenciário de pensão por morte, na qualidade de esposa e filho menor de Francisco Tadeu Salles, falecido em 07.11.2014, conforme certidão de óbito de fl. 14.

Ante a comprovação da relação marital entre a coautora Rosângela Cândida de Abreu e o falecido (certidão de casamento de fl. 12), bem como a filiação do coautor Lucas Aparecido Abreu Salles (certidão de nascimento de fl. 21), há que se reconhecer a sua condição de dependentes, sendo, pois, desnecessário trazer aos autos qualquer outra prova de dependência econômica, eis que esta é presumida, nos termos do § 4º, do artigo 16, da Lei nº 8.213/91, por se tratar de dependentes arrolados no inciso I do mesmo dispositivo.

Quanto à qualidade de segurado do *de cujus*, observa-se dos documentos constantes dos autos, especialmente o extrato do CNIS de fl. 18, que ele era vinculado ao RGPS na qualidade de contribuinte individual, tendo recolhido contribuições previdenciárias em novembro de 1999, outubro de 2003 a fevereiro de 2007 e novembro de 2013 a novembro de 2014. Ressalto que, na qualidade de contribuinte individual, era o finado responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, nos termos da legislação vigente.

Depreende-se, no entanto, pelo documento de fl. 37, que os recolhimentos previdenciários relativos às competências de novembro de 2013 a novembro de 2014 foram efetuados somente em 21.11.2014, ou seja, após o óbito do *de cujus*.

A esse respeito, a questão relativa à regularização do débito do falecido por parte dos dependentes chegou a ser admitida por atos normativos da própria autarquia previdenciária, cujo histórico passo a analisar.

A Instrução Normativa nº 118, de 14.04.2005, assim dispunha em seu artigo 282, III e § 2º:

> Art. 282. Caberá a concessão nas solicitações de pensão por morte em que haja débito decorrente do exercício de atividade do segurado contribuinte individual, desde que comprovada a manutenção da qualidade de segurado perante o RGPS.
> (...)
> III - admitir-se-á ainda a regularização espontânea do débito por parte dos dependentes, nas seguintes hipóteses:
> a) exista inscrição e contribuições regulares, efetivadas pelo segurado, com paralisação dos recolhimentos por período superior aos prazos estabelecidos para manutenção da qualidade de segurado;
> b) exista apenas inscrição formalizada pelo segurado, sem o recolhimento da primeira contribuição.
> § 2º Cabe ao INSS, quando da solicitação do benefício, promover as orientações cabíveis aos dependentes, facultando-lhes o pagamento dos eventuais débitos deixados pelo segurado, alertando inclusive que o não pagamento do débito ensejará o indeferimento do pedido.

A Instrução Normativa nº 11/2005 foi revogada pela Instrução Normativa nº 11, de 20.09.2006, a qual manteve a possibilidade de os dependentes efetuarem o recolhimento das contribuições devidas pelo ex-segurado, após o seu óbito, para afastar a perda da qualidade de segurado, consoante se depreende da redação de seu artigo 282, III e § 2º:

> Art. 282. Caberá a concessão nas solicitações de pensão por morte em que haja débito decorrente do exercício de atividade do segurado contribuinte individual, desde que comprovada a manutenção da qualidade de segurado perante o RGPS.

> (...)
> III - admitir-se-á ainda a regularização espontânea do débito por parte dos dependentes, nas seguintes hipóteses:
> a) exista inscrição e contribuições regulares, efetivadas pelo segurado, com paralisação dos recolhimentos por período superior aos prazos estabelecidos para manutenção da qualidade de segurado;
> b) exista apenas inscrição formalizada pelo segurado, sem o recolhimento da primeira contribuição.
> § 2º Cabe ao INSS, quando da solicitação do benefício, promover as orientações cabíveis aos dependentes, facultando-lhes o pagamento dos eventuais débitos deixados pelo segurado, alertando inclusive que o não pagamento do débito ensejará o indeferimento do pedido.

A redação do § 2º do artigo 282 da Instrução Normativa nº 11/2006 foi alterada pela Instrução Normativa nº 15, de 15.03.2007, deixando de prever a possibilidade de regularização *post mortem* das contribuições em atraso do contribuinte individual, para fins de concessão de pensão:

> Art. 282. Caberá a concessão nas solicitações de pensão por morte em que haja débito decorrente do exercício de atividade do segurado contribuinte individual, desde que comprovada a manutenção da qualidade de segurado perante o RGPS, na data do óbito.
> § 1º A manutenção da qualidade de segurado de que trata o *caput* deste artigo far-se-á mediante, pelo menos, uma contribuição vertida em vida até a data do óbito, desde que entre uma contribuição e outra ou entre a última contribuição recolhida pelo segurado em vida e o óbito deste, não tenha transcorrido o lapso temporal a que se refere o art. 13 do RPS e demais disposições contidas nesta Instrução Normativa.
> § 2º Não será considerada a inscrição realizada após a morte do segurado pelos dependentes, bem como não serão consideradas as contribuições vertidas após a extemporânea inscrição para efeito de manutenção da qualidade de segurado.

Em 10.10.2007, sobreveio a Instrução Normativa nº 20, que revogou a Instrução Normativa nº 11/2006, mantendo os termos da Instrução Normativa nº 15, de 15.03.2007.

Por fim, foi editada a Instrução Normativa nº 45, de 06.08.2010, que revogou a Instrução Normativa nº 20/2007, passando a regular o benefício de pensão por morte em seu artigo 328, *in verbis*:

> Art. 328. Caberá a concessão nas solicitações de pensão por morte em que haja débito decorrente do exercício de atividade do segurado contribuinte individual, desde que comprovada a manutenção da qualidade de segurado perante o RGPS na data do óbito.
> § 1º A manutenção da qualidade de segurado de que trata o *caput* far-se-á mediante, pelo menos, uma contribuição vertida em vida até a data do óbito, desde que entre uma contribuição e outra ou entre a última contribuição recolhida pelo segurado em vida e o óbito deste, não tenha transcorrido o lapso temporal a que se refere o art. 10, observadas as demais condições exigidas para o benefício.
> § 2º Não será considerada a inscrição realizada após a morte do segurado pelos dependentes, bem como não serão consideradas as contribuições vertidas após a extemporânea inscrição para efeito de manutenção da qualidade de segurado.
> § 3º O recolhimento das contribuições obedecerá as regras de indenização constantes no art. 61.

Da análise dos atos normativos acima transcritos, verifica-se que o INSS admitia a concessão da pensão por morte fundada em contribuições feitas após a morte do instituidor até

o advento da Instrução Normativa nº 15, de 15.03.2007, não sendo aceita, contudo, inscrição *post mortem*. Apenas a partir desse momento é que a Autarquia passou a entender ser imprescindível o recolhimento das contribuições previdenciárias pelo próprio segurado quando em vida para que seus dependentes possam receber o benefício de pensão por morte.

Relembre-se que, no caso dos autos, objetivam os autores a concessão do benefício previdenciário de Pensão por Morte decorrente de falecimento ocorrido em 07.11.2014.

Sendo assim, considerando que a legislação aplicável ao caso em tela é aquela vigente à época do óbito, momento no qual se verificou a ocorrência de fato com aptidão, em tese, para gerar o direito da parte autora ao benefício vindicado, deve ser aplicada a vedação à regularização do débito por parte dos dependentes, que sobreveio com o advento da Instrução Normativa nº 15, de 15.03.2007, não podendo ser consideradas as contribuições vertidas após o óbito do *de cujus*.

Dessa forma, considerando que a última contribuição válida foi vertida pelo falecido em fevereiro de 2007, ele não mais ostentava a qualidade de segurado do RGPS na data do óbito, em 07.11.2014.

Destaco, por fim, que o E. STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1110565/SE (Relator Ministro Felix Fischer, julgado em 27.05.2009, Dje de 03.08.2009), realizado na forma do artigo 543-C do CPC de 1973, assentou o entendimento de que a manutenção da qualidade de segurado do *de cujus* é indispensável para a concessão do benefício de pensão por morte aos dependentes, excepcionando-se essa condição somente nas hipóteses em que o falecido preencheu em vida os requisitos necessários para a concessão de uma das espécies de aposentadoria. Confira-se:

> RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO AOS DITAMES DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO Nº 8/STJ. PENSÃO POR MORTE. PERDA PELO DE CUJUS DA CONDIÇÃO DE SEGURADO. REQUISITO INDISPENSÁVEL AO DEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. EXCEÇÃO. PREENCHIMENTO EM VIDA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À APOSENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO.
> I - A condição de segurado do de cujus é requisito necessário ao deferimento do benefício de pensão por morte aos(s) seu(s) dependente(s). Excepciona-se essa regra, porém, na hipótese de o falecido ter preenchido, ainda em vida, os requisitos necessários à concessão de uma das espécies de aposentadoria do Regime Geral de Previdência Social - RGPS. Precedentes.
> II - *In casu*, não detendo a de cujus, quando do evento morte, a condição de segurada, nem tendo preenchido em vida os requisitos necessários à sua aposentação, incabível o deferimento do benefício de pensão por morte aos seus dependentes.
> Recurso especial provido.
> (Resp 111.056-5/SE; Rel. Ministro Felix Fischer; 3ª Seção; 27.05.2009; Dje 03.08.2009)

Destaco, nesse contexto que o Sr. Francisco Tadeu Salles faleceu em decorrência de infarto agudo do miocárdio com 51 anos de idade, não fazendo jus, portanto aos benefícios de aposentadoria por invalidez ou idade, tampouco contando com contribuições suficientes à obtenção da aposentadoria por tempo de serviço.

Dessa forma, não há como acolher a pretensão dos demandantes.

Diante do exposto, *dou provimento à remessa oficial, tida por interposta, e à apelação do INSS, para julgar improcedente o pedido.* Em se tratando de beneficiários da Assistência Judiciária Gratuita, não há ônus de sucumbência a suportar.

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0015416-66.2017.4.03.9999
(2017.03.99.015416-4)

Apelante: ELAINE CRISTINA LUCAS
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE PORTO FERREIRA - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO RODRIGO ZACHARIAS
Classe do Processo: AC 2240829
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/08/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. SEGURADA EMPREGADA URBANA. DEMISSÃO. MANUTENÇÃO DA CONDIÇÃO DE SEGURADA. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO. INSS. DIREITO AO BENEFÍCIO. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APELAÇÃO PROVIDA.
- O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 dias, com início no período entre 28 dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção da maternidade.
- A legislação previdenciária garante a manutenção da qualidade de segurado, até 12 meses após a cessação das contribuições, àquele que deixar de exercer atividade remunerada.
- A responsabilidade pelo pagamento do benefício é do INSS pois, apesar de o art. 72 da Lei 8.213/91 determinar, à época, que a responsabilidade pelo pagamento do salário-maternidade era da empresa, esta era ressarcida pela autarquia, sujeito passivo onerado.
- O fato de ser atribuição da empresa pagar o salário-maternidade no caso da segurada empregada não afasta a natureza de benefício previdenciário da prestação em discussão. Ademais, a teor do disposto no artigo 72, § 2º, da Lei 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 10.710, de 5/8/2003, a responsabilidade final pelo pagamento do benefício é do INSS, na medida em que a empresa tem direito a efetuar compensação com as contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos. Se assim é, não há razão para eximir o INSS de pagar o que, em última análise, é de sua responsabilidade.
- Quanto à correção monetária, esta deve ser aplicada nos termos da Lei nº 6.899/81 e da legislação superveniente, bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, observado o disposto na Lei nº 11.960/2009, consoante Repercussão Geral no RE nº 870.947, em 16/4/2015, Rel. Min. Luiz Fux e Informativo 833 do Supremo Tribunal Federal.
- Com relação aos juros moratórios, estes são fixados em 0,5% (meio por cento) ao mês, contados da citação, por força dos artigos 1.062 do antigo CC e 219 do CPC/73, até a vigência do novo CC (11/1/2003), quando esse percentual foi elevado a 1% (um por cento) ao mês, nos termos dos artigos 406 do novo CC e 161, § 1º, do CTN, devendo, a partir de julho de 2009, serem *mantidos* no percentual de 0,5% ao mês, observadas as

alterações introduzidas no art. 1-F da Lei nº 9.494/97 pelo art. 5º da Lei nº 11.960/09, pela MP nº 567, de 03 de maio de 2012, convertida na Lei nº 12.703, de 07 de agosto de 2012, e por legislação superveniente. Em relação às parcelas vencidas antes da citação, os juros são devidos desde então de forma global e, para as vencidas depois da citação, a partir dos respectivos vencimentos, de forma decrescente.
- Invertida a sucumbência, condeno o INSS a pagar honorários de advogado, arbitrados em 12% (doze por cento) sobre o valor da condenação, consoante critérios do artigo 85, §§ 1º, 2º, 3º, I, e 11, do Novo CPC, já computada a majoração decorrente da fase recursal. Não há se falar em prestações vincendas e aplicação da Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça, pois o percentual recairá sobre montante fixo.
- Referentemente às custas processuais, no Estado de São Paulo, delas está isenta a Autarquia Previdenciária, a teor do disposto nas Leis Federais nº 6.032/74, 8.620/93 e 9.289/96, bem como nas Leis Estaduais nº 4.952/85 e 11.608/03. Contudo, tal isenção não exime a Autarquia Previdenciária do pagamento das custas e despesas processuais em restituição à parte autora, por força da sucumbência, na hipótese de pagamento prévio.
- Apelação da parte autora provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 31 de julho de 2017.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator):

Cuida-se de apelação interposta em face da r. sentença que julgou improcedente o pedido de concessão o benefício de salário-maternidade.

Em suas razões, a parte autora requer a reforma do julgado para que seja concedido o benefício, porque possuía a qualidade de segurada na data do nascimento da filha.

Contrarrazões não apresentadas.

Subiram os autos a esta egrégia Corte, tendo sido distribuídos a este relator.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator):

Conheço a apelação, porque presentes os requisitos de admissibilidade.

No mérito, discute-se o preenchimento dos requisitos necessários à concessão de salário-maternidade.

O salário-maternidade é garantido pela Constituição Federal em seu artigo 7º, XVIII, com status de direito fundamental, ao versar:

> São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
> (...)
> XVIII- licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias.

A Lei nº 8.213/91, em seu artigo 71, *caput*, regulamenta a matéria:

> Art. 71. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade.

Já o inciso VI do artigo 26 da referida lei dispõe que a concessão do salário- maternidade à segurada empregada independe de carência (número mínimo de contribuições mensais).

> Art. 26. *Independe de carência a concessão das seguintes prestações*:
> (...)
> VI - salário-maternidade para as *seguradas empregada*, trabalhadora avulsa e empregada doméstica. (Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)

Os requisitos para concessão do benefício em discussão são, de um lado, a demonstração da maternidade e, de outro, a comprovação da qualidade de segurada da Previdência.

Também dispõe a atual redação do artigo 97 do Decreto nº 3.048/99 (g.n.):

> Art. 97. O salário-maternidade da segurada empregada será devido pela previdência social enquanto existir relação de emprego, observadas as regras quanto ao pagamento desse benefício pela empresa. (Redação dada pelo Decreto nº 6.122, de 2007)
> Parágrafo único. Durante o período de graça a que se refere o art. 13, *a segurada desempregada fará jus ao recebimento do salário-maternidade* nos casos de demissão antes da gravidez, ou, durante a gestação, nas hipóteses de dispensa por justa causa ou a pedido, situações em que o benefício será pago diretamente pela previdência social. (Incluído pelo Decreto nº 6.122, de 2007)

No caso em discussão, o parto ocorreu em 28/12/2015 (f. 16).

Ademais, as anotações em Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS e dados do Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, sobretudo o contrato de trabalho de 6/1/2011 a 9/6/2015, demonstram que, na ocasião do parto, a autora mantinha a qualidade de segurada, uma vez que mantida a qualidade de segurada por até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, nos termos do inciso II do art. 15 da Lei de Benefícios, de modo que ainda mantida tal condição quando do requerimento administrativo do benefício em questão.

Embora a autarquia só admita a concessão de salário-maternidade durante o período de graça a partir da alteração promovida pelo Decreto nº 6.122, de 13/06/2007, no artigo 97 do

Decreto nº 3.048/99, a questão já se encontrava pacificada na jurisprudência.

Nesse sentido os julgados:

> PREVIDENCIÁRIO. ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. SALÁRIO-MATERNIDADE. ART. 15 DA LEI Nº 8.213/91. QUALIDADE DE SEGURADA MANTIDA. BENEFÍCIO DEVIDO.
> 1. Não ocorre omissão quando o Tribunal de origem decide fundamentadamente todas as questões postas ao seu crivo.
> 2. A legislação previdenciária garante a manutenção da qualidade de segurado, independentemente de contribuições, àquele que deixar de exercer atividade remunerada pelo período mínimo de doze meses.
> 3. Durante esse período, chamado de graça, o segurado desempregado conserva todos os seus direitos perante a Previdência Social, a teor do art. 15, II, e § 3º, Lei nº 8.213/91.
> 4. Comprovado nos autos que a segurada, ao requerer o benefício perante a autarquia, mantinha a qualidade de segurada, faz jus ao referido benefício.
> 5. Recurso especial improvido.
> (RESP 200301078535, Min. PAULO GALLOTTI, STJ - SEXTA TURMA, 24/10/2005)

> PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO (CPC, ART. 557, §1º). SALÁRIO MATERNIDADE. DESEMPREGO. QUALIDADE DE SEGURADA MANTIDA.
> I - Não obstante o art. 97 do Decreto nº 3.048/1999 condicionasse a concessão do benefício à existência da relação de emprego, tal exigência não poderia prevalecer, pois foi introduzida por ato administrativo emanado do Poder Executivo, cujo comando não pode se sobrepor à lei, que não prevê a aludida condição.
> II - Auferida a qualidade de segurada nos termos do art. 15 da Lei nº 8.213/91, uma vez que o fato gerador do direito ocorreu no período de "graça" previsto no inciso II do retro mencionado dispositivo legal, faz a autora jus ao benefício pleiteado.
> III - O prazo previsto no inciso II do art. 15 da Lei nº 8.213/91 pode ser estendido para 24 meses, nos termos do § 2º do supracitado artigo, sendo desnecessário o registro perante o Ministério do Trabalho, bastando a ausência de contrato de trabalho para a comprovação de desemprego.
> IV - A demandante logrou comprovar a existência de vínculo empregatício até 16.06.2003 (CTPS - fl. 33), tendo efetuado mais 04 (quatro) recolhimentos na qualidade de contribuinte individual, nos meses de novembro/2004 a fevereiro/2005 (fl. 42/45).
> V - Restaram preenchidos os requisitos indispensáveis à concessão do benefício de salário-maternidade, nos termos do artigo 71 e seguintes, da Lei nº 8.213/91.
> VI - A decisão monocrática apreciou os documentos que instruíram a inicial, sopesando todos os elementos apresentados, segundo o princípio da livre convicção motivada.
> VII - Agravo (CPC, art. 557, §1º) interposto pelo réu improvido.
> (AC 200703990272842, JUIZ FED. CONV. MARCUS ORIONE, TRF3 - DÉCIMA TURMA, 21/10/2009)

> PREVIDENCIÁRIO - SALÁRIO-MATERNIDADE - ART. 71 DA LEI Nº 8.213/91 - MANUTENÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADA - ART. 15, INC. II, DA LEI Nº 8.213/91 - CONSECTÁRIOS - APELAÇÃO DO INSS PROVIDA PARCIALMENTE. Não é necessária a existência de vínculo empregatício para a concessão do salário-maternidade, bastando a comprovação da manutenção da qualidade de segurada. O art. 97 do Decreto nº 3.048/99, ao restringir a concessão do salário-maternidade à existência de relação empregatícia, exorbitou a competência regulamentar prevista constitucionalmente, dispondo de modo diverso da previsão legal. Comprovada a manutenção da qualidade de segurada na data do parto, nos termos do art. 15, inc. II, da Lei nº 8.213/91, é de ser reconhecido o direito ao beneficio de salário-maternidade.

> A correção monetária das parcelas vencidas dar-se-á nos termos da legislação previdenciária, das Súmulas nºs 08 desta Corte e 148 do C. STJ, bem como da Resolução nº 561/2007 do Conselho da Justiça Federal, da data em que se tornou devido o benefício. Os juros de mora incidirão, a partir da citação, à razão de 1% ao mês, na forma do art. 406 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Honorários advocatícios fixados no percentual de 10%, esclarecendo ser a sua incidência somente sobre o valor da condenação até a sentença, nos termos da Súmula nº 111 do C. STJ e, ainda, em consonância com o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC, bem como o entendimento desta Turma. Apelação do INSS parcialmente provida.
> (AC 200603990095319, DES. FED. LEIDE POLO, TRF3 - SÉTIMA TURMA, 30/09/2009)

Ademais, sublinhe-se o fato de que a estabilidade de emprego garantida à gestante nos termos do artigo 10, inciso II, alínea "b", do ADCT, não afasta a obrigação da autarquia ao pagamento do salário maternidade, consoante, aliás, já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça:

> PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. SALÁRIO-MATERNIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO CARACTERIZAÇÃO. DISPENSA ARBITRÁRIA. MANUTENÇÃO DA CONDIÇÃO DE SEGURADA. PAGAMENTO PELO INSS DE FORMA DIRETA. CABIMENTO NO CASO. PROTEÇÃO À MATERNIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 267, V E DO ART. 467, DO CPC. SÚMULA 284/STF. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E NESSA PARTE NÃO PROVIDO.
> 1. Alegada violação do art. 535, II, do CPC rejeitada, pois o Tribunal *a quo* enfrentou os temas tidos por omissos, quais sejam, a legislação aplicável ao caso e a distribuição da verba honorária.
> 2. Relativamente à alegação de violação dos arts. 267, V e do art. 467, ambos do CPC, recai ao recurso especial a Súmula 284/STF, na medida que não foram desenvolvidas as razões de recorrer.
> 3. O salário-maternidade foi instituído com o objetivo de proteger a maternidade, sendo, inclusive, garantido constitucionalmente como direito fundamental, nos termos do art. 7º da CF; assim, qualquer norma legal que se destine à implementação desse direito fundamental deve ter em conta o objetivo e a finalidade da norma.
> 4. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 dias, com início no período entre 28 dias antes do parto e data da ocorrência deste.
> 5. A legislação previdenciária garante a manutenção da qualidade de segurado, até 12 meses após a cessação das contribuições, ao segurado que deixar de exercer atividade remunerada.
> 6. A segurada, ora recorrida, tem direito ao salário-maternidade enquanto mantiver esta condição, pouco importando eventual situação de desemprego.
> 7. O fato de ser atribuição da empresa pagar o salário-maternidade no caso da segurada empregada não afasta a natureza de benefício previdenciário da prestação em discussão, que deve ser pago, no presente caso, diretamente pela Previdência Social.
> 8. A responsabilidade final pelo pagamento do benefício é do INSS, na medida que a empresa empregadora tem direito a efetuar compensação com as contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos.
> 9. Recurso especial conhecido em parte e nessa parte não provido.
> (RESP 201200308258, MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 28/05/2013 ..DTPB:.)

A controvérsia, portanto, insere-se no tocante à responsabilidade pelo pagamento do salário-maternidade à gestante que foi demitida imotivadamente, para avaliar se referido pagamento seria devido pela Previdência Social ou pelo órgão empregador.

Não se sustenta a alegação da autarquia previdenciária de ilegitimidade passiva e de que

a responsabilidade pelo pagamento dos valores correspondentes ao benefício é do empregador de forma direta.

Em uma relação de emprego sob a normalidade jurídica, a responsabilidade pelo pagamento das prestações relativas ao benefício salário-maternidade competiria ao empregador.

Todavia, a recorrida, sob a condição de gestante, foi demitida do emprego sem justa-causa.

Com efeito, não houve desvinculação previdenciária. A legislação previdenciária garante a manutenção da qualidade de segurado, independentemente de contribuições àquele que deixar de exercer atividade remunerada pelo período mínimo de doze meses.

O fato de ser atribuição da empresa pagar o salário-maternidade no caso da segurada empregada não afasta a natureza de benefício previdenciário da prestação em discussão. Além disso, a responsabilidade final pelo pagamento do benefício, como se percebe do dispositivo acima transcrito, é do INSS, na medida em que a empresa tem direito a efetuar compensação com as contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos.

Se assim é, não há razão para eximir o INSS de pagar o que, em última análise, é de sua responsabilidade. A segurada não pode ser penalizada com a negativa do benefício previdenciário, que lhe é devido, pelo fato de ter sido indevidamente dispensada do trabalho.

Nesse sentido já se manifestou o STJ, *in verbis*:

> PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. OMISSÃO. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. SALÁRIO-MATERNIDADE. SEGURADA DESEMPREGADA. CABIMENTO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PAGAMENTO PELO INSS.
> 1. A alegação genérica de violação do art. 535 do Código de Processo Civil, sem explicitar os pontos em que teria sido omisso o acórdão recorrido, atrai a aplicação do disposto na Súmula 284/STF.
> 2. O salário-maternidade tem natureza previdenciária, consoante expressamente previsto no art. 18, "g", da Lei nº 8.213/91.
> 3. Por seu turno, o art. 71 da Lei de Benefícios estabelece como requisito para fruição do salário-maternidade estar a beneficiária em gozo da qualidade de "segurada".
> 4. A condição de desempregada é fato que não impede o gozo do benefício, bastando a tanto que a beneficiária ainda se encontre na qualidade de segurada, e a legislação previdenciária garante tal condição àquele que deixar de exercer atividade remunerada pelo período mínimo de doze meses, independentemente de contribuição.
> 5. Durante esse período, chamado de graça, o segurado desempregado conserva todos os seus direitos perante a Previdência Social, a teor do art. 15, II, e § 3º, Lei nº 8.213/91.
> 6. O salário-maternidade deve ser arcado pelo INSS, uma vez que o caráter contributivo obrigatório estabelece vínculo apenas entre o segurado e a Previdência Social, única legitimada a responder pelos diversos benefícios legalmente instituídos.
> 7. O empregador, quando promove o pagamento do benefício, apenas atua como facilitador da obrigação devida pelo INSS, a quem incumbe suportar o encargo previdenciário.
> 8. "A responsabilidade final pelo pagamento do benefício é do INSS, na medida que a empresa empregadora tem direito a efetuar compensação com as contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos" (REsp 1.309.251/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2013, DJe 28/05/2013).
> Recurso especial conhecido em parte e improvido.
> (REsp 1.511.048/PR, Segunda Turma, Relator Ministro Humberto Martins, julgado em 7/4/2015, DJe 13/4/2015)

> PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE SALÁRIO-MATERNIDADE À SEGURADA EMPREGADA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO INSS. OBRIGAÇÃO JURÍDICO-PREVIDENCIÁRIA.

EMPRESA PAGA O BENEFÍCIO EM NOME DA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA FEDERAL.
1. Recurso especial interposto pelo INSS no qual questiona a ofensa aos artigos 267, VI, do CPC e 72, § 1º, da Lei nº 8.213/91 ao argumento de que compete ao empregador pagar, em juízo, o salário-maternidade à empregada gestante.
2. A observância da literalidade do dispositivo da Lei de Benefícios, a fim de imputar à empresa a legitimidade passiva *ad causam*, indica inicialmente tratamento desigual a iguais, máxime porque em eventual lide as demais seguradas poderão acionar diretamente a autarquia previdenciária federal. De outro lado, impor à segurada empregada o ajuizamento de ação contra o empregador, para, só então, lhe garantir a via judicial contra o INSS denotaria estabelecer responsabilidade subsidiária deste não prevista em lei, nulificando por completo a efetividade do benefício.
3. A interpretação sistemática e teleológica do comando legal inserto no § 1º do artigo 72 da Lei nº 8.213/91 impõe reconhecer a legitimidade passiva *ad causam* do INSS, notadamente porque o fato de a empresa pagar o valor do salário-maternidade não desnatura a relação jurídico-previdenciária. O ônus é da autarquia federal e a empresa age em nome desta, em nítida posição de longa manus do Estado a fim de facilitar o recebimento do benefício por quem de direito, nada mais. Tanto é assim que o dispositivo prevê a compensação dos valores pagos à segurada na via tributária. Precedente: REsp 1309251/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/05/2013.
4. Pode a segurada ajuizar ação diretamente contra o INSS para perceber o salário-maternidade quando a empresa não lhe repassar o valor do benefício na vigência do contrato de trabalho.
5. Recurso especial não provido.
(REsp 1.346.901/PR, Primeira Turma, Relator Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 1/10/2013, DJe 9/10/2013)

Além disso, o art. 72 da Lei 8.213 faz referência apenas a seguradas, não as adjetivando de empregadas. Tanto é assim, que o art. 73 prevê a concessão do salário-maternidade para pessoas que não são empregadas, como trabalhadora autônoma e segurada especial e o §3º do artigo 72, para as trabalhadoras avulsas.

Logo, não é requisito para a percepção do salário-maternidade estar empregada, mas sim a manutenção da qualidade de segurada da trabalhadora.

Assim, já que preenchidas as exigências legais, concluo pelo preenchimento dos requisitos exigidos à concessão do salário-maternidade pleiteado.

Passo à análise dos consectários.

Quanto à correção monetária, esta deve ser aplicada nos termos da Lei nº 6.899/81 e da legislação superveniente, bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, observado o disposto na Lei nº 11.960/2009, consoante Repercussão Geral no RE nº 870.947, em 16/4/2015, Rel. Min. Luiz Fux e Informativo 833 do Supremo Tribunal Federal.

Com relação aos juros moratórios, estes são fixados em 0,5% (meio por cento) ao mês, contados da citação, por força dos artigos 1.062 do antigo CC e 219 do CPC/73, até a vigência do novo CC (11/1/2003), quando esse percentual foi elevado a 1% (um por cento) ao mês, nos termos dos artigos 406 do novo CC e 161, § 1º, do CTN, devendo, a partir de julho de 2009, serem *mantidos* no percentual de 0,5% ao mês, observadas as alterações introduzidas no art. 1-F da Lei nº 9.494/97 pelo art. 5º da Lei nº 11.960/09, pela MP nº 567, de 03 de maio de 2012, convertida na Lei nº 12.703, de 07 de agosto de 2012, e por legislação superveniente.

Em relação às parcelas vencidas antes da citação, os juros são devidos desde então de forma global e, para as vencidas depois da citação, a partir dos respectivos vencimentos, de

forma decrescente.

Invertida a sucumbência, condeno o INSS a pagar honorários de advogado, arbitrados em 12% (doze por cento) sobre o valor da condenação, consoante critérios do artigo 85, §§ 1º, 2º, 3º, I, e 11, do Novo CPC, já computada a majoração decorrente da fase recursal. Não há se falar em prestações vincendas e aplicação da Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça, pois o percentual recairá sobre montante fixo.

Referentemente às custas processuais, no Estado de São Paulo, delas está isenta a Autarquia Previdenciária, a teor do disposto nas Leis Federais nº 6.032/74, 8.620/93 e 9.289/96, bem como nas Leis Estaduais nº 4.952/85 e 11.608/03. Contudo, tal isenção não exime a Autarquia Previdenciária do pagamento das custas e despesas processuais em restituição à parte autora, por força da sucumbência, na hipótese de pagamento prévio.

Diante do exposto, conh*eço da apelação da parte autora e lhe dou provimento*, para reformar a r. sentença e conceder-lhe o benefício de salário-maternidade, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

Direito Processual Civil



TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO
0018351-50.2010.4.03.0000 (2010.03.00.018351-1)

Agravante: FIBRIA CELULOSE S/A
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Recorrente: FIBRIA CELULOSE S/A
Recorrido: V. ACÓRDÃO DE FLS.
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA - VICE-PRESIDENTE
Classe do Processo: AI 409685
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/08/2017

EMENTA

AGRAVO INTERNO - DECISÃO DA VICE-PRESIDÊNCIA - NEGATIVA DE SEGUIMENTO A RECURSO EXCEPCIONAL - CORRESPONDÊNCIA ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E A ORIENTAÇÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR - IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DO ACÓRDÃO PARADIGMA - PARCELAMENTO OU PAGAMENTO À VISTA COM REMISSÃO E ANISTIA INSTITUÍDOS PELA LEI Nº 11.941/2009.
1. Publicado o acórdão paradigma, os recursos excepcionais sobrestados na origem terão seguimento denegado na hipótese de haver correspondência entre o acórdão recorrido e a orientação do Tribunal Superior.
2. A Primeira Seção do STJ, no REsp 1.251.513/PR, submetido ao rito dos recursos repetitivos, firmou entendimento no sentido de que "Não há direito à devolução referente à multa, aos juros de mora ou ao encargo legal do Decreto-lei 1.025/69, em razão de remissão/anistia, se o depósito do valor devido foi efetuado antes do vencimento". No mesmo sentido, destaco AgRg no REsp 1576288/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 22/03/2016.
3. Mantida a decisão agravada porquanto a pretensão recursal destoa da orientação firmada no julgado representativo de controvérsia. Ressalte-se não ser cabível a rediscussão dos termos do acórdão paradigma, devendo o presidente ou o vice-presidente do Tribunal de origem verificar tão somente a adequação entre o julgado recorrido e o acórdão representativo de controvérsia.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Egrégio Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Desembargador Federal Vice-Presidente Mairan Maia (Relator).

São Paulo, 26 de julho de 2017.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Vice-Presidente

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Vice-Presidente):

Cuida-se de agravo interno interposto pelo CONTRIBUINTE, contra decisão que negou seguimento ao recurso especial.

Pugna pelo provimento deste agravo para viabilizar a admissão do recurso excepcional.

É o relatório.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Vice-Presidente

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Vice-Presidente):

Primeiramente, impende esclarecer que a decisão proferida por esta Vice Presidência negou seguimento ao recurso excepcional em relação à possibilidade de remissão nos termos da Lei 11.941/09 e nas demais questões não o admitiu.

Dessa forma, o objeto do presente agravo fica restrito às questões que motivaram a negativa de seguimento ao recurso. Sendo que outras questões serão analisadas pelo E. Superior Tribunal de Justiça, uma vez que a recorrente também manejou o agravo previsto no art. 1.042 do NCPC.

Consta da decisão agravada, no ponto sobre a possibilidade de remissão prevista na Lei 11.941/09, que assim se pronunciou o acórdão:

> No caso dos autos, conforme consta de fls. 214 *o depósito judicial efetuado não abrangeu multas e encargos legais, tendo sido realizado somente com base no valor do principal*. Na inexistência de depósito destes institutos, não há o que falar em reduções legais e não se mostra possível a utilização do depósito para a adesão ao REFIS IV. (destaquei)

Sobre o tema foi proferido julgamento pela Corte Superior sob a sistemática dos recursos repetitivos, de forma que a questão encontra-se pacificada.

Por oportuno, confira:

No REsp 1.251.513/PR, *tema 486* ficou assentado o entendimento que:

> A remissão/anistia das rubricas concedida (multa, juros de mora, encargo legal) somente incide *se efetivamente existirem tais rubricas* (saldos devedores) dentro da composição do crédito tributário cuja exigibilidade se encontra suspensa pelo depósito. (destaquei)

O precedente, transitado em julgado em 18/09/2014, restou assim ementado, *in verbis*:

> PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. PARCELAMENTO OU PAGAMENTO À VISTA COM REMISSÃO E ANISTIA INSTITUÍDOS PELA LEI Nº 11.941/2009. APROVEITAMENTO DO BENEFÍCIO MEDIANTE A TRANSFORMAÇÃO EM PAGAMENTO DEFINITIVO (CONVERSÃO EM RENDA) DE DEPÓSITO JUDICIAL VINCULADO A AÇÃO JÁ TRANSITADA EM JULGADO. *IMPOSSIBILIDADE DE DEVOLUÇÃO DA DIFERENÇA ENTRE OS JUROS QUE REMUNERAM O DEPÓSITO JUDICIAL E OS JUROS DE MORA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO QUE*

NÃO FORAM OBJETO DE REMISSÃO.
1. A alegação de violação ao art. 535, do CPC, desenvolvida sobre fundamentação genérica chama a aplicação da Súmula nº 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia".
2. A possibilidade de aplicação da remissão/anistia instituída pelo art. 1º, § 3º, da Lei nº 11.941/2009, aos créditos tributários objeto de ação judicial já transitada em julgado foi decidida pela instância de origem também à luz do princípio da isonomia, não tendo sido interposto recurso extraordinário, razão pela qual o recurso especial não merece conhecimento quanto ao ponto em razão da Súmula nº 126/STJ: "É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário".
3. De acordo com o art. 156, I, do CTN, o pagamento extingue o crédito tributário. Se o pagamento por parte do contribuinte ou a transformação do depósito em pagamento definitivo por ordem judicial (art. 1º, § 3º, II, da Lei nº 9.703/98) somente ocorre depois de encerrada a lide, o crédito tributário tem vida após o trânsito em julgado que o confirma. Se tem vida, pode ser objeto de remissão e/ou anistia neste ínterim (entre o trânsito em julgado e a ordem para transformação em pagamento definitivo, antiga conversão em renda) quando a lei não exclui expressamente tal situação do seu âmbito de incidência. Superado, portanto, o entendimento veiculado no item "6" da ementa do REsp. nº 1.240.295 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 5.4.2011.
4. O § 14, do art. 32, da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 6/2009, somente tem aplicação para os casos em que era possível requerer a desistência da ação. Se houve trânsito em julgado confirmando o crédito tributário antes da entrada em vigor da referida exigência (em 9.11.2009, com a Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 10/2009), não há que se falar em requerimento de desistência da ação como condição para o gozo do benefício.
5. A remissão de juros de mora insertos dentro da composição do crédito tributário não enseja o resgate de juros remuneratórios incidentes sobre o depósito judicial feito para suspender a exigibilidade desse mesmo crédito tributário. O pleito não encontra guarida no art. 10, parágrafo único, da Lei nº 11.941/2009. Em outras palavras: "Os eventuais juros compensatórios derivados de supostas aplicações do dinheiro depositado a título de depósito na forma do inciso II do artigo 151 do CTN não pertencem aos contribuintes-depositantes." (REsp. nº 392.879 - RS, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 13.8.2002).
6. No caso concreto, muito embora o processo tenha transitado em julgado em 12.12.2008 (portanto desnecessário o requerimento de desistência da ação como condição para o gozo do benefício) e a opção pelo benefício tenha antecedido a ordem judicial para a transformação do depósito em pagamento definitivo (antiga conversão em renda), *as reduções cabíveis não alcançam o crédito tributário em questão, pois o depósito judicial foi efetuado antes do vencimento, não havendo rubricas de multa, juros de mora e encargo legal a serem remitidas.*
7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.
Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ nº 8/2008. (destaquei)
(REsp 1251513/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/08/2011, DJe 17/08/2011)

No mesmo sentido, destaco AgRg no REsp 1576288/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 22/03/2016.

Com efeito, muito embora os argumentos expendidos pelo agravante, temos que na sistemática do artigo 543-C, § 7º, do CPC/1973 - artigo 1.030, I, "b", artigo 1.040, I, do CPC de 2015, publicado o acórdão paradigma, os recursos excepcionais sobrestados na origem terão seguimento denegado na hipótese de haver correspondência entre o acórdão recorrido e a orientação do Tribunal Superior.

Dessa forma, deve ser mantida a decisão agravada porquanto a pretensão recursal destoa da orientação firmada no julgado representativo de controvérsia.

Ressalte-se, por fim, não ser cabível a rediscussão dos termos do acórdão paradigma, devendo o presidente ou o vice-presidente do Tribunal de origem verificar tão somente a adequação entre o julgado recorrido e o acórdão representativo de controvérsia.

Como já destacado acima, as demais questões abordadas nos autos serão objeto de análise do Tribunal Superior, porquanto também interposto o agravo previsto no art. 1.042 do NCPC.

Ante o exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO ao agravo interno.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Vice-Presidente

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

AGRAVO EM EMBARGOS INFRINGENTES
0035925-28.2011.4.03.9999
(2011.03.99.035925-2)

Agravante: MOACIR LUIZ GOMES RUBIRA
Agravado: R. DECISÃO DE FLS. 245/248
Embargante: MOACIR LUIZ GOMES RUBIRA
Embargada: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO CAETANO DO SUL - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS
Classe do Processo: EI 1677801
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/07/2017

EMENTA

AGRAVO INTERNO. ART. 1.021 do CPC. EMBARGOS INFRINGENTES. DESAPOSENTAÇÃO. RE 661.256. REPERCUSSÃO GERAL. ATA DE JULGAMENTO PUBLICADA NO DIÁRIO OFICIAL. ART. 1.035, PARÁGRAFO 11, DO CPC. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.
1 - Nada impedia este Relator de, nos termos do art. 932 c.c. art. 1.040, II, do CPC, retratar-se por meio de decisão monocrática, em observância ao princípio constitucional previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Carta Magna, o qual garante a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Na hipótese, o v acórdão (que inicialmente dava provimento aos embargos infringentes) restou substituído pela nova decisão, isto é, houve julgamento monocrático dos embargos infringentes, de modo que, para que a matéria fosse reexaminada pelo órgão colegiado, bastava o manejo do recurso cabível (agravo interno), tal como ocorreu.
2 - É notório que o E. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 661.256 (admitido sob o regime da repercussão geral da questão constitucional), em 27/10/2016, firmou posicionamento no sentido de que, *no âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à "desaposentação"*, (tema 503 - fixação de tese - Ata de julgamento nº 35, de 27.10.2016, publicada no DJE nº 237 de 07.11.2016).
3 - A teor do art. 1.035, § 11, do Código de Processo Civil, a súmula da decisão relativa à repercussão geral que constar de ata publicada no diário oficial valerá como acórdão, situação ocorrente no que tange ao julgamento da desaposentação (nos termos delimitados pela Ata de Julgamento a que foi feita menção). Portanto, não havia óbice à apreciação do feito e, consequentemente, ao julgamento de mérito do tema controvertido, já que a aludida Ata de julgamento nº 35, de 27.10.2016, foi publicada no DJE nº 237 de 07.11.2016.
4 - É certo que, na época em que o acórdão objeto do juízo de retratação (acostado às fls. 217/227) foi prolatado, ainda não havia decisão definitiva do STF a respeito de o ordenamento jurídico brasileiro permitir ou não a desaposentação, assim como é certo que o aludido *decisium* refletiu entendimento que, na época, era esposado pelo C. Superior Tribunal de Justiça. Todavia, não se pode ignorar que, em 27/10/2016, adveio fato superveniente, qual seja, o julgamento pelo C. Supremo Tribunal Federal do RE 661.256

(admitido sob o regime da repercussão geral da questão constitucional), de modo que não poderia ser outra a conclusão senão a de que deve ser afastada a possibilidade de haver desaposentação, já que incumbe ao C. STF dar a última palavra no âmbito do direito constitucional.

5 - Agravo Interno a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO ao Agravo Interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 13 de julho de 2017.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

Trata-se de Agravo Interno (fl. 249), previsto no art. 1.021 do CPC, interposto por MOACIR LUIZ GOMES RUBIRA em face da r. decisão monocrática (fls. 245/248) por meio da qual este Relator, em sede de juízo de retratação, nos termos do art. 1.040, inciso II, do Código de Processo Civil, NEGOU PROVIMENTO AOS EMBARGOS INFRINGENTES OPOSTOS PELA PARTE AUTORA, a fim de julgar improcedente o pedido de desaposentação, tendo em vista julgamento do RE 661.256 (admitido sob o regime da repercussão geral da questão constitucional pelo E. STF).

Consta que a r. sentença prolatada em Primeira Instância havia julgado procedente o pedido de desaposentação (fls. 89/91, 98 e 101), o que ensejou a interposição de recurso de apelação por parte do INSS (fls. 103/118). A Nona Turma desta Corte, por maioria, deu provimento à remessa oficial, tida por interposta, e à apelação da Autarquia Previdenciária, a fim de afastar a possibilidade de desaposentação (fl. 143/147, 148/152 e 181/185), o que ensejou a oposição de embargos infringentes por MOACIR LUIZ GOMES RUBIRA (fls. 187/211). Ocorreu que, em 28.07.2016, esta E. 3ª Seção deu provimento aos embargos infringentes (fls. 217/227), o que ensejou a interposição de Recurso Extraordinário pelo INSS (fls. 230/239) e, com o advento do julgamento do RE 661.256 (este ocorrido em 27.10.2016), os autos foram devolvidos a este Relator para a realização de novo exame, nos termos do art. 1.040, inciso II, do CPC. Em sede de juízo de retratação, este Relator NEGOU PROVIMENTO AOS EMBARGOS INFRINGENTES OPOSTOS PELA PARTE AUTORA, a fim de julgar improcedente o pedido de desaposentação, o que ensejou a interposição do presente Agravo Interno.

A parte agravante alega, em síntese, que, a despeito de, em 27.10.2016, o STF ter, em recurso representativo de controvérsia, adotado tese contrária à possibilidade de desaposentação, "o artigo 1040 do Código de Processo Civil estabelece requisito legal para a aplicabilidade imediata da repercussão geral, qual seja, a publicação do acórdão" (fl. 249) e, "salvo melhor juízo, o V. Acórdão ainda não foi publicado" (fl. 249), de modo que se deveria "dar provimento ao presente agravo para tornar sem efeito a r. decisão monocrática proferida e determinar o sobrestamento do processo até a publicação do acórdão que julgou o RE 661.256/DF" (fl. 249).

É o breve Relatório.

Peço dia para julgamento.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

A decisão monocrática ora agravada não merece reforma.

Primeiramente, consigno que mesmo tendo o *decisium* acostado às fls. 217/227 emanado de órgão colegiado, nada impedia este Relator de, nos termos do art. 932 c.c. art. 1.040, II, do CPC, retratar-se por meio de decisão monocrática (fls. 245/248), em observância ao princípio constitucional previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Carta Magna, o qual garante a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Na hipótese, o v acórdão (que inicialmente dava provimento aos embargos infringentes-fls. 217/227) restou substituído pela nova decisão (fls. 245/248), isto é, houve julgamento monocrático dos embargos infringentes, de modo que, para que a matéria fosse reexaminada pelo órgão colegiado, bastava o manejo do recurso cabível (agravo interno), tal como ocorreu.

Pois bem.

É notório que o E. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 661.256 (admitido sob o regime da repercussão geral da questão constitucional), em 27/10/2016, firmou posicionamento no sentido de que, *no âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à "desaposentação",* (tema 503 - fixação de tese - Ata de julgamento nº 35, de 27.10.2016, publicada no DJE nº 237 de 07.11.2016).

A parte agravante alega, em síntese, que "o artigo 1040 do Código de Processo Civil estabelece requisito legal para a aplicabilidade imediata da repercussão geral, qual seja, a publicação do acórdão" (fl. 249) e, "salvo melhor juízo, o V. Acórdão ainda não foi publicado" (fl. 249).

Contudo, a teor do art. 1.035, § 11, do Código de Processo Civil, a súmula da decisão relativa à repercussão geral que constar de ata publicada no diário oficial valerá como acórdão, situação ocorrente no que tange ao julgamento da desaposentação (nos termos delimitados pela Ata de Julgamento a que foi feita menção). Portanto, não havia óbice à apreciação do feito e, consequentemente, ao julgamento de mérito do tema controvertido, já que a aludida Ata de julgamento nº 35, de 27.10.2016, foi publicada no DJE nº 237 de 07.11.2016.

É certo que, na época em que o acórdão objeto do juízo de retratação (acostado às fls. 217/227) foi prolatado, ainda não havia decisão definitiva do STF a respeito de o ordenamento jurídico brasileiro permitir ou não a desaposentação, assim como é certo que o aludido *decisium* refletiu entendimento que, na época, era esposado pelo C. Superior Tribunal de Justiça. Todavia, não se pode ignorar que, em 27/10/2016, adveio fato superveniente, qual seja, o julgamento pelo C. Supremo Tribunal Federal do RE 661.256 (admitido sob o regime da repercussão geral da questão constitucional), de modo que não poderia ser outra a conclusão senão a de que deve ser afastada a possibilidade de haver desaposentação, já que incumbe ao C. STF dar a última palavra no âmbito do direito constitucional.

Com tais considerações, voto por NEGAR PROVIMENTO ao Agravo Interno.

É o voto.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0005906-07.2012.4.03.6183
(2012.61.83.005906-7)

Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: OS MESMOS E SINDICATO NACIONAL DOS APOSENTADOS PENSIONISTAS E IDOSOS DA FORÇA SINDICAL
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES
Classe do Processo: ApelReex 1982555
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/07/2017

EMENTA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REMESSA OFICIAL. APELAÇÃO. PREVIDENCIÁRIO. LEGITIMIDADE ATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. SINDICATO. AUTORIZAÇÃO ASSEMBLEAR. PRELIMINARES REJEITADAS. LISTA DE SUBSTITUÍDOS. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO 1.401.560/MT. AMPLITUDE. MEDIDAS JUDICIAIS ANTECIPATÓRIAS. PRECARIEDADE. PROVISORIEDADE. REVERSIBILIDADE. ANÁLISE NOS PRÓPRIOS AUTOS E NO MESMO JUÍZO EM QUE REVOGADA/REFORMADA A DECISÃO JUDICIAL ANTERIOR. PRINCÍPIO DO JUÍZO NATURAL. ARTIGO 933, DO CPC/2015. INAPLICABILIDADE. *DA MIHI FACTUM, DABO TIBI JUS*. COISA JULGADA. ABRANGÊNCIA TERRITORIAL. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. MULTA DIÁRIA.
1. Legitimidade ativa do *parquet* federal configurada para a propositura de ações coletivas versando sobre direitos previdenciários, vez que se tratam de direitos individuais homogêneos. Precedentes.
2. Conforme o art. 1º, IV, da Lei 7.347/85, cabe ação civil pública em razão de qualquer sorte de interesse difuso ou coletivo, possuindo legitimidade para propor a ação principal e a cautelar as associações que, concomitantemente (art. 5º, V, da Lei 7.347/85), esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano, nos termos da lei civil e, sobretudo, inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao conjunto de direitos difusos discutido na lide.
3. A natureza da atuação dos sindicatos em prol de seus membros ou associados é de substituição, nos termos do art. 8º da Constituição Federal. Assim, as condições para a propositura da ação civil pública pelos sindicatos diferem daquelas exigidas para as associações.
4. A autorização assemblear é dispensada expressamente, nos termos do art. 82, IV, da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).
5. A lista de substituídos processualmente pelos sindicatos e associações é dispensada, pois estes atuam em juízo representando não apenas seus filiados/associados, mas a toda a categoria, na esteira do art. 8º, III, da Constituição Federal. O RE 612043/PR, julgado pelo STF, no sentido de que o alcance das decisões proferidas em ações civis públicas somente atingiria os associados à época da propositura da ação, somente se aplica às associações, e não aos sindicatos.
6. O Recurso Especial nº 1.401.560/MT, decidido pelo C. Superior Tribunal de Justiça

na sistemática dos recursos repetitivos, consagrou a tese de que: "A reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos". Não se encontra abrangida a hipótese de devolução de prestações de natureza assistencial.
7. A revogação da tutela antecipada, no CPC/73, ou das tutelas de urgência, nos termos do CPC/2015, com a consequente reposição de eventuais prejuízos sofridos pelo réu, é possível, e deve ser objeto de análise pelo próprio órgão judiciário que proferiu a decisão anterior, sob o risco de malferir-se o *princípio do juízo natural* (art. 5º, inciso LIII, da Constituição Federal).
8. Ademais, mesmo nos casos em que a devolução não foi determinada expressamente, a cobrança é possível porque decorre de lei, e não depende de uma nova decisão judicial. Trata-se de *efeito anexo* da sentença.
9. A cobrança de valores pagos a maior na via administrativa, nos termos do art. 115 da Lei 8.213/91, pode ocorrer e não é objeto desta ação. A jurisprudência vem rechaçando o procedimento por vezes adotado pelo INSS no sentido de inscrever valores pagos a maior - no entender do Instituto - na dívida ativa da União, cobrando-os em execução fiscal. Isso já chegou a ser feito tanto para valores cobrados administrativamente como judicialmente, mas não foi aceito pelos Tribunais pátrios.
10. Os débitos decorrentes de decisões judiciais provisórias posteriormente revogadas, que são o objeto da lide, podem ser cobrados, como visto supra, mas não administrativamente pelo INSS. Precisam ser objeto de cobrança em juízo. Mas, não por meio de execução fiscal, nem por intermédio de uma nova ação de conhecimento. Basta a liquidação do valor a ser reposto, com sua liquidação nos próprios autos em que tratada a questão de mérito.
11. Propor nova ação perante outro Juízo retira do Juiz da causa, por exemplo, a possibilidade de decidir se houve ou não má-fé ou boa-fé, se os valores, no caso concreto, devem ser devolvidos e como se deverá fazer essa devolução. Essas questões devem ser discutidas caso a caso, e são questões eminentemente processuais ligadas ao feito em que se debateu o mérito da causa. É também por isso que se veda a inscrição desses valores na dívida ativa e sua cobrança por execução fiscal: exige-se que haja discussão sobre o mérito da devolução. Somente o próprio Juízo que decidiu o mérito da ação poderá deliberar, no futuro, sobre as obrigações, decorrentes da lei ou da sentença, surgidas após o transido em julgado da decisão.
12. Inaplicabilidade do art. 933, do CPC/2015, visto não se tratar de fato superveniente à decisão recorrida ou matéria de ordem pública, mas apenas alteração da fundamentação utilizada para manutenção da sentença. Aplicação do brocardo *da mihi factum, dabo tibi jus*.
13. A abrangência territorial da coisa julgada restringe-se ao âmbito territorial da jurisdição deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região, de acordo com o disposto no artigo 16 da Lei nº 7.347/85, com a redação dada pela Lei nº 9.494/97.
14. Sem honorários de advogado, nos termos do art. 17, da Lei 7.347/95, e da sucumbência recíproca.
15. Multa diária. Redução para o patamar de R$ 100,00 (cem reais).
16. Preliminares rejeitadas; recursos de apelação desprovidos e remessa oficial parcialmente provida. Prejudicado o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao apelo do INSS.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *rejeitar as preliminares, negar provimento às apelações e dar parcial provimento à remessa oficial*, restando *prejudicado o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso do INSS*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de junho de 2017.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal e pelo Sindicato Nacional dos Aposentados, Pensionistas e Idosos da Força Sindical, em que se pretende a condenação do Instituto Nacional do Seguro Social, em âmbito nacional, a "abster-se de cobrar os valores referentes aos benefícios previdenciários ou assistenciais concedidos por meio de liminar, tutela antecipada e sentença, que foram revogadas ou reformadas por decisão judicial posterior, ressalvados os casos em que tal devolução for determinada expressamente na decisão que suspendeu/revogou ou reformou a decisão judicial anterior" (fl. 12).

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido, para "condenar o INSS a obrigação de não fazer, consistente na abstenção de cobrança de valores atinentes aos benefícios previdenciários e assistenciais, concedido por meio de decisão liminar, tutela antecipada e sentença, reformadas ou revogadas por outra e ulterior decisão judicial, excetuadas as hipóteses nas quais expressa seja a decisão judicial que suspendeu, revogou ou reformou a decisão anterior, em determinar tal devolução" (fl. 594).

Fixou multa diária de R$ 3.000,00 (três mil reais) para cada cobrança indevida, e determinou à autarquia previdenciária o pagamento de honorários de advogado, fixados em R$ 5.000,00 (cinco mil reais). INSS isento de custas, na forma da lei.

A sentença ainda confirmou a tutela antecipada anteriormente concedida, e delimitou a abrangência de sua eficácia à competência territorial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Sentença submetida ao reexame necessário.

O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, em seu recurso de apelação, alega, preliminarmente, a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal, por se tratar de direitos disponíveis, de caráter patrimonial, bem como do Sindicato Nacional dos Aposentados e Pensionistas e Idosos da Força Sindical, por ausência de pertinência temática. Ainda no âmbito preliminar, faltaria ao Sindicato a juntada da autorização da assembleia para a propositura da demanda e não teria sido apresentada a lista de representados/substituídos processualmente.

Outrossim, requer o recebimento de sua apelação em ambos os efeitos, com a suspensão imediata do cumprimento da decisão recorrida, nos termos do art. 558, do CPC/73.

No mérito, alega que o ressarcimento dos benefícios previdenciários e assistenciais deferidos por ordens judicias encontra fundamento na indisponibilidade do patrimônio público e na provisoriedade e reversibilidade que caracteriza as cautelar e tutelas antecipadas, o que estaria consagrado no julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.401.560/MT.

Ainda conforme a autarquia previdenciária, julgar em sentido contrário corresponderia a declaração de inconstitucionalidade do art. 115, da Lei 8.213/91 e outros que elenca em seu apelo, o que só seria viável mediante a cláusula de reserva de plenário (art. 97, da Constituição Federal e Súmula Vinculante nº 10).

O MPF recorreu, pretendendo que os efeitos da decisão não se restrinjam à jurisdição do TRF da 3ª Região, passando a ser dotados de âmbito nacional.

Com contrarrazões de todas as partes, vieram os autos a este Tribunal.

Parecer do Ministério Público Federal, fls. 736/753, no sentido do provimento da apelação ministerial e do desprovimento da remessa oficial e do recurso do INSS (fls. 736/753).

Os autos foram inicialmente distribuídos ao Exmo. Desembargador Federal Antonio Cedenho, da 2ª Turma deste Tribunal, fl. 756.

Ocorreu um primeiro julgamento deste processo pelo Tribunal, em 21.07.2015 (fl. 773/774), contra o qual se opuseram embargos declaratórios (fls. 791/802).

Entretanto, posteriormente a Segunda Turma acolheu Questão de Ordem suscitada pelo Desembargador Federal Souza Ribeiro (fls. 821/823), onde se determinou a anulação do acórdão e prejuízo dos embargos declaratórios, bem como a redistribuição do processo à Terceira Seção, tendo vindo, então, à minha Relatoria (fl. 827).

É o relatório.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

VOTO

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

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da remessa oficial e dos recursos de apelação interpostos.

Inicialmente, devem ser apreciadas as questões preliminares aduzidas no recurso de apelação do INSS, referentes à legitimidade ativa do MPF e do Sindicato Nacional dos Aposentados e Pensionistas e Idosos da Força Sindical.

Alega-se falta de pertinência temática de ambos e, quanto ao Sindicato, também a inexistência da autorização assemblear para ajuizamento da demanda coletiva e a ausência de lista dos substituídos/representados processualmente.

Entretanto, todas essas alegações devem ser rechaçadas.

Em relação à legitimidade ativa do *parquet* federal para a propositura de ações coletivas versando sobre direitos previdenciários, é uníssona a doutrina e jurisprudência, que compreende tratar-se de direitos individuais homogêneos, viabilizando seu patrocínio pelo Ministério Público.

Nesse sentido é a jurisprudência firme desta Corte Regional, de que fazem exemplo os arestos abaixo:

> CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MPF. REPERCUSSÃO SOCIAL DA MATÉRIA. LEGITIMIDADE. RECONHECIMENTO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIAÇÃO DO TEMA EM APELO. RECURSO PROVIDO.
> 1 - Agravo legal do MPF contra decisão monocrática que reconheceu sua ilegitimidade à pro-

positura de ação civil pública tendente a salvaguardar a percepção de salário-maternidade por indígenas pertencentes a determinada comunidade.
2 - Doutrina e jurisprudência vêm autorizando o manejo de ação civil pública pelo Ministério Público quando reconhecida a relevância social da tutela pretendida, sobretudo quando esta se entrosa com as próprias atribuições que lhe são afetas pela ordem jurídica.
3 - A discussão posta pelo Parquet, ao almejar a consecução de direito de indígena, transcende à concessão, ou não, de certo benefício previdenciário, vislumbrando-se a pertinência temática entre o escopo da demanda e as atribuições daquele Órgão (art. 129, V, da CR/88).
4 - Legitimidade ministerial já reconhecida pela Turma em agravo de instrumento por decisão passada em julgado, a impossibilitar a reapreciação do tema pelo mesmo Colegiado em apelo, à conta de preclusão *pro judicato*.
5 - Recurso provido, para se afastar a preliminar deduzida pelo INSS, tornando os autos à relatoria para seguimento.
(TRF3, APELREEX 00097493120094036103, 9ª Turma, Rel. Ana Pezarini, j. 30.05.2016, DJe 13.06.2016)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO INOMINADO. APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. DENEGAÇÃO DA ORDEM. EFEITO DEVOLUTIVO. INEXISTÊNCIA DE REQUISITOS PARA EFEITO SUSPENSIVO DA EFICÁCIA DA SENTENÇA. RECURSO DESPROVIDO.
1. Denegado o mandado de segurança, a apelação sujeita-se a efeito meramente devolutivo, salvo situação excepcional, de que não se cuida na espécie, pois as alegações de ilegitimidade ativa do MPF e de incompetência da Justiça Federal para a ação civil pública, que decorrer do inquérito civil público, não são dotadas de relevância manifesta a autorizar a suspensão dos efeitos da sentença proferida, segundo o devido processo legal.
2. Juridicamente é relevante e plausível a interpretação de que a proteção de direitos socialmente relevantes, como são os atinentes aos segurados do INSS, pode ser viabilizada por ação civil pública, dentro das atribuições institucionais do Ministério Público, à luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores. Se o MPF pode ajuizar, na Justiça Federal, ação civil pública por ilegalidade contra direito do segurado, praticada pelo INSS, é razoável que, em tal legitimidade, se insira também a discussão da ilegalidade de atos que, associados à postulação judicial de direito previdenciário, estejam a prejudicar ou colocar em risco a expressão patrimonial e alimentar do direito socialmente relevante e protegido.
3. A legitimidade do MPF e a competência da Justiça Federal não podem ser afastadas, de plano, pela condição jurídica da OAB de ente excluído da Administração Pública, direta ou indireta, para os fins específicos de sujeição à regra do concurso público para prover empregos no respectivo quadro (ADIN 3.026/DF). A discussão em torno de eventual interesse jurídico da OAB na causa, cuja defesa incumbe à própria entidade, não torna relevante a tese de nulidade do inquérito civil público ou de eventual ação civil pública, por ilegitimidade ativa e incompetência, as quais foram definidas em função, não da intervenção e interesse jurídico da OAB, mas pela natureza do direito protegido. Ainda que a OAB viesse a manifestar interesse jurídico nas causas, a tese dos agravantes de atribuir a tal ente caráter estritamente privado, não é relevante e compatível com as funções e prerrogativas reservadas ao órgão, que não atua apenas na defesa da classe profissional, mas tem importante papel na cena do Estado Democrático e Social de Direito.
4. O inquérito civil público e a ação civil pública não cuidaram de apurar responsabilidade por infrações penais ou ético-disciplinares, mas investigar fatos para oportuna postulação em Juízo do decreto de ilegalidade ou nulidade de atos imputados aos agravantes para os efeitos civis próprios e específicos, que não se confundem nem ficam prejudicados pela existência de via distinta para a apuração de responsabilidade penal e ético-disciplinar.
5. A atribuição de efeito suspensivo ao apelo, para inibir a eficácia de sentença denegatória do

> mandado de segurança, impetrado para trancar inquérito civil público, não se autoriza, pois os fundamentos deduzidos pelos agravantes não são juridicamente relevantes nem existe prova de dano irreparável, que justifique o reconhecimento de situação excepcional para conferir a recurso eficácia processual que não possui.
> 6. Agravo inominado desprovido.
> (TRF3, AI 00113022120114030000, 3ª Turma, Rel. Carlos Muta, j. 25.08.2011, DJe 02.09.2011)

A legitimidade processual ativa do Sindicato também se encontra demonstrada.

Segundo o art. 1º, IV, da Lei 7.347/85, cabe ação civil pública em razão de qualquer sorte de interesse difuso ou coletivo, possuindo legitimidade para propor a ação principal e a cautelar as associações que, concomitantemente (art. 5º, V, da Lei 7.347/85), esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano, nos termos da lei civil e, sobretudo, inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao conjunto de direitos difusos discutido na lide.

No caso concreto, constata-se de simples leitura do Estatuto Social do Sindicato Nacional dos Aposentados, Pensionistas e Idosos da Força Sindical (fls. 49/89), que se incluem em seus objetivos institucionais a defesa dos interesses de seus associados também quanto aos direitos previdenciários. Destaco as seguintes disposições (fls. 50/51):

> Art. 1º. O SINDICATO NACIONAL DOS APOSENTADOS, PENSIONISTAS E IDOSOS DA FORÇA SINDICAL, (...) é uma associação civil (...) que tem por finalidade precípua a representação, a coordenação, e a defesa dos interesses difusos, individuais e coletivos da Categoria Especial constituída pelos Aposentados, Pensionistas e Idosos, urbanos e rurais, oriundos das entidades privadas e da Administração Pública, perante os poderes públicos, a sociedade, o INSS e quaisquer outras entidades de Previdência Social, de naturezas geral e/ou complementar.
> Art. 2º. O Sindicato, além dos objetivos acima enunciados, tem as seguintes outras finalidades:
> (...)
> g. Impetrar Mandado de Segurança Coletivo e ajuizar ações, coletivas ou individuais, inclusive ação civil pública e ação civil coletiva, em todas as áreas de interesse dos integrantes da categoria, especialmente quanto à garantia dos direitos previstos no Estatuto do Idoso e na Lei de Defesa do Consumidor;

A natureza da atuação dos sindicatos em prol de seus membros ou associados é de substituição, nos termos do art. 8º da Constituição Federal. Assim, as condições para a propositura da ação civil pública pelos sindicatos diferem daquelas exigidas para as associações.

Também deve ser rechaçada a alegação de ausência de autorização assemblear do Sindicato autor. Primeiro porque, sendo distinta a natureza da atuação do sindicato, dispensável é a autorização expressa. Segundo, porque, ainda que assim não fosse, o artigo 82, IV, da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), a dispensaria expressamente:

> Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:
> I - o Ministério Público,
> (...)
> IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, *dispensada a autorização assemblear.*

Quanto à exigência de lista de substituídos processualmente, da mesma forma não se deve acolher tal preliminar, por duas razões.

Primeiro, em face do avanço da jurisprudência no sentido de que as associações e sindicatos agem em juízo representando não apenas seus filiados/associados, mas a toda a categoria, na esteira do art. 8º, III, da Constituição Federal:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA. TARIFA DE ÁGUA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ASSOCIAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. CONDOMÍNIO NÃO FILIADO. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DO JULGADO. LEGITIMIDADE ATIVA. EXTENSÃO DOS EFEITOS DA COISA JULGADA.
> 1. Não ocorre contrariedade aos arts. 165, 458 e 535, inc. II, do CPC quando o Tribunal de origem decide fundamentadamente todas as questões postas ao seu exame, assim como não há que se confundir entre decisão contrária aos interesses da parte e inexistência de prestação jurisdicional.
> 2. Ademais, o magistrado não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas em juízo, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão.
> 3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, os sindicatos e associações, na qualidade de substitutos processuais, detêm legitimidade para atuar judicialmente na defesa dos interesses coletivos de toda a categoria que representam, sendo prescindível a relação nominal dos filiados e suas respectivas autorizações, nos termos da Súmula 629/STF.
> 4. Desse modo, a coisa julgada advinda da ação coletiva deverá alcançar todos as pessoas da categoria, legitimando-os para a propositura individual da execução de sentença, ainda que não comprovada sua associação à época do ajuizamento do processo de conhecimento (REsp 1.326.601/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques).
> 5. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (STJ, 2ª Turma, AGRESP 201201367021, Rel. Min. Og Fernandes, 05.11.2013, DJe 22.11.2013)

> AGRAVO LEGAL (ART. 557 DO CPC). DECISÃO MONOCRÁTICA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FGTS. CORREÇÃO MONETÁRIA DAS CONTAS VINCULADAS. SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. TERMOS DE ADESÃO. LC 110/01. OBSERVÂNCIA NA FASE DE EXECUÇÃO DO JULGADO. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO AFASTADA. DECISÃO MANTIDA.
> 1 - Na fase de execução do título judicial, deverá ocorrer a individualização dos filiados do sindicato autor para o recebimento dos valores devidos, momento em que caberá ao juízo competente verificar a existência dos termos de adesão a fim de evitar o pagamento em dobro das diferenças.
> 2 - Tratando-se de substituição processual, o sindicato atua no interesse coletivo de toda a categoria profissional por ele representada, e não apenas dos seus filiados à época da propositura da ação.
> 3 - Não há que se confundir o prazo para o exercício do direito de ação previsto no art. 21 da Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular), aplicável por analogia às ações civis públicas, com o prazo para o exercício da pretensão do direito material discutido na ação.
> 4 - É que os recolhimentos para o Fundo de Garantia não têm natureza tributária, de modo que o prazo de prescrição das ações respectivas é de trinta anos. Súmula nº 210 do Superior Tribunal de Justiça e RESP nº 1.112.520/PE, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 24/02/2010, submetido ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil.
> 5 - Agravo legal a que se nega provimento.
> (TRF3, AC 00033033019954036102, 11ª Turma, Rel. Des. Fed. Nino Toldo, j. 10/02/2015, DJe 13.02.2015)

Segundo, porque o recente julgado do E. Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o alcance das decisões proferidas em ações civis públicas somente atingiria os associados à época da propositura da ação (RE 612043/PR), somente se aplica às associações, e não aos sindicatos.

Assim, para os sindicatos, não apenas não se exige autorização assemblear, como também não há a necessidade de relação nominal dos seus integrantes.

Do voto proferido pelo E. Relator, Min. Marco Aurélio no RE 612043/PR, colhe-se:

> Sobre a distinção, já em 1998, quando integrava a Segunda Turma, e dela tenho saudade, especialmente na área penal, tive oportunidade de consignar, na condição de relator, ao apreciar o recurso extraordinário nº 192.305-9/SP:
> [...]
> Dúvidas não pesam sobre a distinção entre o instituto previsto no inciso XXI - representação - e no inciso LXX - substituição processual -, ambos do rol das garantias constitucionais. As associações representam os filiados, judicial ou extrajudicialmente, quando expressamente autorizadas, enquanto os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, substituem membros ou associados, em juízo, considerada a ação constitucional que é o mandado de segurança.
> [...]
> (Recurso extraordinário nº 192.305-9/SP, Segunda Turma,
> Diário da Justiça de 21 de maio de 1999)
> (...)
> Creio, e por isso disse que a situação sequer é favorável a elucidar-se a diferença entre representação e substituição processual, a esclarecer o alcance do preceito do inciso XXI do artigo 5º, que trata da necessidade de a associação apresentar autorização expressa para agir em Juízo, em nome dos associados, e o do preceito que versa o mandado de segurança coletivo e revela o sindicato como substituto processual. Nesse último caso, a legitimação já decorre da própria Carta - representação gênero - e também da previsão do artigo 8º, do qual não me valho. Estou-me valendo apenas daquele referente às associações.

Por isso, rejeito toda a matéria preliminar.

Passo ao exame do mérito.

DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO nº 1.401.560/MT

Inicialmente, deve ser apreciado o conteúdo do Recurso Especial nº 1.401.560/MT, decidido pelo C. Superior Tribunal de Justiça na sistemática dos recursos repetitivos.

A decisão proferida pelo E. Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que a reforma do provimento que antecipou os efeitos da tutela jurisdicional para conceder benefício previdenciário obriga o autor da ação a devolver os valores recebidos indevidamente.

Esse julgado representativo de controvérsia firmou a tese de que: "A reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos."

Não se pode perder de vista a alteração substancial do Direito Processual Civil brasileiro, aproximando-o de um sistema de precedentes, sobretudo após o advento do CPC de 2015.

Esse panorama, delineado a partir dos artigos 926 e 927, do CPC/2015, determina que os tribunais uniformizem sua jurisprudência e a mantenham estável, íntegra e coerente. Ademais, firma-se que os juízes e tribunais observarão "os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos" (art. 927, III).

Assim, as consequências do julgamento proferido no Resp nº 1.401.560/MT não podem ser aqui desconsideradas.

Há que se efetuar, entretanto, o necessário *distinguishing* em relação ao precedente vinculante aqui tratado.

Com efeito, no Recurso Especial Repetitivo nº 1.401.560/MT não se discute sobre a devolução de prestações de natureza assistencial. A tese consagrada "obriga o autor da ação a *devolver os benefícios previdenciários* indevidamente recebidos" (grifamos). Além disso, faz menção ao art. 115, da Lei 8.213/91, que estabelece o Regime Geral de Previdência Social, *não se aplicando à Assistência Social, objeto da Lei 8.472/93*.

Por fim, não se vislumbra como o tema da irrepetibilidade das prestações previdenciárias concedidas judicialmente e posteriormente revogadas atinge a norma constitucional, visto tratar-se de questão essencialmente de legislação infraconstitucional, prevalecendo, no caso, o precedente vinculante do STJ, acima referido.

A R. sentença de primeiro grau fundamentou-se na tese então predominante da irrepetibilidade dos alimentos, e foi proferida em 2.014, antes, portanto, da decisão proferida pelo STJ. Deve, agora, ser reformada.

DA REVERSIBILIDADE DAS MEDIDAS JUDICIAIS ANTECIPATÓRIAS

Em que pese a eficácia vinculante do precedente acima tratado, deve-se examinar em que medida se operacionaliza a reversibilidade das medidas judiciais antecipatórias (liminares e tutelas antecipadas ou de urgência).

As tutelas antecipadas e de urgência se caracterizam inequivocamente pela precariedade, provisoriedade e reversibilidade. Segundo HUMBERTO THEODORO JUNIOR:

> As tutelas de urgência e da evidencia, nos termos do Código, são caracterizadas pela provisoriedade, no sentido de que não se revestem de caráter definitivo e, ao contrário, se destinam a durar por um espaço de tempo delimitado. São remédios interinais, seguindo a técnica da cognição sumária em rito de incidente do processamento completo e definitivo da causa. Não compõem objeto de processo autônomo e exauriente.
> (Curso de Direito Processual Civil, vol. I, 57ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 618)

Em primeiro lugar deve-se delinear o tratamento legal dado à reversibilidade das medidas judiciais antecipatórias. A começar da tutela antecipada, prevista no art. art. 273, do CPC/73:

> Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:
> I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
> II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.
> § 1º. Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.
> § 2º. Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.
> § 3º. A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4o e 5o, e 461-A.
> § 4º. A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.
> § 5º. Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.
> § 6º. A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

> § 7º. Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Não se pode perder de vista que o regramento da tutela antecipada, no CPC/73 (art. 273, § 3º), faz remissão aos artigos 588, 461, §§ 4o e 5o, e 461-A, todos daquele diploma legal.

Tais dispositivos referem-se à tutela específica e à execução provisória da sentença. O art. 588, referente à *execução provisória*, por sua vez, foi revogado em 2006 e substituído pelo tópico relativo ao cumprimento de sentença, de que devem ser observados especificamente os artigos 475-I e 475-O do CPC/73, relativos ao *cumprimento provisório da sentença*.

O art. 475-O, incisos I e II, encontra-se assim redigido:

> Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:
> I - *corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido*;
> II - fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, *restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos*, por arbitramento; (grifamos)

VICENTE GRECO FILHO pontifica que:

> Na execução da tutela antecipada, deverão ser observados preceitos relativos à execução provisória (art. 475-O, com redação dada pela Lei nº 11.232/2005), ou seja: corre por conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os prejuízos que o executado venha a sofrer; (...) fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior; eventuais prejuízos serão liquidados no mesmo processo.
> (Direito Processual Civil Brasileiro, 18ª ed., S. Paulo: Saraiva, 2007, p. 79-80)

O § 4º, do art. 273 do CPC/73, dispunha que a tutela antecipada poderia ser revogada ou reformada, a qualquer tempo, porém mediante "decisão fundamentada", expressão que compreendemos deva significar não apenas a apresentação de argumentos para revisão da tutela antecipada anteriormente concedida, mas a disposição a respeito de todos seus efeitos jurídicos, dentre eles o tratamento sobre a eventual devolução de valores e indenização da parte adversa.

Doutrina e jurisprudência também indicavam a necessidade de observação do art. 811, I, do CPC/73, assim redigido:

> Art. 811. Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida:
> I - se a sentença no processo principal lhe for desfavorável;

Sobre esse dispositivo legal, assim se manifesta NELSON NERY JR.:

> Caso o requerente, que se beneficiou com a concessão e efetivação da tutela antecipada, perca a demanda e a execução da decisão antecipatória tenha causado prejuízo à parte contrária, esta tem direito de haver indenização do requerente. Deve ser utilizado, por extensão, o sistema do CPC 811, de modo que a responsabilidade do requerente da medida é objetiva, devendo ser caracterizada independentemente de sua conduta: havendo o dano e provado o nexo de

causalidade entre a execução da medida e o dano, há o dever de indenizar.
(Código de Processo Civil Comentado, 11ª ed., S. Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 554)

Como se pode observar, o sistema de antecipação de tutela no regime processual de 1973 já previa a reparação de danos sofridos pelo réu, no caso de revogação ou reforma da decisão concessiva da tutela antecipada, através de decisão fundamentada.

O CPC/2015 conferiu à questão tratamento similar, cujo quadro normativo se encontra nos arts. 296 e 300 a 302, abaixo transcritos:

Art. 296. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.
Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a tutela provisória conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.
§ 1º. Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.
§ 2º. A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.
§ 3º. A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.
Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguração do direito.
Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:
I - a sentença lhe for desfavorável;
II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;
III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;
IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.
Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

Comentando o art. 302, do CPC/2015, assim explicam TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER *et alli*:

O art. 302 cuida da *responsabilidade objetiva* diante da tutela de urgência *cassada*. O *caput* prevê, não sem antes deixar claro que *não* exclui a responsabilidade por dano processual (arts. 79 a 81), que "a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa; se: I - a sentença lhe for desfavorável;" (...)
O dispositivo legal traz as hipóteses em que, por imposição legal, o requerente da tutela de urgência terá o dever de indenizar o requerido. Antes de mais nada, convém registrar que o prejuízo só se consumará com a *efetivação* da tutela de urgência concedida, e não com a sua simples concessão. É preciso, pois, que a medida concedida *seja executada*. (grifos no original)

Avançando para o comentário específico do inciso I, do art. 302, do CPC/2015, assim prosseguem aqueles juristas:

> O *inciso I*, em verdade, reafirma o caráter provisório da tutela de urgência e sua relação de dependência com o desfecho do pedido principal, de forma que, se a sentença for desfavorável ao requerente da tutela de urgência, será este responsabilizado pelos danos eventualmente causados à parte contrária. Em poucas palavras, pode-se dizer que a tutela de urgência *não* pode ser infirmada pela tutela definitiva, sob pena de *responsabilização objetiva* do beneficiário daquela.
> (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *et alli*, Primeiros Comentários ao novo Código de Processo Civil - artigo por artigo, 3ª tiragem, S. Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 503-504)

HUMBERTO THEODORO JR. leciona de modo cristalino que a reparação de eventuais prejuízos decorrentes da revogação da tutela antecipada deverá ocorrer nos mesmos autos onde concedida a medida antecipatória:

> O prejudicado pela tutela de urgência infundada ou frustrada não precisa propor ação de indenização contra o requerente para obter o reconhecimento de seu direito e a condenação do responsável. Nos termos do art. 302, parágrafo único, a indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível. A fonte da obrigação, na espécie, é a própria lei, que a faz assentar sobre dados objetivos, que prescindem de acertamento em ação condenatória apartada.
> (THEODORO JR., Humberto, Curso de Direito Processual Civil, 57ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 687)

Em resumo: a obrigação do autor de reparar os prejuízos sofridos pelo réu em virtude de tutela posteriormente revogada decorre da lei, e não de sentença condenatória proferida pelo Juiz. A obrigação não nasce de uma eventual menção, na sentença, de que "o autor deverá ressarcir ao réu os valores recebidos por força da antecipação de tutela ora revogada".

Essa menção, na sentença, é desnecessária. Não é exigida pelo Código de Processo Civil. A lei permite ao réu, em qualquer processo, buscar a apuração e a cobrança dos prejuízos que sofreu, mesmo sem essa disposição na sentença.

Assim condensa a questão Araken de Assis, já sob a égide no NCPC:

> A responsabilidade contemplada no art. 302 é efeito anexo da sentença. Não necessita de pedido do autor, porque supérfluo nos casos de anexação de efeitos, nem sequer de disposição expressa na sentença. A responsabilidade decorre da simples incidência de um dos incisos do art. 302 (Processo Civil Brasileiro, Vol II - Tomo II, pg. 482).

Os preceitos legais acima aventados também deixam bem claro que a apuração de eventuais prejuízos advindos de tutela antecipada, liminar ou sentença posteriormente cassadas/revogadas, deve ser tratada nos próprios autos em que proferida a primeira decisão judicial.

Entretanto, deve-se considerar que, mais do que nos próprios autos, os efeitos jurídicos da revogação ou reforma da antecipação da tutela devem ser decididos pelo *mesmo juízo que a proferiu*, sob o risco de malferir-se o *princípio do juízo natural* (art. 5º, inciso LIII, da Constituição Federal).

Apenas o próprio juízo decisor, ou a instância judicial hierarquicamente superior (por imposição do *princípio do duplo grau de jurisdição*), a depender do caso concreto, terão competência material para tratar da reversibilidade da tutela antecipada, dispondo sobre seus efeitos e eventuais consequências.

O pedido formulado nesta ação civil pública faz distinção entre os casos em que houve a

determinação de devolução de valores e os casos em que essa determinação não ocorreu. Aqui se pretende a condenação do INSS a:

> abster-se de cobrar os valores referentes aos benefícios previdenciários ou assistenciais concedidos por meio de liminar, tutela antecipada e sentença, que foram revogadas ou reformadas por decisão judicial posterior, *ressalvados os casos em que tal devolução for determinada expressamente na decisão que suspendeu/revogou ou reformou a decisão judicial anterior* (fl. 12, grifos nossos).

Porém, o que demonstro aqui é que mesmo nos casos em que a devolução não foi determinada expressamente, a cobrança é possível porque decorre de lei, e não depende de uma nova decisão judicial.

Isso tudo poderia, à primeira vista, levar à improcedência desse pedido, já que aqui se admite a cobrança dos valores ora discutidos.

Mas, impõe fazer uma distinção aqui, tendo em vista que não se admite, pelos fundamentos tratados, qualquer forma de cobrança, mas apenas uma.

A cobrança de valores pagos a maior na via administrativa, nos termos do art. 115 da Lei 8.213/91, pode ocorrer e não é objeto desta ação.

A jurisprudência vem rechaçando o procedimento por vezes adotado pelo INSS no sentido de inscrever valores pagos a maior - no entender do Instituto - na dívida ativa da União, cobrando-os em execução fiscal. Isso já chegou a ser feito tanto para valores cobrados administrativamente como judicialmente, mas não foi aceito pelos Tribunais pátrios.

Quanto aos débitos decorrentes de decisões judiciais provisórias posteriormente revogadas, que são o objeto da lide, podem ser cobrados, como visto supra, mas não administrativamente pelo INSS. Precisam ser objeto de cobrança em juízo. Mas, não por meio de execução fiscal, nem por intermédio de uma nova ação de conhecimento.

Basta a liquidação do valor a ser reposto. E sua liquidação deverá ser feita nos próprios autos em que tratada a questão de mérito.

Prossegue Araken de Assis na obra supracitada (pg. 483): “Segundo prescreve o art. 302, parágrafo único, liquidar-se-á o dever de indenizar, sempre que possível, nos próprios autos”.

A liquidação nos próprios autos decorre do princípio do juiz natural.

O pagamento aqui tratado, como já exposto, decorre de obrigação *ope legis*, surgida como *efeito anexo da sentença* que revogou a tutela. Haverá liquidação da obrigação e posterior requerimento ao Juízo da reparação dos prejuízos.

Não há sentido possível em se admitir a propositura de nova demanda de conhecimento, para levar a um outro Juízo questão de mérito que decorreria da sentença condenatória anterior. Esse outro Juízo seria incompetente para analisar a extensão de efeitos primários, secundários ou anexos da sentença prolatada em feito diverso.

Propor nova ação perante outro Juízo retira do Juiz da causa, por exemplo, a possibilidade de decidir se houve ou não má-fé ou boa-fé, se os valores, no caso concreto, devem ser devolvidos e como se deverá fazer essa devolução. Essas questões devem ser discutidas caso a caso, e são questões eminentemente processuais ligadas ao feito em que se debateu o mérito da causa. É também por isso que se veda a inscrição desses valores na dívida ativa e sua cobrança por execução fiscal: exige-se que haja discussão sobre o mérito da devolução.

Somente o próprio Juízo que decidiu o mérito da ação poderá deliberar, no futuro, sobre

as obrigações, decorrentes da lei ou da sentença, surgidas após o transido em julgado da decisão.

A cobrança pode ocorrer - mas, somente, unicamente, exclusivamente, por meio de liquidação no processo judicial em que proferida a decisão posteriormente revogada.

Não importa que o juiz, na sentença, não tenha deliberado pela devolução. Repito transcrição supra de texto de Araken de Assis, no sentido de que a responsabilidade do art. 302 do NCPC "não necessita de pedido do autor, porque supérfluo nos casos de anexação de efeitos, nem sequer de disposição expressa na sentença".

Concluindo, de acordo com exposto na fundamentação supra, verifica-se que a revogação da tutela antecipada, no CPC/73, ou das tutelas de urgência, nos termos do CPC/2015, em ações que versem sobre benefício previdenciário:

1) leva à obrigação de indenizar, nos termos do decidido pelo STJ no Recurso Especial nº 1.401.560/MT, decidido sob a sistemática dos recursos repetitivos - e o aqui decidido se vincula, necessariamente, ao pressuposto consistente naquele julgado.

2) a indenização decorre da própria revogação da tutela e dispensa a prolação de disposição específica a respeito na sentença ou no acórdão;

3) o pedido de liquidação para apuração dos danos e de restituição de valores somente pode ser levado ao mesmo órgão judiciário que proferiu a decisão anterior, nos próprios autos em que proferida a decisão.

Ante todo o exposto, aqui se reconhece que a cobrança dos valores em discussão é possível, mas não de qualquer modo.

O INSS não pode cobrá-los administrativamente; nem em nova ação judicial, de conhecimento ou de execução.

Somente pode dirigir o pedido de liquidação e cobrança dos valores nos próprios autos em que discutida a questão de mérito e prolatada a decisão de concessão e posterior revogação da tutela provisória ou liminar.

Deve, assim, ser reformada a r. sentença recorrida, *pois a ação é parcialmente procedente, condenando-se o INSS a se abster de cobrar os débitos decorrentes de tutela provisória ou liminar posteriormente revogada em ação que verse sobre benefício previdenciário, pela via administrativa ou por nova ação judicial. Permanece a possibilidade de pedido de liquidação e cobrança dos valores nos próprios autos do processo em que prolatadas as decisões de concessão e revogação da tutela ou liminar, independente de determinação expressa do magistrado nesse sentido.*

É, por outro lado, *inviável a cobrança de valores quando se tratar de ação que verse sobre benefício assistencial, nos termos do* distinguish *constante da fundamentação supra. Nesse aspecto, procede o pedido.*

DA INAPLICABILIDADE DO ART. 933, DO CPC/2015

No caso em tela, a despeito de se proferir decisão a partir de fundamentos diversos daqueles apresentados pelas partes ou considerados na r. sentença recorrida, verifico que não se aplica o disposto no art. 933, do CPC/2015, cuja dicção é a que segue:

> Art. 933. Se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de 5 (cinco) dias.

Com efeito, o dispositivo legal impõe a intimação das partes para que se manifestem a

respeito de fato superveniente à decisão recorrida, ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada.

Tratando-se de excepcionalidade, deve ser interpretada restritivamente, abrangendo unicamente o fato novo e a matéria de ordem pública não apreciada.

Não se deve estender essa conduta, necessária ao Relator do processo, também para situações diversas.

É que ocorre nestes autos, onde se adota desdobramento diverso daqueles constantes na sentença ou nos recursos de apelação, mas não implicam em fato superveniente ou matéria de ordem pública, nem em questão nova não controvertida.

Ao contrário, trata-se de interpretar os mesmos fundamentos jurídicos e dispositivos legais trazidos pelas partes ao longo do processo, chegando-se a conclusão diversa.

Ou, diriam alguns, tratar-se-ia, unicamente, de exemplo que se amoldaria ao brocardo latino *da mihi factum, dabo tibi jus*.

Nestes termos, não é o caso de aplicar o art. 933, do CPC/2015.

DA ABRAGÊNCIA DA COISA JULGADA

O MPF recorreu, pretendendo que os efeitos da decisão não se restrinjam à jurisdição do TRF da 3ª Região, passando a ter abrangência nacional.

A pretensão deduzida pelos autores da ação coletiva e, por consequência, a eficácia desta decisão, restringem-se ao âmbito territorial da *jurisdição deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região,* de acordo com o entendimento que, ainda que não seja consentâneo com o deste relator, é o atualmente consolidado no Superior Tribunal de Justiça, exemplificado pelo aresto abaixo:

> PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. CÔMPUTO DO TEMPO DE BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE COMO PERÍODO DE CARÊNCIA. POSSIBILIDADE, DESDE QUE INTERCALADO COM PERÍODO DE EFETIVO TRABALHO. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. EFEITOS ERGA OMNES LIMITADOS À COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR.
> 1. Ação civil pública que tem como objetivo obrigar o INSS a computar, como período de carência, o tempo em que os segurados estão no gozo de benefício por incapacidade (auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez).
> (...)
> *6. Prevalece nesta Corte o entendimento de que a sentença civil fará coisa julgada erga omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator, nos termos do art. 16 da Lei nº 7.347/85, alterado pela Lei nº 9.494/97.*
> (...)
> 8. Recurso especial parcialmente provido.
> (STJ, 6ª Turma, RESP 201303521752, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 16.10.2014, DJE 03.11.2014)

Deixo de formular condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 17 da Lei 7.347/95 e da sucumbência recíproca.

Em virtude da remessa oficial, reduzo a multa diária fixada na sentença em R$ 3.000,00 (três mil reais), para o patamar de R$ 100,00 (cem reais), para cada cobrança indevida.

Revogo a tutela antecipada concedida em primeiro grau.

Ante o exposto, *rejeito as preliminares, nego provimento às apelações e dou parcial provimento à remessa oficial, nos termos da fundamentação supra*. Resta prejudicado o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso do INSS.

É como voto.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL
0016271-12.2013.4.03.6143
(2013.61.43.016271-2)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Apelante: JOÃO JUSTINO DE ASSIS
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE LIMEIRA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN
Classe do Processo: AC 2190115
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/08/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO (ART. 1.021, DO CPC). EMBARGOS À EXECUÇÃO. ACOLHIMENTO DOS CÁLCULOS ELABORADOS PELA CONTADORIA JUDICIAL EM VALOR SUPERIOR AO APRESENTADO PELA CONTA EMBARGADA. DECISÃO *ULTRA PETITA*. NÃO OCORRÊNCIA. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO SINGULAR DO RELATOR. CABIMENTO.
1. O denominado agravo interno (artigo Art. 1.021 do CPC/15) tem o propósito de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada e, em caso de não retratação, possa ter assegurado o direito de ampla defesa, com submissão das suas impugnações ao órgão colegiado, o qual, cumprindo o princípio da colegialidade, fará o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida, mediante reiterações de manifestações anteriores ou à mingua de impugnação específica e fundamentada da totalidade ou da parte da decisão agravada, objeto de impugnação.
2. O fato de a conta do perito apresentar valor superior ao constante da conta embargada não impede a sua adoção, pois o que se pretende na fase executória é a concretização do direito reconhecido judicialmente, devendo, assim, a liquidação prosseguir pelo *quantum debeatur* que mais se adequa e traduz o determinado no título executivo.
3. Na hipótese, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. A Desembargadora Federal Marisa Santos com ressalva de entendimento pessoal.

São Paulo, 31 de julho de 2017.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal GILBERTO JORDAN (Relator):

Trata-se de agravo interno oposto pela parte embargante, contra a decisão monocrática que deu provimento à apelação do exequente, para determinar o prosseguimento da execução pelos cálculos de liquidação apurados pela contadoria judicial, em que se apura o montante de R$466.191,28 (quatrocentos e sessenta e seis mil, cento e noventa e um reais e vinte e oito centavos), atualizados para setembro de 2010 (fls. 68/72), mantendo, no mais, a douta sentença recorrida.

Em suas razões de inconformismo, aduz o agravante a ocorrência de julgamento *ultra petita*, por ter acolhido cálculo do contador superior ao apresentado pela parte credora.

Sem manifestação da parte agravada.

Às fls. 109/110 a parte embargada peticiona requerendo a expedição de ofício precatório para pagamento dos valores incontroversos.

Os autos vieram conclusos.

É o relatório.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal GILBERTO JORDAN (Relator):

Não sendo o caso de retratação, levo o presente agravo interno a julgamento pela Turma, com inclusão em pauta.

Inicialmente, destaco que faço a reprodução da decisão agravada para dar aos meus pares ciência integral dos fundamentos que a embasaram.

A decisão recorrida encontra-se fundamentada nos seguintes termos:

> (...)
> Vistos na forma do art. 932 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015).
> No mais, tempestivo o recurso e respeitados os demais pressupostos de admissibilidade recursais, passo ao exame da matéria objeto de devolução.
> A necessidade de adequação da liquidação de sentença ao título executivo legitima o magistrado a determinação de que sejam conferidos e elaborados novos cálculos pela contadoria judicial, órgão auxiliar do juízo (artigo 524, §2º do CPC).
> No caso, a contadoria judicial apresentou cálculos de liquidação no valor de R$ 466.191,28 (quatrocentos e sessenta e seis mil, cento e noventa e um reais e vinte e oito centavos), atualizados para setembro de 2010 (fls. 68/72).
> A r. sentença julgou improcedente os embargos e determinou o prosseguimento da execução pela conta embargada, no valor de R$ 434.797,07 (quatrocentos e trinta e quatro mil, setecentos e noventa e sete reais e sete centavos), atualizada para setembro de 2010, deixando de acolher os cálculos do contador por serem em valores superiores ao apurado pelo exequente.
> Passo à análise.
> O fato de a conta do perito apresentar valor superior ao constante da conta embargada não impede a sua adoção, pois o que se pretende na fase executória é a concretização do direito reconhecido judicialmente, devendo, assim, a liquidação prosseguir pelo *quantum debeatur* que mais se adequa e traduz o determinado no título executivo.

Inclusive, sobre a possibilidade de prosseguimento da execução por valor superior ao pleiteado pela parte exequente, há de se observar os seguintes julgados:

"AGRAVO (ART. 557 DO CPC). APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. SERVIDOR PÚBLICO. 28,86%. CÁLCULO DO CONTADOR SUPERIOR AO AFERIDO PELA PARTE EXEQUENTE. JULGAMENTO *ULTRA PETITA*. NÃO CONFIGURADO. OBSERVÂNCIA DO TÍTULO EXECUTIVO. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA DECIDIDA. IMPOSSIBILIDADE.

1. O agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil tem o propósito de submeter ao órgão colegiado o controle da extensão dos poderes do relator, bem como a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando à rediscussão da matéria já decidida.

2. Mantida a decisão agravada, porque seus fundamentos estão em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria.

3. Agravo a que se nega provimento."

(TRF 3ª Região, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, AC 0017251-64.2008.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO, julgado em 16/12/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 12/01/2015)

"AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. HOMOLOGAÇÃO DE CÁLCULOS ELABORADOS PELO CONTADOR JUDICIAL EM VALOR SUPERIOR AO APRESENTADO PELO EXEQUENTE. NÃO CONFIGURADO JULGAMENTO *ULTRA PETITA*. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Transitou em julgado decisão que reconheceu o direito da parte autora o direito à correção monetária de contas-poupança nos períodos de janeiro de 1989, abril e maio de 1990 (fls. 144; 148). A parte autora iniciou a execução de julgado apresentando cálculos no valor de R$ 92.094,90 (fl 245). A CEF impugnou os cálculos, reconhecendo como devido o montante de R$ 61.816,78 (fls. 316/318).

2. O juiz da causa ordenou a remessa dos autos ao Contador Judicial, que apurou o valor de R$ 116.374,44 pois o autor deixou de incluir as despesas processuais, além de considerar a taxa de juros de 0,5% ao mês a partir da citação, quando o correto é 1% (fls. 348/357); essa foi a conta foi homologada.

3. Não merece acolhimento a tese deduzida na minuta do agravo (o acolhimento pela sentença de valor maior que o pleiteado em execução importa em sentença *ultra petita*, devendo ser limitada) porquanto diverge da posição dominante no STJ (AgRg no Ag 1088328/SP, REsp 974.242/RS, AgRg no REsp 1267465/PR, REsp 720462/PE).

4. Agravo improvido."

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AI 0010497-63.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 17/07/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 25/07/2014)

"PREVIDENCIÁRIO - PROCESSO CIVIL - AGRAVO PREVISTO NO § 1º, DO ART. 557, DO C.P.C. - REVISÃO DE BENEFÍCIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO - CÁLCULO DO CONTADOR JUDICIAL - VALOR SUPERIOR AO PLEITEADO NA EXECUÇÃO. JULGAMENTO *ULTRA PETITA* - INOCORRÊNCIA.

I - A execução deve prosseguir na forma do cálculo elaborado pela contadoria judicial, ainda que seu valor seja superior ao montante que deu início à execução, haja vista que o cálculo embargado está em desacordo com os parâmetros fixados na decisão exequenda.

II - A adoção do cálculo da contadoria judicial não configura a hipótese de julgamento 'ultra petita', pois apenas se está adequando a conta de liquidação aos termos do título judicial em execução.

III - O próprio INSS, nos presentes embargos, apresentou cálculo de liquidação em que apurou o valor de R$ 23.944,92, superior ao encontrado pelo embargado (R$ 5.230,38), ainda que atualizado para uma data mais recente, o que configura o reconhecimento de que é devido ao autor crédito em valor superior ao fixado no início da execução.

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

(TRF 3ª Região, DÉCIMA TURMA, AC 0042877-79.1998.4.03.6183, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, julgado em 14/06/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 22/06/2011 PÁGINA: 3535)

"PREVIDENCIÁRIO E PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CÁLCULOS ELABORADOS PELO CONTADOR JUDICIAL EM VALOR SUPERIOR AO APRESENTADO PELO EXEQUENTE. JULGAMENTO *ULTRA PETITA* NÃO CONFIGURADO. AGRAVO REGIMENTAL DO INSS DESPROVIDO.

1. O acolhimento dos cálculos elaborados por Contador Judicial em valor superior ao apresentado pelo exequente não configura julgamento *ultra petita*, uma vez que, ao adequar os cálculos aos parâmetros da sentença exequenda, garante a perfeita execução do julgado.

2. Agravo Regimental do INSS desprovido."

AgRg no Ag 1088328 / SP. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. 2008/0190779-4. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. T5 - QUINTA TURMA. Data do Julgamento: 22/06/2010. DJe 16/08/2010.

A conta de liquidação apresentada pelo perito judicial da primeira instância foi confeccionada em estrita observância ao determinado no título exequendo, a qual merece acolhida, ademais por ser equidistante quanto aos interesses das partes, não havendo óbice quanto à sua adoção o fato de apresentar valor superior ao pleiteado pelo exequente.

Sendo assim, a execução deve prosseguir pelo valor apurado pela contadoria judicial, em que se apura o montante de R$ 466.191,28 (quatrocentos e sessenta e seis mil, cento e noventa e um reais e vinte e oito centavos), atualizado para setembro de 2010 (fls. 68/72), pois em consonância com o título exequendo.

Ante o exposto, nos termos do art. 932 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), dou provimento à apelação, para determinar o prosseguimento da execução pelos cálculos de liquidação apurados pela contadoria judicial, em que se apura o montante de R$ 466.191,28 (quatrocentos e sessenta e seis mil, cento e noventa e um reais e vinte e oito centavos), atualizados para setembro de 2010 (fls. 68/72), mantendo, o mais, a douta decisão recorrida.

Após as formalidades legais, transitada em julgado a presente decisão, baixem os autos à origem.

Intime-se.

CASO DOS AUTOS.

A decisão monocrática é um instrumento à disposição do relator, na busca pelo processo célere e racional e no interesse das partes, pois todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva, e aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

É norma fundamental do atual Código de Processo Civil que não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida, norma esta perfeitamente atendida com a publicação da decisão monocrática, ora objeto deste agravo interno, bem como diante da oportunização ao agravado para sua manifestação.

De seu lado, o denominado agravo interno (artigo Art. 1.021 do CPC/15) tem o propósito de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada e, em caso de não retratação, possa ter assegurado o direito de ampla defesa, com submissão das suas impugnações ao órgão colegiado, o qual, cumprindo o princípio da colegialidade, fará o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida, mediante reiterações de manifestações anteriores ou à mingua de impugnação específica e fundamentada da totalidade ou da parte da decisão agravada, objeto de impugnação.

Na hipótese, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal.

DA FIXAÇÃO DE MULTA

Ressalto que o artigo 1.021, § 4º, do CPC estabelece que "quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa".

No caso em espécie, não me parece que o presente agravo foi interposto com intuito meramente protelatório. Assim, apenas advirto a parte agravante da possibilidade de aplicação da mencionada multa, pelo órgão colegiado, quando o recurso for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente.

EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO DOS VALORES INCONTROVERSOS

Quanto ao pedido de expedição de precatório dos valores incontroversos não vejo óbice legal ao seu deferimento.

Senão vejamos.

Verifica-se dos autos que apenas a parte embargada interpôs recurso a esta e. Corte em face da sentença que julgou os embargos à execução.

Seu inconformismo decorre do fato da sentença ter dado como correta a conta elaborada pelo Contador Judicial, limitando-a, contudo, aos valores apresentados pela parte embargada.

Ao apreciar monocraticamente o recurso da parte embargada, dei provimento ao seu apelo para determinar o prosseguimento da execução pelos cálculos de liquidação apurados pela contadoria do juízo.

Desta forma, encontra-se pendente de discussão apenas o montante que ultrapassa o valor apontado na conta da parte embargada, sendo perfeitamente possível o prosseguimento da execução e levantamento dos valores incontroversos, a teor do disposto no artigo 535, § 4º do Código de Processo Civil/2015, *in verbis*: "Tratando-se de impugnação parcial, a parte não questionada pela executada será, desde logo, objeto de cumprimento".

DISPOSITIVO

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo interno do INSS e *defiro o pedido da parte embargada* no tocante à expedição de requisitório dos valores incontroversos.

É o voto.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA
0009194-43.2016.4.03.0000 (2016.03.00.009194-1)

Suscitante: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA - DÉCIMA TURMA
Suscitado: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA - TERCEIRA SEÇÃO
Parte Autora: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Partes Rés: JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DA COMARCA DE PRESIDENTE EPITÁCIO - SP E JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE PRESIDENTE EPITÁCIO - SP
Interessados: VALMIR ALVES PEREIRA E FRANCISCO NASCIMENTO SARAIVA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
Classe do Processo: CC 20563
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/07/2017

EMENTA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ALTERAÇÃO DO REGIMENTO INTERNO DESTA CORTE. PRINCÍPIO DA "PERPETUATIO JURISDICIONIS".
I - Com a alteração do Regimento Interno desta Corte trazida pela Emenda Regimental nº 15/2016, a competência para processar e julgar mandado de segurança contra ato de Juiz passou a ser das Turmas e não mais das Seções.
II - Hipótese em que, porém, o mandado de segurança foi impetrado antes da vigência da Emenda Regimental nº 15/2016.
III - Alteração da competência fundada em critério de conveniência, incidindo no caso o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, segundo o qual a competência é fixada no momento da propositura da ação, justificando-se o posterior deslocamento apenas nas hipóteses de supressão do órgão jurisdicional originário ou alteração da competência absoluta. Inteligência do art. 87 do CPC/73.
IV - Conflito de competência julgado procedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Egrégio Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, julgar procedente o conflito para declarar a competência do Desembargador Federal suscitado, integrante da Terceira Seção desta Corte, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de maio de 2017.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator):

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Des. Fed. Baptista Pereira, integrante da Décima Turma, em face do Des. Fed. Newton de Lucca, integrante da Terceira

Seção, estabelecido em mandado de segurança impetrado pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS em face de decisão proferida pelo Juizado Especial Cível e Criminal de Presidente Epitácio/SP através da qual foi determinado que o INSS descontasse mensalmente R$ 150,00 do benefício previdenciário de Francisco Nascimento Saraiva e depositasse em conta bancária de Valmir Alves Pereira.

Foi designado o suscitado para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes.

O Ministério Público Federal opina pela procedência do conflito, declarando-se a competência da Terceira Seção.

É o relatório.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator):

Ao início, observo que, em face do mandado de segurança objeto do presente conflito, foi anteriormente suscitado conflito de competência (CC 0009742-05.2015.4.03.0000) pelo Des. Fed. Newton de Lucca, integrante da Terceira Seção, em face do Juiz Federal Convocado Marcio Mesquita, integrante da Primeira Seção, conflito este que será levado a julgamento na presente sessão.

Isto estabelecido, passo à análise do presente feito.

Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Des. Fed. Baptista Pereira, integrante da Décima Turma, em face do Des. Fed. Newton de Lucca, integrante da Terceira Seção.

A ação de mandado de segurança foi inicialmente distribuída ao Des. Fed. Newton de Lucca, integrante da Terceira Seção, que, após decisão proferida no CC 0009742-05.2015.4.03.0000 designando-o para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes, proferiu decisão determinando a redistribuição do feito em razão da nova redação dada ao art. 13, IV do Regimento Interno desta Corte, que prevê a competência das Turmas para o processo e julgamento de mandado de segurança contra atos de Juízes.

Redistribuído o feito ao Des. Fed. Baptista Pereira, foi suscitado o presente conflito nos seguintes termos:

> Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS contra decisão proferida pelo MM. Juízo de Direito do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Presidente Epitácio/SP, que determinou ao impetrante que proceda ao desconto de RS 150,00, em dez parcelas mensais, do benefício previdenciário recebido por Francisco Nascimento Saraiva, a ser depositado em favor do credor, Valmir Alves Pereira.
> O *mandamus* foi distribuído originariamente ao e. Desembargador Federal Hélio Nogueira, tendo como órgão julgador a Primeira Seção. O referido magistrado declinou da competência e determinou a redistribuição do feito a um dos Desembargadores Federais integrantes da Terceira Seção desta Corte.
> Ato contínuo o mandado de segurança foi redistribuído, tendo como órgão julgador a Terceira Seção, ao e. Desembargador Federal Newton de Lucca que, por sua vez, suscitou o conflito de competência nº 0009742-05.2015.4.03.0000 com fundamento de que a matéria objeto do writ está inserida na competência da Primeira Seção.
> Ainda que o referido conflito de competência esteja pendente de solução, pois, até o presente

momento, não há certeza de que a competência para o julgamento seja da primeira ou da terceira seção sobreveio uma nova questão a ser dirimida para que seja apurado o órgão julgador. Isto porque o e. Desembargador Federal Newton de Lucca, designado para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes, determinou a livre redistribuição do feito, com fundamento no Art. 13, V, do RI desta Corte, com a redação dada pela Emenda Regimental nº 15 de 9.03.2016, a um dos Desembargadores Federais dos órgãos fracionários da Terceira Seção.
Neste passo os autos foram distribuídos à minha relatoria tendo como órgão julgador a Décima Turma e não mais a Terceira Seção.
Ocorre que, no caso concreto, o presente *mandamus* foi distribuído em 18.11.2014, portanto, antes da Emenda Regimental nº 15 de 09.03.2016, que fixou a competência das turmas para o processamento de mandado de segurança.
Nestes termos, por força do princípio da *perpetuatio jurisdiciones*, expresso no Art. 43 do CPC, a competência é determinada "no momento do registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta".
Ressalto que a alteração de competência para o julgamento de mandado de segurança das seções para as turmas não está fundada em lei, mas sim em critério de conveniência e oportunidade da Administração Pública baseado na experiência cotidiana quanto a inconveniência advinda da tramitação dos recursos e da ação de mandado de segurança contra atos judiciais emanados de um mesmo processo em órgãos fracionários distintos.
É o que se vê expressamente no voto do e. Desembargador Federal Nelton dos Santos no PA nº 0006117-82.2016.4.03.8000 em que foi aprovada a Emenda Regimental nº 15:
"1) Como se sabe, atualmente o inciso VIII do artigo 12 do Regimento Interno atribui às Seções o processamento e o julgamento dos mandados de segurança impetrados contra atos de juízes federais. Tal disposição regimental segue o disposto nos artigos 89, § 5º, alínea 'd', e 101, § 3º, alínea 'd', da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.
Ocorre que o artigo 96, inciso I, alínea 'a', da Constituição Federal dispõe que compete privativamente aos tribunais elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.
Nesse contexto, é dado afirmar que aquelas disposições da Lei Orgânica da Magistratura Nacional não foram recepcionadas pela Lex Magna de 1988, que, repita-se, conferiu privativamente aos tribunais, por meio de seus regimentos internos e observadas as normas de processo e as garantias processuais das partes, a distribuição de sua competência.
A manutenção do inciso VIII do artigo 12 do regimento, portanto, não se justifica, mormente quando se colhe, da experiência do cotidiano, a inconveniência de tramitarem perante órgãos fracionários distintos os recursos e a ação de mandado de segurança contra atos judiciais emanados de um mesmo processo.
Assim, a Comissão sugere que o processamento e o julgamento dos mandados de segurança contra atos de juízes passem à competência das Turmas. Para tanto, propõe-se a revogação do inciso VIII do artigo 12 e o acréscimo de mais um inciso ao artigo 13, *verbis*:
'Art. 13. Às Turmas compete processar e julgar, dentro da respectiva área de especialização:
(....)
IV - os mandados de segurança contra atos de Juízes'."
Destarte, não sendo caso de supressão de órgão e nem tampouco de incompetência absoluta, tenho que o órgão colegiado competente para o julgamento do presente mandado de segurança segue sendo a Terceira Seção ou a Primeira Seção, conforme o julgamento do Conflito de Competência nº 2015.03.00.009742-2.
Ante o exposto, suscito novo conflito de competência a ser dirimido pelo E. Órgão Especial, pelos fundamentos supra.

A discussão posta no presente conflito cinge-se à aplicação do princípio da "perpetuatio iurisdictionis".

Ao tempo da impetração do mandado de segurança estava em vigor o art. 12, VII do Regimento Interno desta Corte que assim prevê:

> Art. 12 - Compete às Seções processar e julgar:
> (...)
> VII - os mandados de segurança contra atos de Juízes Federais.

Através da Emenda Regimental nº 15, disponibilizada no DE JF3R de 16.03.2016, edição nº 50/2016, págs. 08/11, o Regimento Interno desta Corte foi alterado e a competência para processar e julgar os mandados de segurança contra ato de Juiz passou a ser das Turmas, nos termos do art. 13, IV, "in verbis":

> Art. 13 - Às Turmas compete processar e julgar, dentro da respectiva área de especialização:
> (...)
> IV - os mandados de segurança contra atos de Juízes;

Dispõe o artigo 87 do CPC/73, vigente ao tempo da distribuição do mandado de segurança, "in verbis":

> Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia.

Segundo o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, a competência é fixada no momento da propositura da ação, justificando-se o posterior deslocamento apenas nas hipóteses de supressão do órgão jurisdicional originário ou alteração da competência conforme a ressalva legal, o que não se verifica no caso em tela.

Com efeito, a alteração da competência para julgamento de mandado de segurança contra ato de Juiz está fundada em critério de conveniência do Tribunal ao estabelecer a competência de seus órgãos fracionários. É o que se depreende do Ofício nº 01/2016 - CRI (Comissão de Regimento Interno), documento apresentado no PA nº 0006117-82.2016.4.03.8000, em que foi aprovada a Emenda Regimental nº 15:

> 1) Como se sabe, atualmente o inciso VIII do artigo 12 do Regimento Interno atribui às Seções o processamento e o julgamento dos mandados de segurança impetrados contra atos de juízes federais. Tal disposição regimental segue o disposto nos artigos 89, § 5º, alínea "d", e 101, § 3º, alínea "d", da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.
> Ocorre que o artigo 96, inciso I, alínea "a", da Constituição Federal dispõe que compete privativamente aos tribunais elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.
> Nesse contexto, é dado afirmar que aquelas disposições da Lei Orgânica da Magistratura Nacional não foram recepcionadas pela Lex Magna de 1988, que, repita-se, conferiu privativamente aos tribunais, por meio de seus regimentos internos e observadas as normas de processo e as garantias processuais das partes, a distribuição de sua competência.
> *A manutenção do inciso VIII do artigo 12 do regimento, portanto, não se justifica, mormente quando se colhe, da experiência do cotidiano, a inconveniência de tramitarem perante órgãos*

> *fracionários distintos os recursos e a ação de mandado de segurança contra atos judiciais emanados de um mesmo processo.*
> *Assim, a Comissão sugere que o processamento e o julgamento dos mandados de segurança contra atos de juízes passem à competência das Turmas.* Para tanto, propõe-se a revogação do inciso VIII do artigo 12 e o acréscimo de mais um inciso ao artigo 13, verbis:
> "Art. 13. Às Turmas compete processar e julgar, dentro da respectiva área de especialização:
> (....)
> IV - os mandados de segurança contra atos de Juízes".

Por outro lado, observo que o item IV da Emenda Regimental nº 15/2016 assim prevê:

> IV - Esta Emenda Regimental entrará em vigor simultaneamente com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, *sem prejuízo da manutenção das atuais disposições regimentais para a aplicação que se fizer necessária, na conformidade das regras de direito processual intertemporal.*

Verifica-se, portanto, que a própria Emenda previu a manutenção das normas então vigentes do Regimento Interno desta Corte até sua entrada em vigor, de forma que a competência estabelecida pelos critérios anteriores à sua vigência deve ser mantida.

Por estes fundamentos, julgo procedente o conflito para declarar a competência do Desembargador Federal suscitado, integrante da Terceira Seção desta Corte.

É o voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RESTAURAÇÃO DE AUTOS CÍVEL
0010061-36.2016.4.03.0000
(2016.03.00.010061-9)

Parte Autora: MARIO DE SOUSA DA ENCARNAÇÃO
Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL ANA PEZARINI
Classe do Processo: RA 95
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/07/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. RESTAURAÇÃO DE AUTOS. EXTRAVIO. PEÇAS ESSENCIAIS REPRODUZIDAS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO.
- A Subsecretaria da Nona Turma comunicou o extravio dos autos da ação movida por MARIO DE SOUSA DA ENCARNAÇÃO em face do INSS, distribuído originariamente à 2ª Vara Federal de Santo André/SP (feito nº 0000753-38.2010.403.6126).
- Partes e Ministério Público Federal não opuseram impugnação.
- Reproduzidas as peças essenciais ao deslinde da causa.
- Autos em termos para julgamento, na conformidade com o disposto no artigo 716, *caput*, do CPC/2015, e do artigo 305, *caput*, do Regimento Interno desta Corte Regional. Precedentes.
- Não identificado o responsável pelo extravio e não vislumbrada a ocorrência de desídia ou má fé, em prejuízo da imposição da obrigação de arcar com as despesas da reconstituição, de eventual responsabilização cível e criminal previstas no artigo 304 do Regimento Interno desta Corte, bem como da instauração de sindicância nos termos do artigo 204, "a", do Provimento CORE nº 64/2005.
- Autos julgados restaurados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, julgar restaurados os autos ação previdenciária nº 0000753-38.2010.403.6126, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de junho de 2017.

Desembargadora Federal ANA PEZARINI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ANA PEZARINI (Relatora):

Trata-se de incidente de restauração dos autos, instaurado por determinação desta relatora, alusivo à ação previdenciária nº 0000753-38.2010.403.6126, ajuizada por MARIO DE SOUZA ENCARNAÇÃO contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, que tramitou, originariamente, perante a 2ª Vara Federal de Santo André/SP.

Instados a se manifestarem, tanto as partes como o Ministério Público Federal não

opuseram impugnação.

Realizadas as diligências cabíveis em ambas as instâncias, encontram-se os autos em termos para julgamento, em conformidade com o disposto no artigo 303 do RITRF-3ªReg.

Em síntese, o relatório.

Desembargadora Federal ANA PEZARINI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ANA PEZARINI (Relatora):

Em 31/05/2016, a Subsecretaria da Nona Turma deste Sodalício participou o extravio dos autos versados da presente restauração, *in verbis*:

> Cumpre-me, respeitosamente, informar a V. Exa. que, ao dar sequência à meta estabelecida por este Gabinete quanto ao encaminhamento para conclusão dos processos com data de distribuição mais antiga, constatou-se o extravio dos autos de Apelação Cível nº 2010.61.26.000753-0, autuados em 16/08/2011, os quais se encontram formalmente nesta Subsecretaria, conforme consulta de movimentação processual junto ao sistema SIAPRO.
> Outrossim, informo que as buscas internas realizadas repetidas vezes, com o deslocamento de cada processo pendente de julgamento e a mobilização de todos os servidores desta Subsecretaria, restaram infrutíferas, assim como não se logrou localizar o referido processo nas demais Subsecretarias do Tribunal ou nos Gabinetes dos demais Desembargadores Federais que a integram.
> Informo, por fim, que o acervo pertencente ao Gabinete do Desembargador Federal Souza Ribeiro (relator do feito), foi redistribuído em dezembro de 2015 ao Desembargador Federal Carlos Delgado e, em janeiro de 2016, ao Gabinete da Desembargadora Federal Ana Pezarini.
> Assim sendo, esgotados todos os meios de possível solução administrativa, consulto V. Exa. sobre como proceder, já juntando aos autos cópia da decisão monocrática terminativa proferida, bem como cópia do agravo legal, obtida junto ao i. patrono da parte, Dr. Fernando Gonçalves Dias.

Com base nessas informações, esta relatora impôs a instauração do procedimento com vistas à devida restauração, nos termos dos artigos 301 do Regimento Interno desta Corte Regional e 712, *caput*, do Código de Processo Civil/2015, por despacho exarado na mesma data (fls. 02/03), com o seguinte teor:

> À vista das informações prestadas pela Diretora de Subsecretaria da Nona Turma, noticiando o extravio dos autos do processo nº 0000753-38.2010.403.6126, nos termos do artigo 301 do Regimento Interno deste Tribunal e do artigo 712, *caput*, do Código de Processo Civil, determino a instauração de procedimento de restauração do referido feito.
> Infere-se das informações coligidas tratar-se de ação ajuizada por MARIO DE SOUSA ENCARNAÇÃO em face do INSS, visando o reconhecimento de tempo de trabalho em condições especiais no período de 06/03/1997 a 18/06/2008, conversão dos períodos de 08/05/1979 a 18/12/1981, 02/08/1982 a 14/08/1984 e 01/11/1984 a 27/01/1987, de trabalho comum em especial pelo fator de 0,83%, além da conversão de sua aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria especial. Subsidiariamente requereu a conversão do lapso especial em comum, bem como a revisão da aposentadoria por tempo de contribuição com majoração da RMI.
> O processo foi distribuído à 2ª Vara Federal de Santo André/SP. A sentença prolatada julgou improcedentes os pedidos.

A Subsecretaria diligenciou a juntada de cópia da decisão monocrática de 20/10/2015, pela qual o Desembargador Federal Souza Ribeiro deu parcial provimento à apelação da parte autora para determinar o recálculo do benefício com majoração da RMI, desde o seu início.
Também foi juntada cópia da petição de Agravo Legal da parte autora, datada de 01/12/2015, fornecida pelo respectivo advogado. Note-se que referida peça processual encontra-se sem assinatura e sem protocolo de interposição, em prejuízo da aferição de sua autenticidade e tempestividade.
Diante disso, remeta-se o expediente a Subsecretaria para as seguintes providências:
1 - diligenciar junto a UFOR a distribuição por dependência ao feito originário, com a classe processual RESTAURAÇÃO DE AUTOS;
2 - juntada de certidão de publicação da decisão monocrática de 20/10/2015;
3 - intimação do(s) advogado(s) da parte autora para apresentar(em) cópia da petição de interposição do Agravo Legal devidamente assinada e protocolizada.
Após, dê-se ciência ao INSS e ao Ministério Público Federal acerca da restauração de autos.
Em seguida, tendo em vista o disposto no artigo 717, § 1º, do novo Código de Processo Civil, remetam-se os autos ao juízo de origem, 2ª Vara Federal de Santo André/SP, a fim de que sejam adotadas as providências cabíveis para restauração dos atos praticados em primeira instância.
Comunique-se a egrégia Presidência deste Tribunal, encaminhando-se cópia deste despacho.

Em cumprimento, a Subsecretaria providenciou, junto à UFOR, a distribuição por dependência aos autos da ação extraviada, bem como expediu ofício no intuito de comunicar a Presidência deste Tribunal acerca da instauração do procedimento, além de intimar o advogado da parte autora para juntada de cópia da petição de agravo legal.

Remetidos estes autos à 2ª Vara Federal de Santo André, a MMª Juíza ordenou a instauração de novo procedimento para restauração dos atos praticados em primeira instância, dando origem ao feito nº 0004276-48.2016.403.6126. Determinou, outrossim, a intimação das partes para fornecerem todas as cópias de peças processuais em seu poder para serem entranhadas juntamente com os atos processuais extraídos do sistema processual e dos livros de registros daquele juízo (fl. 79).

Intimado, o advogado da parte autora, com a petição protocolada em 25/07/2016, sob nº 2016.610500040931-1, requereu a juntada das seguintes peças: petição inicial, cópia dos documentos instrutórios da exordial, manifestação de especificação de provas, petição de agravo de instrumento contra decisão indeferitória do pedido de prova pericial, petição informativa dos efeitos em que foi recebido o agravo, petição de apelação, petição de agravo regimental e pesquisas de andamentos processuais em 1ª e 2ª instâncias (fls. 45/46).

Ocorre que, dentre as peças processuais mencionadas, somente foi efetivamente colacionada cópia do agravo legal tirado de decisão monocrática que deu parcial provimento ao apelo autoral para reconhecer a especialidade do labor exercido entre 06/03/1997 e 18/06/2008 (fls. 54/59). Ainda assim, sem assinatura e sem protocolo.

Por sua vez, o INSS requereu a juntada das peças encontradas no arquivo da respectiva Procuradoria (fl. 67), sendo acostadas as seguintes cópias: da exordial (fls. 70/89 - sem protocolo de distribuição e assinatura), da procuração outorgada pelo autor a seus advogados (fl. 90), da declaração de pobreza firmada pelo autor (fl. 91), de documento pessoal do autor (fl. 92), de comprovante de endereço do autor (fl. 93), da carta de concessão e memória de cálculo do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição concedido ao autor (fl. 94), da análise e decisão técnica de atividade especial (fls. 95/96), da CTPS do autor (fls. 97/104), do formulário SB-40 (fl. 95), do laudo pericial de ruído ambiental (fl. 96), do PPP (fls. 107/108), de consultas de andamento processual (fls. 109/111, 113, 118/120, 123/124, 131, 133/135, 141 e 148), do

mandado de citação (fl. 112), da contestação (fls. 114/117 - protocolizada em 26/05/2010 sob nº 2010.260015564-1), da petição de especificação de provas do autor (fls. 121/122 - sem protocolo e assinatura), da petição de agravo de instrumento interposto pelo autor (fls. 125/130 - sem protocolo e assinatura), da petição do autor comunicando a indeferimento do efeito suspensivo ao agravo (fl. 132 - sem protocolo e assinatura), da sentença (fls. 136/140) e da petição de interposição de apelação pelo autor (fls. 142/147 - sem protocolo e assinatura).

Pelo despacho exarado em 09/09/2016 (fl. 149), a MMª Juíza determinou nova intimação do patrono da parte autora, para juntada de cópias das peças referidas na petição de fls. 45/46, tendo em vista que aquelas apresentadas não são cópias das peças originais, mas sim novos impressos. Além disso, determinou a juntada da petição protocolizada sob nº 2010020025156-001/2010, possivelmente correspondente à réplica.

Em atendimento, o advogado do autor peticionou a fl. 151, requerendo a juntada das primeiras folhas das seguintes peças, devidamente protocolizadas: inicial, réplica, petição de especificação de provas, petição de interposição de agravo de instrumento neste Tribunal, comprovante de situação cadastral do CPF do autor, comunicação dos efeitos do recebimento do agravo, apelação e agravo legal (fls. 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159 e 160, respectivamente).

A decisão de fl. 163 determinou o encaminhamento dos autos da restauração em primeira instância a este Tribunal.

Conforme certidão lançada a fl. 163v, o procedimento de primeira instância, feito nº 0004276-48.2016.403.6126, foi coligido a estes autos (fls. 36/163).

Na sequência, a Subsecretaria procedeu à nova juntada da decisão monocrática de 20/10/2015, que deu parcial provimento ao apelo da parte autora (fls. 164/169), da certidão de publicação daquele *decisum* (fl. 170) e da petição de interposição de agravo legal pelo demandante (fls. 171/175).

Pelo despacho de fl. 177, foi determinada a juntada da decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 0000722-29.2011.403.0000 e da respectiva certidão de trânsito em julgado. Também foi ordenada a abertura de vista ao INSS, com vistas à juntada de cópia das contrarrazões de apelação da ação originária.

Contudo, a autarquia informou que não localizou cópia da referida peça processual.

Assim, esgotadas as diligências possíveis, reproduziram-se os elementos essenciais para o deslinde da causa, possibilitando o prosseguimento do processo originário em seus devidos termos, na conformidade com o disposto no artigo 716, *caput*, do CPC/2015 e do artigo 305, *caput*, do Regimento Interno desta Corte Regional.

Nesse sentido, os seguintes julgados deste e. Tribunal:

> PROCESSUAL CIVIL. RESTAURAÇÃO DE AUTOS. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXTRAVIO. ELEMENTOS FORNECIDOS PELAS PARTES QUE AUTORIZAM O PROSSEGUIMENTO DO FEITO ORIGINÁRIO. PROCEDÊNCIA.
> 1. Tendo sido reunidos elementos suficientes para a continuidade do feito originário extraviado, cumpre julgar procedente a restauração de autos, prosseguindo-se o processo nos seus termos, em conformidade com o art. 1.067 do Código de Processo Civil e do art. 305, *caput*, do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, sem prejuízo da comunicação à OAB quanto ao fato, para as providências de sua competência, consoante estabelecido pelo Provimento nº 64, de 28.04.05, da Corregedoria Geral, art. 204, b e c.
> 2. Restauração de autos procedente.
> (Quinta Turma - RA 00237912220134030000 - RA - RESTAURAÇÃO DE AUTOS CÍVEL - 55, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, v.u., e-DJF3 Judicial 1: 13/12/2013).

PROCESSUAL CIVIL. RESTAURAÇÃO DE AUTOS. EXTRAVIO. ELEMENTOS FORNECIDOS PELAS PARTES QUE AUTORIZAM O PROSSEGUIMENTO DO FEITO ORIGINÁRIO. PROCEDÊNCIA.
01. Foram colacionadas cópias das principais peças e decisões que instruíam os feitos de origem, sendo suficientes ao processamento dos autos originários. Diante da ausência de contestação das partes, regularmente intimadas, merecem ser julgados restaurados o processo nº 2007.61.00.024934-4 e seu apenso nº 0020065-20.2006.4.03.6100.
02. Restauração de autos julgada procedente.
(Quinta Turma - RA 0021331-28.2014.403.0000 - RA - RESTAURAÇÃO DE AUTOS CÍVEL - 72, Rel. Des. Fed. Paulo Fontes, v.u., e-DJF3 judicial 1: 05/07/2016).

RESTAURAÇÃO DE AUTOS. EXISTÊNCIA DE CÓPIA INTEGRAL DIGITALIZADA. INEXISTÊNCIA DE OPOSIÇÃO DAS PARTES ACERCA DO PROCEDIMENTO DE RESTAURAÇÃO. PROCESSO JULGADO RESTAURADO.
1 - O processo roubado fora encaminhado ao Colendo Superior Tribunal de Justiça, que havia procedido à integral digitalização dos autos.
2 - As partes não se opuseram à restauração dos autos. 3 - Processo nº 2010.61.19.002502-0 julgado restaurado.
(Sétima Turma - RA 0006144-43.2015.403.0000 - RA - RESTAURAÇÃO DE AUTOS CÍVEL - 82, Rel. Des. Fed. Fausto de Sanctis, v.u., e-DJF3 Judicial 1: 25/11/2016).

De outro lado, não se logrou identificar o responsável pelo extravio da ação originária, bem como não se vislumbra a ocorrência de desídia ou má fé, em prejuízo da imposição da obrigação de arcar com as despesas da reconstituição, de eventual responsabilização cível e criminal previstas no artigo 304 do Regimento Interno desta Corte, bem como da instauração de sindicância nos termos do artigo 204, "a", do Provimento CORE nº 64/2005.

Diante do exposto, de rigor julgar restaurados os autos da ação movida por MARIO DE SOUSA DA ENCARNAÇÃO em face do INSS, distribuído originariamente à 2ª Vara Federal de Santo André/SP, feito nº 0000753-38.2010.403.6126.

Intimem-se as partes.

Comunique-se à Presidência deste Tribunal.

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

Após o trânsito em julgado, adote, a Subsecretaria, as medidas cabíveis junto a UFOR para que estes autos recebam a numeração da ação originária (000753-38.2010.403.6126), nos termos do artigo 203, § 1º, do Provimento CORE nº 64/2005.

É como voto.

Desembargadora Federal ANA PEZARINI - Relatora

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0000426-94.2017.4.03.0000
(2017.03.00.000426-0)

Agravante: DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES - DNIT
Agravada: NEILA NIELA DA SILVA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CARAGUATATUBA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS
Classe do Processo: AI 593520
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/07/2017

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. MEIOS DE DESOCUPAÇÃO. HIPOSSUFICIÊNCIA DOS OCUPANTES. RESPONSABILIDADE DO ÓRGÃO PÚBLICO. AGRAVO DESPROVIDO.
1. A pretensão da parte agravante, embora resida essencialmente no princípio processual da coisa julgada, atenta contra à dignidade da pessoa humana.
2. Com efeito, não obstante a sentença tenha condenado a ré "a promover a demolição da respectiva construção irregular, no prazo de 60 (sessenta dias), removendo todos os detritos do local às suas custas", também consta do julgado que "Em caso de não cumprimento da demolição e remoção dos detritos pelo réu, fica autorizado o autor DNIT a proceder aos atos necessários para a demolição e remoção dos detritos, com subsequente informação a este Juízo acerca dos atos realizados, assumindo o ônus processual de sua inércia, inclusive o arquivamento do feito", razão pela qual não há de se falar em violação à coisa julgada.
3. De outro lado, o uso de força policial no caso dos autos é medida de extrema desproporcionalidade, considerando a situação de hipossuficiência e vulnerabilidade social na qual se encontra os agravados e tendo em vista a possibilidade da parte agravante adotar meios menos prejudiciais aos moradores, consistente na disponibilização de veículos, pessoal e intermediação com entidade de assistência social para a remoção dos bens e das pessoas ocupantes do imóvel em questão, tal como determinado na r. decisão agravada.
4. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator, acompanhado pelo Des. Fed. Hélio Nogueira, vencido o Des. Fed. Wilson Zauhy que lhe dava provimento. Fará declaração de voto o Des. Fed. Wilson Zauhy.

São Paulo, 13 de junho de 2017.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da tutela recursal, interposto pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT, contra decisão que, em sede de ação de reintegração de posse, indeferiu a requisição de força policial para forçar a imediata demolição da atual moradia da parte ré.

Alega a parte agravante, em síntese, que a ação de reintegração de posse cumulada com pedido de demolição por ela ajuizada foi julgada procedente. Com o trânsito em julgado da decisão, iniciou-se o cumprimento de sentença, com a intimação do réu para cumprimento do julgado; contudo, com a inércia do executado, foi expedido mandado de reintegração de posse e demolição, que não foi cumprido "em virtude do imóvel 'estar ocupado por pessoas em estado de vulnerabilidade social com crianças pequenas, desempregados e sem condições de conseguirem outro lugar para morar, sendo necessária a intervenção do poder público' (certidão de fl. 62)". Neste contexto, requereu a intimação do executado para remover pessoas e objetos com a finalidade de que o DNIT realizasse a demolição em 07/12/2016, o qual foi indeferido na r. decisão agravada.

A agravante defende que a r. decisão agravada viola a coisa julgada, "uma vez que a parte ré foi condenada a sair/demolir às suas expensas", bem como a inexistência de obrigação do DNIT em remover objetos e pessoas no caso de desocupação da faixa de domínio e área non aedificandi, pois "não integra a missão institucional do DNIT o reassentamento de ocupantes irregulares (...), razão pela qual não possui rubrica orçamentária para tal fim". Ademais, argumenta que o direito de moradia é uma norma programática, não podendo ser utilizado de escudo para a prática de atividades ilícitas.

Por fim, aduz que "É evidente que a decisão recorrida é suscetível de causar à parte exequente lesão grave e de difícil reparação, eis que, a existência de construções na faixa de domínio/área non aedificandi configura perigo de dano irreparável ou de difícil reparação na hipótese concreta, tem por objetivo justamente resguardar a integridade física dos moradores lindeiros e dos usuários da rodovia. Ademais, o perigo de dano irreparável se justifica também em razão da responsabilidade sobre os danos causados a terceiros".

O pedido de antecipação da tutela recursal foi indeferido.

A parte agravada não apresentou contraminuta.

É o relatório.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

VOTO

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

Ao analisar o pedido de concessão de efeito suspensivo, foi proferida a seguinte decisão:

> Numa análise perfunctória, não vislumbro presentes os requisitos para a antecipação da tutela recursal, à míngua de perigo de dano ou de risco do resultado útil do processo.
> Por outro lado, a princípio, não verifico elementos nos autos para a modificação da r. decisão agravada, haja vista que a pretensão da parte agravante, embora resida essencialmente no princípio processual da coisa julgada, atenta contra à dignidade da pessoa humana, considerando a certidão do oficial de justiça informando que "não foi possível proceder à demolição,

> vez que a parte autora não providenciou os meios necessários, também pelo fato de imóvel estar ocupado por pessoas em estado de 'vulnerabilidade social', com crianças pequenas, desempregados e sem condições de conseguirem outro lugar para morar, sendo necessária a intervenção do poder público" (fl. 88).
> Com tais considerações, indefiro o pedido de antecipação da tutela recursal.

Assim sendo, em nova análise, este Relator confirma o acerto da r. decisão monocrática, que apreciou o mérito do agravo de instrumento.

Com efeito, não obstante a sentença tenha condenado a ré "a promover a demolição da respectiva construção irregular, no prazo de 60 (sessenta dias), removendo todos os detritos do local às suas custas", também consta do julgado que "Em caso de não cumprimento da demolição e remoção dos detritos pelo réu, fica autorizado o autor DNIT a proceder aos atos necessários para a demolição e remoção dos detritos, com subsequente informação a este Juízo acerca dos atos realizados, assumindo o ônus processual de sua inércia, inclusive o arquivamento do feito", razão pela qual não há de se falar em violação à coisa julgada.

De outro lado, o uso de força policial no caso dos autos é medida de extrema desproporcionalidade, considerando a situação de hipossuficiência e vulnerabilidade social na qual se encontra os agravados e tendo em vista a possibilidade da parte agravante adotar meios menos prejudiciais aos moradores, consistente na disponibilização de veículos, pessoal e intermediação com entidade de assistência social para a remoção dos bens e das pessoas ocupantes do imóvel em questão, tal como determinado na r. decisão agravada.

Neste sentido:

> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE EM FAVOR DO DNIT, COM TRÂNSITO EM JULGADO. DESOCUPAÇÃO DA ÁREA. MEIOS DE REMOÇÃO (CAMINHÕES E PESSOAL) POR CONTA DO AGRAVANTE. HIPOSSUFICIÊNCIA DOS MORADORES. RAZOABILIDADE DA DECISÃO.
> 1. Agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo ativo, interposto contra decisão que, nos autos do Processo nº 000568-82.2008.4.05.8302, rejeitou os embargos declaratórios, confirmando, pois, a decisão anterior que determinara que a agravante devesse providenciar os meios necessários para o transporte dos bens dos agravados, já que estes não possuem condição financeira para tanto.
> 2. A parte dispositiva da sentença assim se houve: "[...] resolvo o processo com resolução do mérito (art. 269, I, do CPC), julgando procedente o pedido de reintegração de posse e consequente demolição das construções e outras acessões realizadas pelos réus a qual deverá ser realizada pela autora e somente após a desocupação do imóvel invadido."
> *3. A coisa julgada ocorreu apenas em relação à determinação de demolição, não abrangendo, portanto, o modo de remoção dos bens. Deste modo, perfeitamente possível o exame dos meios de remoção pelo juiz da execução.*
> 4. A condição precária dos ocupantes da área em questão (Km 128+500 LTCR - Rua José Vieira, Boa Vista, Caruaru/PE) está plenamente demonstrada nas peças que compõem o processo originário, dentre as quais destaco as fotografias do local e a perícia realizada por vistor oficial. 5. Das fotografias acostadas, verifica-se que as construções não são recentes, notadamente pela quantidade de moradias edificadas no local, algumas delas construídas com disposição semelhantes à bairros.
> *6. A despeito do esbulho possessório em área não edificante, já reconhecido por sentença transitada em julgado, não pode o DNIT se eximir da responsabilidade decorrente da sua inércia, que acarretou a ocupação do local, com grande número de moradias, pois, a simples "demolição", de forma inexorável, acarretaria uma convulsão social de considerável dimensão.*

7. A razoabilidade deve preponderar no sentido de manter a decisão agravada, no quanto determinou ao ora agravante a disponibilização dos "meios de remoção (caminhões e pessoal) dos bens das pessoas ocupantes da área por ocasião da efetivação da medida",
8. Esclareça-se, que o custeio do transporte dos ocupantes do local, como forma de viabilizar a desocupação e consequente demolição das construções irregulares, não significa o depósito dos bens, como assim entendeu o DNIT. A decisão agravada, não fala em depósito, mas apenas em transporte.
9. Esta medida, que consiste na remoção dos bens das pessoas ocupantes da área, inclusive, é de interesse do DNIT, no quanto vai afastar novos invasores do local.
10. Por outro lado, a operacionalização do transporte, fica à cargo do DNIT, que deve agir com razoabilidade no tocante ao prazo para que as famílias se preparem para a desocupação e ao local a ser transportados os bens, com efetiva comunicação das providências ao juízo de origem.
11. Agravo de instrumento improvido. Prejudicado o pedido de reconsideração.
(TRF5, AG 00001966620154050000, Rel. Des. Fed. Rogério Fialho Moreira, DJe 19/03/2015)

Sendo assim, deve ser mantida, na íntegra, a r. decisão recorrida.

Diante do exposto, mantenho a decisão acima transcrita e, por isto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WILSON ZAUHY:

Peço vênia para divergir do e. Relator.

Trata-se de agravo de instrumento agilizado pelo DNIT em face de decisão que, em sede de cumprimento de sentença, indeferiu o seu pedido de intimação da executada para a remoção de pessoas e objetos do imóvel e o pleito de requisição de auxílio policial para garantir o cumprimento do julgado.

Observo que a decisão agravada constatou a necessidade de o DNIT providenciar os meios necessários à assistência social ao hipossuficiente, impondo-lhe o ônus de providenciar veículos, pessoal e intermediação por entidade de assistência social para a remoção de pessoas e bens (fls. 91/95).

Atento para que o feito de origem trata de ação de *demolição* de imóvel, a qual restou julgada procedente com a condenação da parte ré "a promover a demolição da respectiva construção irregular, no prazo de 60 (sessenta dias), removendo todos os detritos do local às suas custas. *Em caso de não cumprimento da demolição e remoção dos detritos pelo réu, fica autorizado o autor DNIT a proceder aos atos necessários para a demolição e remoção dos detritos*, com subsequente informação a este Juízo acerca dos atos realizados, assumindo o ônus processual de sua inércia, inclusive o arquivamento do feito." (fls. 64/69).

Posta a situação fático-processual, tenho que, sagrando-se vencedora na ação de origem, tem a parte autora (DNIT) o direito de executar a sentença, ultimando a demolição das edificações tidas por indevidamente construídas.

Entendo que o acolhimento da ponderação acerca da vulnerabilidade social e da hipossuficiência da parte ré, o que resvala na questão da dignidade da pessoa humana, implicaria,

em análise última, na própria negativa da prestação jurisdicional no caso presente, com o aviltamento da coisa julgada, que se tornaria inexequível em razão da condição pouco favorecida dos demandados.

Ademais, verifica-se que, muito antes de implicar um ônus para a parte autora, o provimento alcançado no feito originário autoriza a adoção das medidas que o DNIT ora postula a fim de dar pleno cumprimento ao comando transitado em julgado.

Com efeito, por ocasião do pleito que restou indeferido pela decisão agravada, informou a autora que o mandado de demolição não fora cumprido por força da resistência oposta pelos executados. Assim, pleiteou o DNIT as medidas ora debatidas, informando a nova data da demolição, que seria acompanhada por engenheiro daquele órgão (fls. 91).

Como se vê, não se furtou o DNIT a arcar com a demolição do imóvel por seus próprios meios, requisitando reforço policial tão somente para a desocupação de pessoas e bens do local.

Ora, assim agindo deu pleno cumprimento ao quanto lhe cabia nos autos. Tratando-se de desapossamento forçado de pessoas, a atuação do Estado por meio do emprego de força policial, sobre se mostrar imprescindível para o cumprimento da decisão transitada em julgado, mostra-se ainda dever do qual não pode se eximir o ente estatal, não se admitindo seja a parte onerada com a adoção de diligências que não lhe incumbem e que podem até mesmo se mostrar temerárias se assumidas pela autora, traduzindo verdadeira autotutela, cabendo ao Estado conduzir situações de conflito tais quais aquelas debatidas neste recurso, sendo responsável, ainda, por medidas tendentes à acomodação das pessoas e bens, em verdadeiro amparo social que também lhe compete.

Ante o exposto, voto no sentido de *dar provimento* ao agravo de instrumento.

É como voto.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0000773-30.2017.4.03.0000
(2017.03.00.000773-9)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravado: AMÉRICO GARCIAS DE CASTRO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE FRANCA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY
Classe do Processo: AI 593772
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/07/2017

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO. NÃO COMPARECIMENTO PELO INSS. APLICAÇÃO DE MULTA DE 2% SOBRE O VALOR DA CAUSA. ART. 334, §8º, DO CPC. VIABILIDADE NA ESPÉCIE. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO DESINTERESSE NA REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA POR AMBAS AS PARTES. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO.
- Da análise do art. 334 do CPC é possível extrair que eventual desinteresse na autocomposição deve ser indicado por ambas as partes, pelo autor, na petição inicial, e pelo réu, por petição, com no mínimo dez dias de antecedência da data da audiência designada (§ 5º). É possível extrair também que a ausência injustificada de quaisquer das partes à audiência de conciliação deve ser sancionada com multa de até 2% do valor da causa por ser considerado ato atentatório à dignidade da justiça (§ 8º).
- No caso dos autos, observo que em 10.10.2016 o juízo de origem proferiu decisão deferindo o pedido de tutela de urgência requerido pelo agravado e designando a realização de audiência de conciliação para 30.11.2016. Intimado desta decisão em 26.10.2016, o INSS manifestou seu desinteresse na realização da referida audiência dentro do prazo previsto pelo artigo 334, § 5º do CPC.
- O Novo CPC veio a instituir, em verdade, a indispensabilidade da audiência prévia de conciliação ou autocomposição, só não ocorrendo quando o autor da ação manifestar, expressamente, em sua inicial, o desinteresse e o réu também manifestar o desinteresse no prazo de 10 dias anteriores à audiência. Caso contrário, ou seja, não havendo manifestação de ambas as partes (334, § 4ª, I), a audiência será levada a termo e, na ausência de uma das partes, ou de ambas, injustificadamente, o ato torna legítima a imposição da multa (§ 8º).
- Agravo de instrumento a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 27 de junho de 2017.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WILSON ZAUHY (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL em face de decisão que, nos autos da Ação Ordinária ajuizada na origem, aplicou à agravante multa no importe de 2% do valor atribuído à causa, ante o seu não comparecimento à audiência de conciliação.

Alega o agravante que o agravado não manifestou em sua petição inicial o interesse na realização de audiência de conciliação, como ordena o artigo 319, VII do CPC. Afirma que, intimada da designação da audiência de conciliação, informou ao juízo agravado seu desinteresse na conciliação, cumprindo o disposto no artigo 334, § 5º do CPC.

Nesta sede, o pedido de efeito suspensivo restou indeferido pela decisão de fls. 162/163verso.

O agravado AMÉRICO GARCIAS DE CASTRO apresentou sua contraminuta às fls. 165/167.

Neste ponto, vieram-me conclusos os autos.

É o relatório, dispensada a revisão, nos termos regimentais.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WILSON ZAUHY (Relator):

Ao tratar da audiência de conciliação, o artigo 334 do CPC previu o seguinte:

> Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.
> § 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.
> § 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.
> § 3º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.
> § 4º A audiência não será realizada:
> I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;
> II - quando não se admitir a autocomposição.
> § 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.
> § 6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.
> § 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.
> § 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois

por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.
§ 9º As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos.
§ 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.
§ 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença.
§ 12. A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte.

Da análise do dispositivo legal é possível extrair que eventual desinteresse na autocomposição deve ser indicado pelo autor na petição inicial e pelo réu por petição, com no mínimo dez dias de antecedência da data da audiência designada (§ 5º). É possível extrair também que a ausência injustificada de quaisquer das partes à audiência de conciliação deve ser sancionada com multa de até 2% do valor da causa por ser considerado ato atentatório à dignidade da justiça (§ 8º).

No caso dos autos, observo que em 10.10.2016 o juízo de origem proferiu decisão deferindo o pedido de tutela de urgência requerido pelo agravado e designando a realização de audiência de conciliação para 30.11.2016 (fls. 59/61). Intimada desta decisão em 26.10.2016 (fl. 66), a agravante manifestou seu desinteresse na realização da referida audiência em 16.11.2016 (fl. 67), dentro, portanto, do prazo previsto pelo artigo 334, § 5º do CPC.

O Novo CPC veio a instituir, em verdade, a indispensabilidade da audiência prévia de conciliação ou autocomposição, só não ocorrendo quando o autor da ação manifestar, expressamente, em sua inicial, o desinteresse e o réu *também* manifestar o desinteresse no prazo de 10 dias anteriores à audiência.

Caso contrário, ou seja, não havendo manifestação de *ambas* as partes (334, § 4ª, I), a audiência será levada a termo e, na ausência de uma das partes, ou de ambas, injustificadamente, o ato torna legítima a imposição da multa (§ 8º).

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo de instrumento interposto.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA
0001951-14.2017.4.03.0000
(2017.03.00.001951-1)

Suscitante: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP
Suscitado: JUÍZO FEDERAL DA 14ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Parte Autora: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Parte Ré: MARIA APARECIDA RETT TOSTA
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA
Classe do Processo: CC 21251
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/06/2017

DECISÃO

Conflito entre juízos federais da Subseção Judiciária desta Capital, previdenciário e cível, aqui distribuído por força do decidido pelo Órgão Especial ao apreciar o Conflito de Competência nº 2007.03.00.025630-8, de relatoria do Desembargador Federal Baptista Pereira, à ocasião Juízo Federal da 7ª Vara Previdenciária de São Paulo/SP *versus* Juízo Federal da 21ª Vara Cível de São Paulo/SP, *in verbis*:

EMENTA
PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO ESPECIAL PARA JULGAR O CONFLITO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADVOGADO. LIVRE EXERCÍCIO PROFISSIONAL. NATUREZA CÍVEL. JUÍZO PREVIDENCIÁRIO. INCOMPETÊNCIA.
I. Em que pese a inexistência de previsão expressa a respeito no Regimento Interno da Corte, dada a crescente instalação de Varas Federais especializadas em razão da natureza da lide, e da existência de três áreas de especialização afetas às Seções desta Corte, e para que se evitem julgados divergentes entre as Seções, é que se firma a competência deste Órgão Especial para julgar os conflitos de competência suscitados entre Varas especializadas, com fundamento na natureza da relação jurídica litigiosa, sempre que existam, também no âmbito deste Tribunal, Seções especializadas em razão da natureza da mesma.
II. Analisando-se o pedido formulado na petição inicial do mandado de segurança em questão, vislumbra-se a natureza cível do pedido pretendido, tendente a permitir o protocolo de requerimentos junto à unidade do INSS, ligado, assim, à garantia do livre exercício profissional, donde se conclui que o MM. Juízo da 7ª Vara Previdenciária é absolutamente incompetente para processar e julgar a impetração.
III. Segundo a redação do artigo 2º, do Provimento 186/99, do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, que implantou varas previdenciárias na Capital, "As varas federais implantadas terão competência exclusiva para processos que versem sobre benefícios previdenciários...".
IV. Competente o Juízo suscitado.
ACÓRDÃO
Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, conhecer do conflito, vencidas as Desembargadoras Federais Suzana Camargo e Therezinha Cazerta, e, por unanimidade, declarar competente o Juízo Federal da 21ª Vara de São Paulo/SP, o suscitado, nos termos do relatório e voto, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.
São Paulo, 09 de agosto de 2007.

Conquanto entenda que a competência para resolver conflitos entre juízes federais não deva recair sobre o Órgão Especial, cujas atribuições, a teor do disposto no artigo 11, parágrafo único, letra "i", do Regimento Interno desta Casa, resumem-se às "questões incidentes em processos da competência das Seções ou das Turmas que lhe hajam sido submetidas, bem assim *os conflitos de competência entre os Relatores ou as Turmas integrantes de Seções diversas*", encontrando-se, ao contrário, previsão expressa no Regimento de que às Seções compete processar e julgar "os conflitos de competência entre Juízes Federais vinculados ao Tribunal, inclusive os Juízes Federais investidos de jurisdição federal (art. 109, § 3º, da Constituição Federal)".

De sorte que qualquer uma delas poderia julgá-los, somente advindo a este Colegiado as hipóteses em que efetivamente verificada divergência entre os entendimentos das Seções, não se permitindo ao Órgão Especial antecipar-se a decidir conflito que inclusive pode vir a não existir, caso não se verifiquem decisões contraditórias, ainda que enfrentada a questão por mais de uma seção especializada.

Com a ressalva do posicionamento, examino.

O dissídio decorre da controvérsia sobre qual matéria versa o pedido formulado.

Sendo a demanda de índole administrativa, à vista do caráter indenizatório do pedido de ressarcimento ao Erário, decorrente da existência dos alegados ato ilícito e enriquecimento sem causa - tendo a ré reconhecido, inclusive, "que os pagamentos foram indevidos", revelando "que a lide em questão não envolve a manutenção ou não de benefício previdenciário" -, atrair-se-ia a competência do juízo cível, no caso o da 14ª Vara Federal de São Paulo.

De outro lado, a se entender que a pretensão é de cunho previdenciário, exigindo-se, tal como se estivesse a se cuidar de qualquer outro benefício a cargo da Previdência Social - pois, no caso de pedido de "ressarcimento de benefício cessado (no todo ou em parte) por conta de prestações pagadas (sic) indevidamente a tempo e modo (...), o tema subjacente é benefício previdenciário ou assistencial mantido pelo INSS" -, o direcionamento do feito ao juízo especializado, a competência seria do Juízo Federal da 8ª Vara Previdenciária de São Paulo, em consonância ao disposto no § 3º do artigo 109 da Constituição Federal.

A discussão está no recebimento indevido pela parte ré, Maria Aparecida Rett Tosta, de valores a ela pagos pelo Instituto Nacional do Seguro Social, tendo em vista a concessão do benefício mediante fraude, mesmo que o ilícito tenha ocorrido "em virtude de fraude praticada por terceiro e de omissão do servidor público que analisou e concedeu o benefício".

Cediço que o simples fato de o INSS integrar a polaridade da demanda não altera a fixação do juízo competente, o certo é que nada se questiona quanto à concessão ou manutenção de benefício previdenciário propriamente dito - uma vez que a ré reconheceu que "os pagamentos foram indevidos" -, mas sim o direito de a autarquia previdenciária reaver o montante dispensado sem que a segurada fizesse jus às quantias recebidas.

Ao analisar anteriormente hipótese assemelhada à aqui retratada, manifestei entendimento no sentido de que, em "se tratando de pedido de ressarcimento para restituição de valores de benefício pagos indevidamente, ela tem natureza eminentemente indenizatória, e a competência, a meu ver, é [seria] da 1ª Seção".

Contudo, este Órgão Especial, em 14 de setembro de 2016 (D.E. de 21/09/2016), ao concluir o julgamento do Conflito de Competência 20799 (reg. nº 0012713-26.2016.4.03.0000), de relatoria do Desembargador Federal Nelton dos Santos, teve a oportunidade de reconhecer a natureza previdenciária da demanda envolvendo ressarcimento de crédito oriundo de pagamento de benefício previdenciário indevido, ganhando a seguinte redação, o acórdão lavrado:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO INDEVIDO. REVISÃO ADMINISTRATIVA DAS DATAS DE INÍCIO DA DOENÇA E DE INÍCIO DA INCAPACIDADE, DAÍ DECORRENDO, POR FORÇA DO DISPOSTO NO ARTIGO 59, PARÁGRAFO ÚNICO, PRIMEIRA PARTE, DA LEI Nº 8.213/1991, A CONCLUSÃO DE QUE SERIA INDEVIDA A CONCESSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA. DEMANDA DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. COMPETÊNCIA DAS TURMAS QUE INTEGRAM A 3ª SEÇÃO DESTE TRIBUNAL.
1. Na demanda subjacente, o INSS busca a restituição de valores que teriam sido indevidamente pagos a título de auxílio-doença, alegando que, revistas administrativamente as datas de início da doença e da incapacidade, constatou que o reingresso no Regime Geral da Previdência Social deu-se quando a segurada já portava a doença.
2. Fundada a demanda, primordialmente, no poder-dever de revisão administrativa de benefícios - previsto no artigo 71 da Lei nº 8.212/1991 - e na impossibilidade de conceder-se auxílio-doença a segurado que reingressa no Regime Geral da Previdência Social quando já portava a enfermidade - nos termos do artigo 59, parágrafo único, primeira parte, da Lei nº 8.213/1991 -, é de rigor concluir-se pela natureza previdenciária da demanda e, por conseguinte, pela competência das Turmas da 3ª Seção deste Tribunal Regional Federal.
3. Conflito negativo julgado improcedente.

Em 09 de novembro de 2016 (D.E. de 17/11/2016), ao enfrentar novamente a questão de restituição pelo segurado de valores indevidamente auferidos, em julgamento, desta feita, o Conflito de Competência 20373 (reg. nº 0002311-80.2016.4.03.0000), sendo relator o Desembargador Federal Nery Júnior, tornou o Órgão Especial a decidir que compete ao juízo previdenciário especializado apreciar tais feitos, à vista do caráter previdenciário do ressarcimento de quantias pagas a título de prestação previdenciária reconhecida indevida. Confira-se:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE RESSARCIMENTO. INDEVIDO PAGAMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. CONFLITO IMPROCEDENTE.
1. A demanda originária possui natureza previdenciária, já que o substrato do pedido analisará o beneficio previdenciário em si, devendo tramitar perante o juízo da vara especializada previdenciária.
2. Conflito improcedente.

Mais uma vez, em 08 de março de 2017 (D.E. de 15/03/2017), ao julgar o Conflito de Competência 20805 (reg. nº 0012901-19.2016.4.03.0000), de relatoria da Desembargadora Federal Marli Ferreira, o Órgão Especial voltou a concluir pelo caráter previdenciário das causas concernentes a pedido de ressarcimento, em favor do INSS, relativos a pagamentos de benefícios previdenciários indevidos. Veja-se:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RESSARCIMENTO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO PAGO INDEVIDAMENTE. QUESTÃO DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. COMPETÊNCIA DA 3ª SEÇÃO, ESPECIALIZADA EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA.
Conforme já sedimentado pelo Órgão Especial deste Tribunal, a matéria relativa a ressarcimento de benefício previdenciário supostamente pago indevidamente possui natureza previdenciária.
Conflito improcedente para declarar competente para o julgamento da ação subjacente o Juízo suscitante.

Conclui-se, portanto, que a pretensão autárquica - ressarcimento de pagamentos indevidos de benefício previdenciário concedido por meio de fraude -, segundo orientação atual e predominante do Órgão Especial, possui natureza previdenciária.

Convém não ignorar, ainda, recente decisão monocrática proferida pelo Desembargador Federal Mairan Maia, que, ao julgar, em 24 de janeiro de 2017 (D.E. de 31/01/2017), o Conflito de Competência 20996 (reg. nº 0018932-55.2016.4.03.0000), concluiu ser essa questão - "ressarcimento ao Erário em virtude de pagamento indevido de benefício previdenciário" - "matéria amplamente debatida, no âmbito do C. Órgão Especial", de modo a permitir a decisão do "conflito de competência em conformidade com o disposto no artigo 955, parágrafo único, do Código de Processo Civil". Confira-se:

> DECISÃO
> Cuida-se de Conflito Negativo de Competência suscitado pelo Juízo Federal Cível da 5ª Vara Previdenciária de São Paulo - SP em face do Juízo Federal da 14ª Vara de São Paulo, nos autos de ação proposta pelo INSS em face de Débora Alves Fernandes (incapaz), representada por Antônia Alves Fernandes (Reg. nº 0008962-98.2015.4.03.6100), na qual se objetiva a condenação da Ré à devolução de valores indevidamente recebidos a título de benefício previdenciário.
> A ação, distribuída em 11.05.15, foi originariamente proposta perante a 14ª Vara Federal de São Paulo, tendo o Juízo Federal Suscitado declinado da competência, por entender ser a matéria em discussão de competência de vara especializada em previdência do regime geral.
> Redistribuídos os autos, o Juízo Suscitado, em decisão proferida em 04.10.16, defendeu não ser matéria afeta às varas previdenciárias e suscitou o presente conflito negativo de competência.
> O Juízo Suscitante foi designado para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes até o julgamento final do Conflito.
> O Juízo Suscitado ofereceu informações.
> Em parecer, o Ministério Público Federal opinou pela improcedência do conflito.
> É o relatório. DECIDO.
> Por se tratar de matéria amplamente debatida, no âmbito do C. Órgão Especial, passo a decidir o presente conflito de competência em conformidade com o disposto no artigo 955, parágrafo único, do Código de Processo Civil.
> A questão que se coloca diz respeito à competência para conhecimento e julgamento de ação proposta com o fito de ressarcimento ao Erário em virtude de pagamento indevido de benefício previdenciário.
> Ao tratar da questão, aquele Órgão julgador reconheceu se tratar de matéria regida pelo direito previdenciário, a ensejar seu exame por seção especializada nessa matéria.
> Eis o teor da ementa do referido acórdão:
> "PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO INDEVIDO. REVISÃO ADMINISTRATIVA DAS DATAS DE INÍCIO DA DOENÇA E DE INÍCIO DA INCAPACIDADE, DAÍ DECORRENDO, POR FORÇA DO DISPOSTO NO ARTIGO 59, PARÁGRAFO ÚNICO, PRIMEIRA PARTE, DA LEI Nº 8.213/1991, A CONCLUSÃO DE QUE SERIA INDEVIDA A CONCESSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA. DEMANDA DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. COMPETÊNCIA DAS TURMAS QUE INTEGRAM A 3ª SEÇÃO DESTE TRIBUNAL.
> 1. Na demanda subjacente, o INSS busca a restituição de valores que teriam sido indevidamente pagos a título de auxílio-doença, alegando que, revistas administrativamente as datas de início da doença e da incapacidade, constatou que o reingresso no Regime Geral da Previdência Social deu-se quando a segurada já portava a doença.
> 2. Fundada a demanda, primordialmente, no poder-dever de revisão administrativa de benefícios - previsto no artigo 71 da Lei nº 8.212/1991 - e na impossibilidade de conceder-se auxílio-doença a segurado que reingressa no Regime Geral da Previdência Social quando já

portava a enfermidade - nos termos do artigo 59, parágrafo único, primeira parte, da Lei nº 8.213/1991 -, é de rigor concluir-se pela natureza previdenciária da demanda e, por conseguinte, pela competência das Turmas da 3ª Seção deste Tribunal Regional Federal.
3. Conflito negativo julgado improcedente." (CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 20799 / SP 0012713-26.2016.4.03.0000; Relator DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS; e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/09/2016)
Por conseguinte, em conformidade com referido entendimento, remanesce a competência da vara especializada para conhecer e decidir a ação subjacente (Reg. nº 0008962-98.2015.4.03.6100).
Ante o exposto, julgo improcedente o conflito negativo e, por consequência, declaro competente para o feito originário o Juízo Suscitante (Juízo Federal da 5ª Vara Previdenciária de São Paulo).
Oficie-se a ambos, comunicando o teor da presente decisão.
Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.
Oportunamente, arquivem-se os autos.
Publique-se.
São Paulo, 24 de janeiro de 2017.
MAIRAN MAIA
Desembargador Federal

Assim, a circunstância de se ter modificado o meio utilizado para resolver esses conflitos de competência, de maneira singular pelo relator e não por decisão do órgão colegiado, longe de infirmar a essência do encaminhamento conferido pelo Órgão Especial, consoante precedentes acima mencionados, apenas a confirma, ressalvando-se na oportunidade o entendimento desta Desembargadora sobre a questão , *supra*.

Dito isso, julgo improcedente o presente conflito, reconhecendo a competência do Juízo Federal da 8ª Vara Previdenciária de São Paulo para o processamento e julgamento da demanda.

Oficiem-se.

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

Publique-se.

Observadas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

São Paulo, 12 de junho de 2017.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

APELAÇÃO
5004634-69.2017.4.03.6100

Apelante: SAMUEL SOARES DOS SANTOS
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/07/2017

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO AJUIZADA POR MENOR PORTADOR DE *SÍNDROME DE BERDON* OBJETIVANDO REALIZAR TRANSPLANTE MULTIVISCERAL NO EXTERIOR. AÇÃO EXTINTA, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ART. 485, V, DO CPC/2015. ALTERAÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA SUPERVENIENTE AO ACORDO REALIZADO NA PRIMEIRA DEMANDA. CAUSAS DE PEDIR DIVERSAS. AÇÕES DISTINTAS. INEXISTÊNCIA DE COISA JULGADA. APELO PARCIALMENTE PROVIDO PARA AFASTÁ-LA, COM A REMESSA DOS AUTOS À PRIMEIRA INSTÂNCIA PARA REGULAR PROCESSAMENTO. CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA: CREDIBILIDADE DA PROVA DOCUMENTAL ALIADA À CONFIRMAÇÃO DO DIREITO AO TRATAMENTO MÉDICO ADEQUADO CUSTEADO PELO ESTADO EM JULGAMENTO DE RECURSO REPETITIVO PELO STF (ARTS. 300 E 311, II E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC/15).

1. O cotejo das petições iniciais e a análise atenta da situação fática subjacente permite facilmente concluir que embora as ações tenham as mesmas partes e o mesmo pedido, *não têm* a mesma causa de pedir, de modo que *não há tríplice identidade* a caracterizar a coisa julgada.

2. A ação ordinária nº 0010402-95.2016.403.6100, que tramitou perante a 13ª Vara Federal de São Paulo, tem por objeto a realização de transplante multivisceral e respectivos tratamentos junto ao *Jackson Memorial Medical em Miami/EUA*. Na petição inicial o autor argumenta ser portador de *Síndrome de Megabexiga, Microcólon e Hipoperistaltismo Intestinal (Síndrome de Berdon)* e estar internado desde o seu nascimento, com alimentação parenteral. Aduz, ainda, que em conversas *não oficiais*, médicos e enfermeiros relataram à sua genitora que a única esperança seria o transplante multivisceral, não realizado no Brasil. A leitura da inicial daquela ação revela, na verdade, que ela foi ajuizada com base em informações *não oficiais* a respeito do tratamento adequado para a doença do menor, obtidas através de conversas com médicos e enfermeiros e pesquisas realizadas pela própria genitora do autor a respeito de casos semelhantes.

3. O acordo entabulado compreendeu a realização de avaliação prévia do menor pelo Dr. João Seda, médico da equipe de transplantes do hospital Sírio Libanês e o encaminhamento do paciente para o Hospital das Clínicas de Porto Alegre para realização de avaliação completa e reabilitação intestinal, segundo cronograma a ser definido pela Dra. Helena Goldani, no âmbito do SUS, com o fornecimento de alimentação adequada e outras medidas de apoio que se fizessem necessárias.

4. Embora a presente demanda tenha o mesmo objeto daquela já transitada em julgado em que realizado o acordo para tratamento do menor no Brasil, é imperioso registrar

que elas *não têm* a mesma causa de pedir, dada a alteração das circunstâncias fáticas subjacentes. Na presente demanda, além de sustentar que a reabilitação intestinal é impossível no seu caso, o autor ampara seu pedido na informação oficial, datada de *22.09.2016*, oriunda dos médicos Dra. Helena Goldani e Dr. João Seda Neto, de que a única possibilidade para a cura de sua enfermidade seria um transplante multivisceral. Ou seja, em momento posterior à realização do acordo no bojo dos autos nº 0010402-95.2016.403.6100, que se deu em *28.06.2016*, a equipe médica responsável pelo tratamento do autor - Dr. João Seda, Dra. Helena Goldani, Dra. Alessandra Teles e Dr. Luciano Schopf – após avaliação detalhada de todos os exames e do quadro clínico do autor naquela data – *22.09.2016* – concluiu que "o paciente possui indicação de transplante multivisceral" (ID nº 645943).

5. É evidente, pois, a alteração no quadro fático existente no momento em que ajuizada a primeira demanda e realizado o acordo, a configurar *nova causa de pedir* e, consequentemente, afastar a configuração de coisa julgada.

6. *É premente* a concessão da tutela antecipada (art. 300, CPC/15), dada a credibilidade da prova documental apresentada pelo autor, que desvela a probabilidade do direito, aliada ao perigo de morte do menor resultante da demora na tramitação processual. Aliás, a prova existente nos autos é tão forte que enseja até mesmo a concessão de tutela de evidência (art. 311, II, CPC/15).

7. Estão provados nos autos a doença (Síndrome de Berdon) e o tratamento de que necessita o menor (transplante multivisceral), bem como que o tratamento a que vem sendo submetido no Brasil por força do acordo firmado nos autos nº 0010402-95.2016.403.6100 não tem trazido evolução em seu quadro clínico. Além disso, o *Jackson Memorial Medical* é hospital de excelência e referência mundial na realização da cirurgia de transplante de intestino ou multivisceral, mormente em crianças de tenra idade e baixo peso corporal, havendo recomendação do Dr. Rodrigo Vianna, Diretor dos Serviços de Transplante do referido nosocômio, para que o menor seja incluído na lista de trasplantes imediatamente, devido à alta taxa de mortalidade associada a essa doença primária.

8. O direito à saúde é um direito básico do cidadão, e o Poder Público não pode, a nenhum pretexto, deixar de cumprir com sua obrigação que é justamente fornecer ações adequadas nessa área. O tema já foi objeto de ampla discussões nos Tribunais, tendo o C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº RE 855.178-RG/SE, Rel. Min. Luiz Fux, *repercussão geral*, reafirmado sua jurisprudência no sentido de que "o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados".

9. Dada a robustez da prova e e a tese firmada pelo STF no julgamento de recurso repetitivo, cabível se faz a tutela de evidência, nos termos do art. 311, II e parágrafo único, do CPC/15.

10. A antecipação de tutela deve ser concedida nos exatos termos em que foi postulada, devendo a ré/apelada providenciar e custear tudo o que for necessário (inclusive passaportes, vistos, transporte aéreo, moradia próxima ao local de tratamento para instalação dos genitores do autor, etc.) para que o autor seja submetido a cirurgia de transplante multivisceral e aos respectivos tratamentos junto ao *Jackson Memorial Medical*, em Miami, Estados Unidos, durante o tempo que se fizer necessário, inclusive o tratamento de *home care* que a equipe médica daquele hospital recomendar, respeitando-se a fila norte-americana e critérios de espera para transplante, cabendo

à ré providenciar e custear ainda todo acompanhamento/tratamento médico oftalmológico que se fizer necessário em razão do problema de visão que acomete o menor. A desobediência será punida com multa de dez mil reais por dia de atraso.
1 0. Sentença reformada a fim de se afastar a coisa julgada, com a remessa dos autos à origem para regular processamento, tendo em vista que a causa não se encontra madura para julgamento (art. 1.013, § 1º, do CPC/2015) no tocante ao mérito. Concessão de tutela antecipada tendo em vista o manifesto preenchimento dos requisitos dos arts. 300 e 311, II e parágrafo único, do CPC/2015.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento à apelação para afastar a coisa julgada reconhecida na sentença, determinando o retorno dos autos à origem para regular processamento, e desde já conceder a tutela antecipada para determinar que a UNIÃO providencie e custeie todo o tratamento do autor no exterior, conforme consignado alhures, adotando as medidas necessárias ao cumprimento desta decisão no prazo de dez dias a contar da ciência do presente julgamento, sob pena de multa de R$ 10.000,00 por dia de atraso. Suprindo a falta de Parecer Ministerial, o ilustre representante do Ministério Público Federal manifestou-se em sessão pelo provimento do recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

Trata-se de ação ordinária, com pedido de tutela antecipada, ajuizada em 06.04.2017 por SAMUEL SOARES DOS SANTOS, representado por sua genitora, JOSELI ALVES DOS SANTOS, objetivando a condenação da UNIÃO a providenciar e custear tudo o que for necessário (inclusive vistos, remoção aérea em aeronave equipada com UTI, remoção rodoviária até o aeroporto, fornecimento de residência próxima, gastos com manutenção do menor e seus genitores) para que o menor seja submetido à cirurgia de transplante multivisceral e aos respectivos tratamentos junto ao *Jackson Memorial Medical*, em Miami, nos Estados Unidos, durante o tempo que se fizer necessário, inclusive com o tratamento de *home care* que a equipe daquele hospital recomendar, respeitando-se a fila norte-americana e seus critérios de espera para transplante, além de providenciar todo o acompanhamento/tratamento médico oftalmológico que se fizer necessário em razão do problema de visão do menor.

A Juíza *a qua* não concedeu a tutela de urgência pleiteada, determinando (i) a intimação do Hospital das Clínicas de Porto Alegre para que a Dra. Helena Galdini relate o estado atual de saúde do autor SAMUEL SOARES DOS SANTOS, informando ainda as condições para a realização de transplante, no Brasil e no exterior, bem como quais seriam as condições ideais para o transporte seguro do menor para outro Estado e outro país; e (ii) a intimação para o Hospital Sírio Libanês, para que o Dr. João Seda Neto informe sobre a posição do autor na fila de transplante multivisceral, e todas as informações que entender relevantes para a realização do transplante multivisceral no autor, bem como informações a respeito dos transplantes

realizados em outras crianças; e (iii) a expedição de ofício à Coordenadoria Geral do Sistema Nacional de Transplantes para prestar informações necessárias para a realização de transplante no exterior (ID nº 645988).

As informações foram prestadas (ID's nº 646003, 646005, 646006, 646009, 646010, 646011 e 646016).

A UNIÃO foi intimada para apresentar manifestação em 48 horas, ocasião em que também opôs embargos de declaração em face da decisão ID nº 645988, argumentando que, ao contrário do que constou na decisão embargada, existe identidade de objetos entre esta ação e a ação ordinária nº 0010402-95.2016.403.6100 (ID nº 646039).

Intimado nos termos do art. 10 do CPC/2015, o autor reiterou os pedidos elencados na inicial e pugnou pelo deferimento da tutela de urgência (ID nº 646042 e nº 646043).

Na sequência, a Juíza *a qua* proferiu sentença, acolhendo os embargos de declaração opostos pela UNIÃO e *julgando extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, V, do CPC/2015*, tendo em vista a existência de coisa julgada (ID nº 646051).

Irresignado, o autor apelou sustentando, em síntese, que ajuizou a presente demanda porque o acordo realizado no bojo do processo nº 0010402-95.2016.403.6100 foi descumprido na medida em que a permanência dos pais do menor em Porto Alegre não foi custeado pela UNIÃO, bem como por haver indicação de transplante.

Sustenta que a sentença deve ser reformada, pois inexiste coisa julgada na medida em que não há resolução de mérito em homologação de acordo; além disso, as condições do autor eram diferentes no primeiro processo (autos nº 0010402-95.2012.403.6100) e não houve decisão de mérito sobre o direito do autor de ser submetido a transplante multivisceral, restando acordado apenas que o autor seria enviado para o Hospital das Clínicas de Porto Alegre para ser submetido a reabilitação intestinal.

Sustenta que o acordo fala em reabilitação intestinal, que se aplica apenas a pacientes com síndrome do intestino curto, e não a pacientes com *Síndrome de Berdon*. Por isso, aduz que os termos do acordo são extremamente distantes da sua realidade e do pedido elencado nas iniciais.

Alega que não houve reabilitação intestinal como proposto em acordo pela UNIÃO e nem melhora no seu quadro, apenas ganho de peso.

Argumenta que "nosso país não tem fila de espera, campanha de incentivo, inscrição, nada relativo a transplante", que "órgãos praticamente inexistem", que "não há relato de transplante multivisceral de criança no nosso país" e que a "expectativa de vida de uma criança com Síndrome de Berdon é de 1 ano a 6 meses". Diz ainda que está há quase um ano em Porto Alegre, vivendo de doações, que o acordado foi uma reabilitação intestinal que não existe no caso de *Síndrome de Berdon* e que o acordo, infelizmente, apenas o leva para o hospital por força de infecções.

Insiste que o tratamento paliativo não traz cura e que está sendo ineficaz porque está no hospital há um ano, não tem melhora, está com o fígado em falência e sangue saindo da gastrostomia.

Diz que no momento conta com dois acessos venosos bons, condição necessária para o transplante, porém se o acesso se romper não mais será eletivo.

Assim, com amparo no art. 196 da Constituição Federal e no art. 2º, *caput* e § 1º, da Lei nº 8.080/90, pugna pela reforma da sentença para que seja acolhido o seu pedido inicial, afastando-se a coisa julgada para condenar a apelada a:

a) A CONCESSÃO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA "inaudita altera pars", para que seja determinado à União, ora Ré, que:
I. Providencie e custeie, integralmente, tudo o que for necessário para que o autor seja submetido a uma cirurgia de transplante intestinal/ multivisceral e aos respectivos tratamentos junto ao Jackson Memorial Medical situado em Miami, Estado da Flórida, nos Estados Unidos da América, durante o tempo que se fizer necessário, inclusive com o tratamento de *home care* que a equipe médica daquele hospital do exterior assim recomendar, respeitando-se a fila norte-americana e seus critérios de espera pelo transplante. Nessa toada, requer, ainda, que no período de internação na América, seja a União comelida a fornecer (providenciar/ custear) todo acompanhamento/tratamento médico oftamologico que se fizer necessário em razão do sério problema de visão do autor;
II. Em nenhuma hipótese, deixe de iniciar ou interromper as providências cabíveis alegando ignorância das questões burocráticas, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal de quem lhe der causa;
III. Auxilie pró-ativamente a autora e seus pais (mãe e pai), junto ao Departamento de Polícia Federal, para a expedição dos passaportes de emergência, nos termos do artigo 13 do Decreto nº 5.978/2006, sem o pagamento das taxas, dada a condição de pobreza da família;
IV. Auxilie a autora e seus genitores na obtenção do visto junto às autoridades norte-americanas, inclusive solicitando urgência em virtude da gravidade da situação da saúde da autora, podendo se valer de seu serviço diplomático;
V. Providencie a remoção via aérea, com aeronave equipada com o necessário à manutenção da vida do autor durante o traslado (UTI MÉDICA), sem prejuízo da remoção rodoviária até o aeroporto, com os mesmos cuidados, devendo a remoção ser realizada em relação a autora e seus genitores;
VI. Providencie os depósitos em dinheiro que forem eventualmente exigidos pelo hospital norte-americano, bem ainda a adequada instalação da família (aqui entendida a autora e seus genitores – pai e mãe), com o fornecimento de residência próxima ao local de tratamento ou eventual alojamento dentro do próprio complexo hospitalar, sempre respeitando as orientações médicas que foram dadas;
VII. Providencie o pagamento de todos os gastos necessários a manutenção da autora e seus genitores durante o período que se fizer necessário o tratamento, dentre eles: moradia, alimentação, vestuário e saúde;
VIII. Providencie tudo o que for burocrático para o cumprimento das medidas aqui pleiteadas, inclusive firmando todos os documentos e contratos necessários para fins de remoção e internação da menor naquele hospital;
IX. Por fim requer seja fixado prazo de 15 (quinze) dias para que a RÉ adote as providências cabíveis para a remoção da criança ao exterior e sua internação no referido hospital, sob pena de multa diária de R$ 100.000,00 (cem mil reais), com fundamento no art. 461 do Código de Processo Civil.
b) A intimação do Ilustríssimo representante do Ministério Público Federal, para que se manifeste e acompanhe o feito até o seu final, sob pena de nulidade, ex-vi dos arts. 82, incisos I e III, 84 e 246, todos do Código de Processo Civil;
c) A citação da UNIÃO FEDERATIVA DO BRASIL, para que apresente a sua defesa, sob pena de aplicação dos efeitos legais decorrentes de sua inércia.
d) Que Vossa Excelência venha a JULGAR TOTALMENTE PROCEDENTES os pedidos da presente demanda, a fim de tornar definitiva os efeitos da antecipação da tutela jurisdicional pretendida, concedendo a menor o tratamento médico adequado junto ao JACKSON MEMORIAL MEDICAL, sediado em Miami – Florida, Estados Unidos, cujos custos deverão ser arcados pela Ré, visto que não existe referido tratamento no Brasil.
e) Requer, ainda, a condenação da Ré no pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência que Vossa Excelência houver por bem fixar.

Citada, a UNIÃO apresentou contrarrazões (ID nº 646067).

A Juíza *a qua* manteve a sentença em seus exatos termos (ID nº 646069).

O Ministério Público Federal manifestou ciência da sentença e afirmou que afastar a coisa julgada *in casu* seria promover a insegurança jurídica das decisões judiciais e perpetuar no tempo conflitos já submetidos ao crivo do Poder Judiciário (ID nº 646070).

Após, os autos foram remetidos a esta Corte.

Tendo em vista que a ação versa sobre interesse de incapaz, determinei a remessa dos autos à Procuradoria Regional da República (ID nº 651394), que não ofertou parecer, devolvendo os autos a esta Corte para a apreciação do pedido de tutela antecipada, protestando por nova vista posterior (ID nº 668820).

Na sequência, a UNIÃO peticionou nos autos requerendo a juntada da Nota 01519/2017/CONJUR-MS/CGU/AGU, de 08/05/2017, elaborada pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde, bem como do DESPACHO Nº 055/2017, de 27/04/2017, elaborado pelo Ministério da Saúde, argumentando que tais documentos reforçam as alegações já feitas pela União no presente processo no sentido de que i) o acordo judicial realizado no Processo nº 0010402-95.2016.403.6100 contempla, sim, a realização de transplante no autor; e ii) que aquele acordo judicial está sendo regularmente cumprido pela União (ID nº 686039 e 686046).

É o relatório.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

A Juíza *a qua* julgou extinto o processo sem resolução de mérito, com fulcro no art. 485, V, do CPC/2015, por entender pela existência de *coisa julgada*, já que a presente demanda e o processo nº 0010402-95.2016.403.6100 teriam *objetos idênticos* e a causa de pedir de ambos diria respeito a tratamento de saúde do autor no exterior, junto ao *Jackson Memorial Medical*, sob a alegação de que o mencionado transplante não poderia ser realizado no Brasil.

Registrou que muito embora constasse da exordial daqueles autos o pedido de submissão do menor a cirurgia de transplante intestinal/multivisceral e respectivos tratamentos junto ao Jackson Memorial Medical, não restou acordada a efetivação de transplante no exterior em caso de do insucesso do tratamento, enfatizando que "o tratamento decorrente do acordo judicial celebrado nos autos nº 0010402-95.2016.403.6100 é eficaz, tendo este, inclusive, resultado em decisão que concluiu pela necessidade de encaminhamento do Autor para transplante, fatos estes que já seriam de conhecimento da parte Autora quando da celebração do acordo na ação nº 0010402-95.2016.403.6100, razão pela qual não caberia a este Juízo da 12ª Vara Federal Cível adentrar no mérito de nova ação cujo objeto seja idêntico ao de demanda anteriormente proposta e já definitivamente julgada."

Consignou que os argumentos apresentados pelo autor na exordial desta demanda já existiam e foram explorados quando do ajuizamento da demanda originária perante a 13ª Vara, sendo que mesmo assim os pais do menor aceitaram o acordo, estando ambos acompanhados por advogados e pelo Ministério Público Federal, razão pela qual eventuais discussões acerca do tema deveriam ser apresentadas perante o Juízo competente, mediante o manejo dos instrumentos processuais cabíveis.

Por fim, a magistrada *a qua* assinalou que o menor está sendo acompanhado pelos melhores especialistas, consta na lista de transplante multivisceral com prioridade, inscrito desde 17.02.2017, e ganhou peso e melhora física para o transplante, que será realizado no Hospital Sírio Libanês, com equipe técnica preparada para tanto, conforme acordado na ação anterior.

Sucede que o cotejo das petições iniciais e a análise atenta da situação fática subjacente permite facilmente concluir que embora as ações tenham as mesmas partes e o mesmo pedido, *não têm* a mesma causa de pedir, de modo que *não há tríplice identidade* a caracterizar a coisa julgada.

Com efeito, a ação ordinária nº 0010402-95.2016.403.6100, que tramitou perante a 13ª Vara Federal de São Paulo, tem por objeto a realização de transplante multivisceral e respectivos tratamentos junto ao *Jackson Memorial Medical* em Miami/EUA. Na petição inicial o autor argumenta ser portador de *Síndrome de Megabexiga, Microcólon e Hipoperistaltismo Intestinal (Síndrome de Berdon)* e estar internado desde o seu nascimento, com alimentação parenteral. Aduz, ainda, que em conversas *não oficiais*, médicos e enfermeiros relataram à sua genitora que a única esperança seria o transplante multivisceral, não realizado no Brasil.

A leitura da inicial daquela ação revela, na verdade, que ela foi ajuizada com base em informações *não oficiais* a respeito do tratamento adequado para a doença do menor, obtidas através de conversas com médicos e enfermeiros e pesquisas realizadas pela própria genitora do autor a respeito de casos semelhantes.

O acordo entabulado compreendeu a realização de avaliação prévia do menor pelo Dr. João Seda, médico da equipe de transplantes do hospital Sírio Libanês e o encaminhamento do paciente para o Hospital das Clínicas de Porto Alegre para realização de avaliação completa e reabilitação intestinal, segundo cronograma a ser definido pela Dra. Helena Goldani, no âmbito do SUS, com o fornecimento de alimentação adequada e outras medidas de apoio que se fizessem necessárias.

Embora a presente demanda tenha o mesmo objeto daquela já transitada em julgado em que realizado o acordo para tratamento do menor no Brasil, é imperioso registrar que elas *não têm* a mesma causa de pedir, dada a alteração das circunstâncias fáticas subjacentes.

Explico.

Na presente demanda, além de sustentar que a reabilitação intestinal é impossível no seu caso, o autor ampara seu pedido na *informação oficial*, datada de *22.09.2016*, oriunda dos médicos Dra. Helena Goldani e Dr. João Seda Neto, de que a única possibilidade para a cura de sua enfermidade seria um *transplante multivisceral*.

Ou seja, em momento posterior à realização do acordo no bojo dos autos nº 0010402-95.2016.403.6100, que se deu em *28.06.2016*, a equipe médica responsável pelo tratamento do autor - Dr. João Seda, Dra. Helena Goldani, Dra. Alessandra Teles e Dr. Luciano Schopf – após avaliação detalhada de todos os exames e do quadro clínico do autor naquela data – *22.09.2016* – concluiu que "o paciente possui indicação de transplante multivisceral" (ID nº 645943).

É evidente, pois, a alteração no quadro fático existente no momento em que ajuizada a primeira demanda e realizado o acordo, a configurar *nova* causa de pedir e, consequentemente, afastar a configuração de coisa julgada.

Conforme ensinam Nelson Nery Junior e Rosa Maria Nery, "O interessado pode mover ação futura com base em direito ou fato novo, porque a causa de pedir nessa nova ação será diferente daquela da ação anterior, de modo que não se verifica, para a segunda ação, o óbice da coisa julgada" (*Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos

Tribunais, 2015, p. 1243).

Nesse sentido:

> ..EMEN: RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. SEGUNDA AÇÃO MOVIDA CONTRA A EX-EMPREGADORA. CAUSA DE PEDIR DISTINTA. FATOS NOVOS E SUPERVENIENTES À PRIMEIRA DEMANDA E À TRANSAÇÃO ALI EFETIVADA. COISA JULGADA INEXISTENTE.
> – "Uma ação é igual à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido" (art. 301, § 2º, do CPC). Distinta, na segunda demanda, a causa de pedir, não há falar em coisa julgada. Recurso especial não conhecido. ..EMEN:
> (RESP 200001213628, BARROS MONTEIRO, STJ - QUARTA TURMA, DJ DATA:07/11/2005 PG:00287 ..DTPB:.)

Portanto, a sentença deve ser reformada a fim de se afastar a coisa julgada, com a remessa dos autos à origem para regular processamento, tendo em vista que a causa não se encontra *madura* para julgamento (art. 1.013, § 1º, do CPC/2015), no tocante ao mérito.

Isso, porém, não é fator impeditivo do exame do pedido de antecipação de tutela.

Na espécie, *é premente* a concessão da tutela antecipada (art. 300, CPC/15), dada a credibilidade da prova documental apresentada pelo autor, que desvela a probabilidade do direito, aliada ao perigo de morte do menor, resultante da demora na tramitação processual. Aliás, a prova existente nos autos é tão forte que enseja até mesmo a concessão de tutela de evidência (art. 311, II, CPC/15), conforme será demonstrado.

In casu, o menor, nascido em 30.11.2015 e internado na UTI do Neonatal do Hospital São Paulo da UNIFESP desde o nascimento, foi diagnosticado com *Síndrome Megabexiga-Microcólon e Hipoperistálse Intestinal (Síndrome de Berdon)* por referido nosocômio (ID nº 645953).

Consta nos autos que ele apresentou diversos quadros de infecção de cateter venoso central e está submetido à nutrição parenteral (ID nº 645982).

Por força de acordo entabulado no bojo da ação ordinária nº 0010402-95.2016.403.6100, no dia 25.07.2016 o menor foi transferido para o Hospital de Clínicas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul para avaliação clínica de falência intestinal, onde apresentou novo episódio de infecção da corrente sanguínea relacionada ao cateter central e foi submetido a procedimento cirúrgico de vesicostomia e gastrostomia por via endoscópica (ID nº 645932).

Em reunião realizada no dia 22.09.2016 a equipe médica responsável pelo tratamento do menor concluiu, "após avaliação detalhada dos exames e do quadro clínico atual", que "o paciente possui indicação para transplante multivisceral" (ID nº 645932).

Portanto, estão provados nos autos a doença (Síndrome de Berdon) e o tratamento de que necessita o menor (transplante multivisceral), bem como que o tratamento a que vem sendo submetido no Brasil por força do acordo firmado nos autos nº 0010402-95.2016.403.6100 não tem trazido evolução em seu quadro clínico.

Consta que atualmente o menor está em seu domicílio em Porto Alegre, em uso de nutrição parenteral domiciliar com retornos ambulatoriais quinzenais para consulta, além de possuir internações frequentes devido a infecções de corrente sanguínea associadas a cateter venoso central em veia jugular interna esquerda, único sítio de acesso central utilizado desde o início do tratamento no HCPA. Há ainda informação de que está em lista de espera para o transplante multivisceral a ser realizado no Hospital Sírio Libanês em São Paulo (ID nº 646003).

Embora o Brasil conte com programa de transplante multivisceral, sendo o Hospital Sírio Libanês credenciado para o transplante pediátrico, desde a implantação do programa em 2011 foram realizados sete transplantes multiviscerais em pacientes adultos, sendo que o único hospital credenciado para realizar transplante multivisceral pediátrico ainda não realizou nenhum transplante desta natureza, conforme informação do Ministério da Saúde (Ofício CGSNT/DAET/SAS/MS nº 164, de 17.04.2017 – ID nº 646016).

Por outro lado, há nos autos informação prestada pelo Dr. Rodrigo Vianna, Diretor dos Serviços de Transplante do *Jackson Memorial Medical*, hospital de excelência e referência mundial na realização da cirurgia de transplante de intestino ou multivisceral, mormente em crianças de tenra idade e baixo peso corporal, segundo a qual "atualmente, a sobrevida de transplantes multiviscerais em crianças é de 75% para um ano e 55% para cinco anos" (ID nº 645945).

Procurado pela família do menor, o Dr. Rodrigo Vianna assim se pronunciou sobre o caso de Samuel (ID nº 645945):

> (...)
> Apesar do Samuel não aparentar ter eminente perda de acesso ou insuficiência hepática, ele absolutamente não te chance de ser totalmente desconectado da Nutrição Parenteral Total. *Devido à alta taxa de mortalidade associada a essa doença primária, recomendamos que ele seja incluído na lista de transplantes imediatamente*. O número de doadores por ano nos Estados Unidos pesando menos de 10 kg é limitado e ele poderá ficar na lista de transplantes por um período de vários meses a um ano. A taxa de mortalidade durante o período de espera por transplante é de quase 30%.
> *Após ter avaliado o caso, nosso programa de transplante intestinal e multivisceral terá muito prazer em receber Samuel aqui para cuidados pré-operatório, peri-operatório, e pós-operatório*. Antecipamos que Samuel tenha que permanecer nos Estados Unidos por mais de um ano e talvez até dois anos, se considerados o período de espera pelo transplante e o período do tratamento pós-operatório. Um Acordo entre o Jackson Memorial Hospital e o Ministério da Saúde do Brasil também deverá ter lugar para que possamos levar adiante esse processo. O acordo deverá incluir responsabilidades de ambas as partes incluindo cuidados pré-operatório, peri-operatório, e pós-operatório. Outro acordo com uma empresa de *home care* e farmácia também deverá ser assinado para que Samuel possa receber sua nutrição parenteral e seu medicamentos em casa, como paciente não residente.
> Uma Ressonância Magnética atualizada com mapeamento venoso também será necessária para podermos avaliar o acesso à cirurgia. No mínimo dois acessos venosos principais são necessários para que um paciente seja candidato a um transplante intestinal/multivisceral.
> (...) (destaquei)

Por fim, a informação ID nº 646003 do Hospital das Clínicas de Porto Alegre ainda dá conta de que o paciente "apresenta-se no momento com uma condição clínica estável que permite viagem para o transplante multivisceral em outro estado no Brasil, assim como no exterior".

É certo que a saúde é um direito social (art. 6º) decorrente do direito à vida (art. 5º), disciplinado no artigo 196 e seguintes da Constituição Federal, *verbis*:

> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.
> Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público

> dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.
> Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:
> I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
> II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
> III - participação da comunidade.
> § 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes
> (...).

É claríssima a dedução segundo a qual cabe ao Poder Público obrigatoriamente a garantia da saúde mediante a execução de política de prevenção e assistência à saúde, com a disponibilização dos serviços públicos de atendimento à população, que nos termos constitucionais foram delegados ao Poder Executivo no âmbito da competência para desempenhar os serviços e as ações da saúde.

Noutro dizer, a responsabilidade pelo fornecimento do tratamento cirúrgico de que necessita o menor decorre do direito fundamental dele à vida e a uma existência digna, do que um dos apanágios é a saúde, cuja preservação também é atribuída aos poderes públicos executivos da União, dos Estados e dos Municípios, todos eles solidários nessa obrigação.

Não se pode permitir que os entes públicos se neguem a custear tratamentos excepcionais e urgentes quando a vítima da moléstia não tem condições econômicas de os suportar, porquanto isso implicaria simplesmente na negativa do direito fundamental à saúde e à vida, consagrados na atual Constituição Federal.

O acesso à saúde compreende além da disponibilização por parte dos entes públicos de hospitais, médicos, enfermeiros etc., também procedimentos clínicos, ambulatoriais e medicação conveniente. E pouco importa se eles estão ou não disponibilizados em algum programa específico dos órgãos governamentais, já que a burocracia criada por governantes não pode privar o cidadão do mínimo necessário para a sua sobrevivência quando ele mais necessita: quando está efetivamente doente.

O artigo 2º, § 1º, da Lei Federal 8.080/90, que estrutura o serviço único de saúde (SUS), dispõe: "O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação".

Seu art. 7º impõe como diretriz: "II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema".

Ainda a propósito, convém lançar os olhos sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), cujo art. 11 estabelece:

> Art. 11. É assegurado atendimento integral à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde. (Redação dada pela Lei nº 11.185, de 2005)

§ 1º. A criança e o adolescente portadores de deficiência receberão atendimento especializado.
§ 2º. Incumbe ao poder público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação.

Assim, a própria Lei nº 8.069/90 ordena ao Poder Público que forneça gratuitamente a crianças e adolescentes necessitados quaisquer recursos "relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação".

O direito à saúde é um direito básico do cidadão, e o Poder Público não pode, a nenhum pretexto, deixar de cumprir com sua obrigação que é justamente fornecer ações adequadas nessa área.

O tema já foi objeto de ampla discussões nos Tribunais, tendo o C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº RE 855.178-RG/SE, Rel. Min. Luiz Fux, repercussão geral, reafirmado sua jurisprudência no sentido de que "o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados". Vejamos:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. REPERCUSSÃO GERAL. SISTEMÁTICA. APLICAÇÃO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. ALTO CUSTO. AUSÊNCIA DE DISCUSSÃO. PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO PARADIGMA. IRRELEVÂNCIA. JULGAMENTO IMEDIATO DA CAUSA. AUSÊNCIA DE MEDICAMENTO NA LISTA DO SUS. DESCONSIDERAÇÃO ANTE A AVALIAÇÃO MÉDICA. SÚMULA 279/STF. AGRAVO IMPROVIDO.
I - O custo dos medicamentos não foi objeto de discussão do acórdão recorrido, o que desautoriza a aplicação do Tema 6 da repercussão geral - RE 566.471-RG/RN, Rel. Min. Marco Aurélio, ante a ausência de identidade das premissas fáticas.
II - O acórdão recorrido está em consonância com o que foi decidido no Tema 793 da repercussão geral, RE 855.178-RG/SE, Rel. Min. Luiz Fux, decisão de mérito, no sentido de que "o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados".
III - A existência de decisão de mérito julgada sob a sistemática da repercussão geral autoriza o julgamento imediato de causas que versarem sobre o mesmo tema, independente do trânsito em julgado do paradigma. Precedentes.
IV - A lista do SUS não é o parâmetro único a ser considerado na avaliação da necessidade do fornecimento de um medicamento de um caso concreto, que depende da avaliação médica. No ponto, para se chegar a conclusão contrária à adotada pelo Juízo de origem, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório, o que inviabiliza o extraordinário. Súmula 279. Precedente.
V – Verba honorária mantida ante o atingimento do limite legal do art. 85, § 11º combinado com o § 2º e o § 3º, do mesmo artigo do CPC.
VI - Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa art. 1.021, § 4º, do CPC.
(ARE 977190 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 09/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 22-11-2016 PUBLIC 23-11-2016)

EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA EM REPERCUSSÃO GERAL - RE 855.178-RG/PE, REL. MIN. LUIZ FUX. RECURSO EXTRAORDINÁ-

RIO QUE NÃO MERECE TRÂNSITO. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 28.3.2015.
1. Esta Suprema Corte, ao julgamento do RE 855.178-RG/PE, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 16.3.2015, submetido à sistemática da repercussão geral, reafirmou a jurisprudência no sentido da responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde, destacando que o polo passivo da ação pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente.
2. O entendimento adotado pela Corte de origem, nos moldes do assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal.
3. A existência de precedente firmado pelo Plenário desta Corte autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre o mesmo tema, independentemente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma. Precedentes.
4. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada.
5. Agravo regimental conhecido e não provido.
(RE 933857 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 16/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-048 DIVULG 14-03-2016 PUBLIC 15-03-2016)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO E TRATAMENTO MÉDICO. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA EM REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.
(ARE 904217 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 27/10/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-222 DIVULG 06-11-2015 PUBLIC 09-11-2015)

Dada a robustez da prova e e a tese firmada pelo STF no julgamento de recurso repetitivo, cabível se faz a tutela de evidência, nos termos do art. 311, II e parágrafo único, do CPC/15.

Negar ao infante o tratamento cirúrgico de que necessita implica desrespeito às normas constitucionais que garantem o direito à saúde e à vida; mais: ofende a *moral administrativa* (art. 37 da Constituição), pois o dinheiro e a conveniência dos detentores temporários do Poder não sobreleva os direitos fundamentais.

Repito: o quadro de saúde do apelante é sério e a excepcionalidade mais que recomenda a providência a ser imposta ao ente público, não havendo que se cogitar de filigranas jurídico-processuais numa situação de fato que pode conduzir o menor ao túmulo.

Calha recordar que ao decidir sobre tratamentos de saúde e fornecimento de remédios o Poder Judiciário não está se investindo da função de cogestor do Poder Executivo; está tão somente determinando que se cumpra o comando constitucional que assegura o direito maior que é a vida, está assegurando o respeito que cada cidadão merece dos detentores temporários do Poder Público, está fazendo recordar a verdade sublime que o Estado existe para o cidadão, e não o contrário.

Na verdade o Judiciário está dando efetividade ao art. 6º, inc. I, "d", da Lei nº 8.080/90 que insere no âmbito da competência do SUS a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.

Ressalto que a saúde - como direito fundamental - está acima do dinheiro, embora assim não entendam os governantes; mas eles não podem se opor à Constituição na ótica vesga com que enxergam as prioridades que o Estado deve observar no trato dos interesses dos cidadãos e na busca do bem comum. O direito a saúde é indisponível (AgRg no REsp 1356286/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe

19/02/2013) e deve ser assegurado pelo Poder Público.

Anoto ainda que o Judiciário não está proibido de conceder antecipações de tutela em desfavor do Poder Público, pois se esse absurdo acontecesse isso importaria em negativa de jurisdição a violar o art. 5º, XXXV da CF.

É certo que, na esteira dos múltiplos benefícios e privilégios de que dispõe o Estado em desfavor do litigante comum - que no entender deste relator são todos inconstitucionais, porque não se amoldam ao princípio republicano, sem embargo da opinião contrária das Cortes Superiores - há um rígido modelo de concessão de medidas liminares em face do Poder Público, previsto nas Leis nº 9.494/97 e nº 8.437/92, e na atual Lei de Mandado de Segurança, mas não existe expressa proibição para que sejam concedidas tutelas de urgência em casos onde possa haver perecimento de direitos que se mostram plausíveis, especialmente fora do âmbito econômico.

Diante do exposto, a antecipação de tutela deve ser concedida nos exatos termos em que foi postulada, devendo a ré/apelada providenciar e custear tudo o que for necessário (inclusive passaportes, vistos, transporte aéreo, moradia próxima ao local de tratamento para instalação dos genitores do autor, etc.) para que o autor seja submetido a cirurgia de transplante multivisceral e aos respectivos tratamentos junto ao Jackson Memorial Medical, em Miami, Estados Unidos, durante o tempo que se fizer necessário, inclusive o tratamento de *home care* que a equipe médica daquele hospital recomendar, respeitando-se a fila norte-americana e critérios de espera para transplante, cabendo à ré providenciar e custear ainda todo acompanhamento/tratamento médico oftalmológico que se fizer necessário em razão do problema de visão que acomete o menor.

A desobediência será punida com multa de dez mil reais por dia de atraso no atendimento desta decisão colegiada, sem as costumeiras tergiversações que a União opõe às ordens judiciais em casos como o presente, o que é de conhecimento pessoal deste Relator. A multa reverterá em favor do apelante.

Destaco que a imposição de *astreintes* contra o Poder Público é admitida na jurisprudência como meio coercitivo de obrigação de fazer (STJ: AgRg no AREsp 7.873/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 29/05/2012 - AgRg no AREsp 23.782/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/03/2012, DJe 23/03/2012 - AgRg no AREsp 7.869/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 17/08/2011 - REsp 1256599/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 17/08/2011 - REsp 1243854/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/08/2011, DJe 16/08/2011 - REsp 1163524/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/05/2011, DJe 12/05/2011 - AgRg no REsp 1221660/SC, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 04/04/2011 - AgRg no Ag 1352318/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 25/02/2011 - AgRg no REsp 1213061/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 09/03/2011), e a quantia aqui fixada não se afigura exorbitante, porque deve desencorajar a desobediência da apelada.

Em acréscimo, ainda sobre a possibilidade de fixação de multa diária (*astreintes*) em desfavor da Fazenda Pública como meio de compelir o devedor a adimplir a obrigação como aquela determinada pela decisão ora recorrida, em recente julgado submetido à sistemática do § 7º do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973, o STJ reafirmou seu cabimento

(REsp 1474665/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/04/2017, DJe 22/06/2017).

Ante o exposto, *dou parcial provimento à apelação* para afastar a coisa julgada reconhecida na sentença, determinando o retorno dos autos à origem para regular processamento, e desde já *concedo a tutela antecipada* para determinar que a UNIÃO providencie e custeie todo o tratamento do autor no exterior, conforme consignado alhures, adotando as medidas necessárias ao cumprimento desta decisão no prazo de dez dias a contar da ciência do presente julgamento, sob pena de multa de R$ 10.000,00 por dia de atraso.

É como voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

Direito Processual Penal



TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

INQUÉRITO POLICIAL
0003420-32.2016.4.03.0000 (2016.03.00.003420-9)

Autora: JUSTIÇA PÚBLICA
Investigada: INEZ MARIA JANTALIA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BATISTA PEREIRA
Classe do Processo: IP 1449
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/08/2017

EMENTA

PROCESSO PENAL. INQUÉRITO POLICIAL. QUESTÃO DE ORDEM. INVESTIGAÇÃO CONTRA MAGISTRADO. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. CESSAÇÃO. PENA DE APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. RECURSO ADMINISTRATIVO INOMINADO.
1. O foro por prerrogativa de função de magistrado cessa com a aplicação da pena de aposentadoria compulsória na via administrativa. Precedentes do STF (RE 549560) e do STJ (AgRg na APn 306/DF).
2. A competência para a instauração e julgamento de Processo Administrativo Disciplinar e aplicação de penalidades, dentre elas a aposentadoria compulsória, é do Tribunal a que pertença subordinado o magistrado. Inteligência dos artigos 27 e 28 da LOMAN, recepcionados pelo inciso VIII do Art. 93 da Constituição.
3. A interposição de recurso administrativo inominado endereçado à Corte Superior, estritamente para controle de legalidade do ato de aposentação, não tem o condão de restabelecer a competência por prerrogativa de foro no inquérito policial.
4. Questão de ordem acolhida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Egrégio Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, retirar o sigilo do procedimento, rejeitar questão de ordem de conversão do julgamento em diligência e acolher questão de ordem para declarar que o recurso administrativo inominado não tem o condão de restabelecer a competência por prerrogativa de função cessada com a aposentadoria da investigada, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 28 de junho de 2017.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

QUESTÃO DE ORDEM

O Exmo. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

Trata-se de Inquérito Policial que investiga suposta prática de crimes contra a Administração, cometidos, em tese, por Juíza do Trabalho. Narra o *Parquet Federal* a existência

de indícios de:

- Favorecimento de certos peritos ao serem nomeados em processos com maior remuneração tendo como contrapartida o custeio de estagiários que atuam informalmente na Vara;

- Tratamento privilegiado no trâmite processual a determinados advogados;

- Realização de audiências sem a presença da referida magistrada e com assinatura das atas a posteriori;

- Utilização de serventuária da vara para prestação de serviço particular como se fora empregada doméstica na residência da Juíza; e

- Cessão de certificado digital e senha pessoal da Juíza ao diretor de secretaria para que este assinasse decisões em nome da magistrada

Às fls. 24/26 determinei a instauração de inquérito judicial por decisão monocrática (STF - HC 94278).

Às fls. 80/81 sobreveio informação do Excelentíssimo Desembargador Federal Presidente do egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região dando conta de que, em sede de Processo Administrativo Disciplinar nº 0000183-26.2015.5.15.0899, o Órgão Especial da referida Corte, por unanimidade de votos, aplicou à ora investigada a pena de aposentadoria compulsória com proventos proporcionais ao tempo de serviço, nos termos dos artigos 28 e 42, V da LOMAN.

Com base nesta informação, reconheci a cessação do foro por prerrogativa de função conforme jurisprudência consolidada nas Cortes Superiores, a exemplo: STF - RE 549560 e STJ - AgRg na APn 306/DF, e declinei da competência para determinar a redistribuição do presente inquérito à Subseção de São Vicente - SP.

Contudo, às fls. 160/164, a investigada noticiou a interposição de recurso administrativo inominado perante o TST, sustentando que a via administrativa não foi esgotada e que, portanto, prevalece o foro por prerrogativa de função até a decisão final da Corte Superior.

É o relatório.

Suscito questão de ordem.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

De início, observo que os artigos 27 e 28 da LOMAN atribuem ao Tribunal Pleno ou Órgão Especial, da Corte a que pertença subordinado o magistrado, a competência para a instauração e julgamento de Processo Administrativo Disciplinar e aplicação de penalidades, dentre elas a aposentadoria compulsória, *in verbis*:

> Art. 27 - O procedimento para a decretação da perda do cargo terá início por determinação do *Tribunal, ou do seu órgão especial, a que pertença ou esteja subordinado o magistrado*, de ofício ou mediante representação fundamentada do Poder Executivo ou Legislativo, do Ministério Público ou do Conselho Federal ou Secional da Ordem dos Advogados do Brasil.
> § 1º - Em qualquer hipótese, a instauração do processo preceder-se-á da defesa prévia do magistrado, no prazo de quinze dias, contado da entrega da cópia do teor da acusação e das provas existentes, que lhe remeterá o Presidente do Tribunal, mediante ofício, nas quarenta e oito horas imediatamente seguintes à apresentação da acusação.

> § 2º - Findo o prazo da defesa prévia, haja ou não sido apresentada, o Presidente, no dia útil imediato, convocará o Tribunal ou o seu órgão especial para que, em sessão secreta, decida sobre a instauração do processo, e, caso determinada esta, no mesmo dia distribuirá o feito e fará entregá-lo ao relator.
> § 3º - O Tribunal ou o seu órgão especial, na sessão em que ordenar a instauração do processo, como no curso dele, poderá afastar o magistrado do exercício das suas funções, sem prejuízo dos vencimentos e das vantagens, até a decisão final.
> § 4º - As provas requeridas e deferidos, bem como as que o relator determinar de ofício, serão produzidas no prazo de vinte dias, cientes o Ministério Público, o magistrado ou o procurador por ele constituído, a fim de que possam delas participar.
> § 5º - Finda a instrução, o Ministério Público e o magistrado ou seu procurador terão, sucessivamente, vista dos autos por dez dias, para razões.
> § 6º - O julgamento será realizado em sessão secreta do Tribunal ou de seu órgão especial, depois de relatório oral, e a decisão no sentido da penalização do magistrado só será tomada pelo voto de dois terços dos membros do colegiado, em escrutínio secreto.
> § 7º - Da decisão publicar-se-á somente a conclusão.
> § 8º - Se a decisão concluir pela perda do cargo, será comunicada, imediatamente, ao Poder Executivo, para a formalização do ato.
> Art. 28 - O magistrado vitalício poderá ser compulsoriamente aposentado ou posto em disponibilidade, nos termos da Constituição e da presente Lei.

Os referidos dispositivos, à exceção do § 8º, foram recepcionados pela atual Constituição em seu inciso VIII do Art. 93, *in verbis*:

> VIII o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em *decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça*, assegurada ampla defesa;

Observo, portanto, que não há qualquer previsão constitucional ou legal de recurso administrativo às Cortes Superiores. Ao contrário, tanto o Texto Constitucional quanto a LOMAN dispõe que a competência para o julgamento do processo administrativo é exclusiva do TRT-15.

Ainda que o Art. 69, II, alínea "q" do RI-TST tenha previsto a competência do Órgão Especial daquela Corte para o julgamento de recurso administrativo contra decisão dos TRT's em processo administrativo disciplinar envolvendo magistrado "estritamente para controle da legalidade", não há que se falar em ausência de trânsito em julgado administrativo como pretende a investigada.

Isto porque o exame de legalidade, por natureza, caracteriza-se como controle *a posteriori*, isto é, controle de ato válido e eficaz restrito à aferição da conformidade do ato com a norma legal que o rege.

Assim, a aplicação da pena de aposentadoria compulsória constitui-se ato administrativo perfeito e acabado, que goza de presunção de legitimidade, imperatividade e autoexecutoriedade, ou seja, não há condicionante para que a decisão do tribunal local seja desde logo aplicada.

Ademais, a magistrada investigada fundamenta a interposição do recurso administrativo inominado no Art. 56 da Lei 9.784/99 c.c. Art. 26 da Resolução CNJ nº 135.

Contudo, o Art. 61 da mesma lei dispõe expressamente que, em regra, o recurso administrativo não tem efeito suspensivo, ressalvada a possibilidade de que a instância superior lhe confira tal efeito na hipótese de *periculum in mora*, *in verbis*:

> Art. 61. Salvo disposição legal em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo.
> Parágrafo único. Havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso.

No caso dos autos, não há previsão legal de efeito suspensivo e nem tampouco notícia de que o TST o tenha concedido.

Neste contexto, não se pode retirar a autoexecutoriedade da decisão do TRT-15 com base em mero controle de legalidade realizado pelo TST.

Por consequência, a eficácia da aplicação da pena de aposentadoria compulsória resta incólume.

Por fim, é certo que em inquérito anterior (IP 0025831-16.2009.4.03.0000) votamos pela permanência do feito neste Tribunal. Contudo, naquela espécie se tratava de magistrado em disponibilidade, passível de reversão, e não de aposentadoria como no caso presente, razão pela qual, feita a distinção, neste inquérito não prevalece o foro por prerrogativa de função.

Ante o exposto, suscito a presente questão de ordem para propor que, *in casu,* seja declarado que o recurso administrativo inominado interposto não tem o condão de restabelecer a competência por prerrogativa de foro, cessada por força de aposentadoria compulsória.

É o voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI:

Primeiramente, esclareço que pedi vista destes autos a fim de melhor refletir acerca de possível ferimento a preceito constitucional de presunção de inocência, alegado pela investigada em petição acostada às fls. 160/164.

Após detida análise da tese trazida pela ilustre defesa da magistrada, entendo ser o caso de acompanhar integralmente o eminente Relator.

Com efeito, o Regimento Interno do C. Tribunal Superior do Trabalho não prevê efeito suspensivo a recurso administrativo interposto àquela Corte, conforme redação do artigo 69, II, alínea "q", do RI-TST.

No mesmo sentido, o artigo 61 da Lei nº 9.784/99 - que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal - é claro ao dispor que o recurso administrativo, em regra, não possui efeito suspensivo, o qual, porém, poderá ser concedido pela autoridade administrativa em caso de receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação.

E, como não há informação nos autos - nem mesmo dos causídicos que patrocinam os interesses da investigada - no sentido de ter sido requerido e concedido efeito suspensivo àquela decisão administrativa, conclui-se que a magistrada permanece aposentada, ao menos até que aquele C. Tribunal julgue seu recurso e eventualmente decida de modo diverso.

Outrossim, permanecem intactos os efeitos da r. decisão proferida pelo E. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, que aplicou a ela a penalidade de aposentadoria compulsória.

A questão é, portanto, meramente processual, relacionada estritamente à fixação da competência absoluta, não havendo falar-se em ferimento ao princípio constitucional da pre-

sunção de inocência, uma vez que o fato de a requerida passar a ser processada por juízo de primeiro grau em absolutamente nada agrava a sua situação jurídica.

Ao contrário disso, permanecem integralmente aplicáveis a ela todos os princípios e normas constitucionais de direitos e garantias fundamentais, tais como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, além do preceito da presunção de inocência, podendo, eventualmente, a competência ser revertida a esta Corte caso provido pelo TST o seu recurso administrativo e a investigada retornar ao cargo.

Ante o exposto, acompanho integralmente o voto do eminente Relator.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI

VOTO VENCIDO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS:

Procedo à presente declaração de voto para deixar registradas nos autos, ainda que sucintamente, as razões que me levaram a votar pela rejeição da questão de ordem suscitada pelo e. Desembargador Federal Baptista Pereira, relator do presente feito.

Ouso dissentir de Sua Excelência porque, para fins de cessação da competência por prerrogativa de função, reputo indispensável a edição do *ato formal de aposentadoria*, não bastando a mera prolação de decisão administrativa, pelo tribunal.

Penso, com a devida vênia, que, sem a execução da decisão de aposentadoria, vale dizer, sem que se baixe e publique o ato formal de aposentadoria do magistrado, subsiste a competência por prerrogativa de função.

In casu, conquanto haja o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região decidido pela aposentadoria da magistrada que aqui figura como investigada, não se publicou, até hoje, o ato formal de transferência para a inatividade. Assim, restando, até o presente momento, ocupado pela investigada o cargo de magistrada, rejeito a questão de ordem.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS

VOTO COMPLEMENTAR

O Exmo. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

Oportunamente, tendo em conta as razões expostas no voto apresentado pelo Eminente Desembargador Federal Nelton dos Santos no sentido de que não teria sido editado o ato executório do acórdão que aplicou a pena de aposentadoria compulsória, peço vênia para tecer algumas considerações complementares ao meu voto.

Embora a única documentação que consta nos autos até o presente momento seja o ofício do e. Desembargador Federal Presidente informando sobre a condenação da magistrada, bem como os extratos de andamento do recurso administrativo no e. TST sem registro de recebimento com efeito suspensivo, tenho que a edição do ato executório não é condição determinante quanto ao efeito da cessação do foro por prerrogativa de função, uma vez que o recurso interposto, conforme já mencionado no voto original, caracteriza-se como controle de legalidade *a posteriori*, que não retira o efeito de autoexecutoriedade do acórdão que apenou a investigada, tendo em vista que a Constituição Federal atribuiu ao tribunal de origem do

magistrado a competência exclusiva para o julgamento de mérito.

A corroborar esse entendimento cito precedente do e. STJ:

> ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PENA DE SUSPENSÃO. RECURSO ADMINISTRATIVO. RECEBIMENTO NO EFEITO DEVOLUTIVO, EM REGRA. CUMPRIMENTO IMEDIATO DA PENALIDADE. POSSIBILIDADE. SEGURANÇA DENEGADA.
> 1. A Administração - após regular processo disciplinar e diante dos atributos do ato administrativo de presunção de veracidade, de imperatividade e de auto-executoriedade - pode aplicar a penalidade a servidor público independentemente do julgamento de recurso interposto na esfera administrativa que, em regra, é recebido apenas no efeito devolutivo, nos termos do art. 109 da Lei 8.112/90. Precedentes.
> 2. Segurança denegada.
> (MS 10.759/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/05/2006, DJ 22/05/2006, p. 147)

Aliás, condicionar a prerrogativa de foro, que só visa resguardar a função, *in casu,* a demais atos meramente formais da decisão a que chegou a Corte julgadora, seria criar uma situação artificial de prorrogação indefinida de tal condição o que, ao nosso sentir, não merece guarida porque não albergado na Constituição, pois não tem a ver com o propósito que a prerrogativa é eleita para preservar.

São estas questões que cumpria elucidar aos meus ilustres pares.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

"HABEAS CORPUS"
0003157-63.2017.4.03.0000
(2017.03.00.003157-2)

Impetrantes: FRANCISCO ASSIS HENRIQUE ROCHA NETO E ANDRÉ LUIS CERINO DA FONSECA
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE SANTOS - SP
Paciente: ISABEL CRISTINA COUTINHO FRANCO LINCOLN (ré presa)
Corréus: MARCELO JERONYMO FERREIRA, MARCOS DAMIÃO LINCOLN, HUGO MOTOKI YOSHIZUMI E SÉRGIO RAIMUNDO COUTINHO FRANCO
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES
Classe do Processo: HC 71605
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/07/2017

EMENTA

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. CONVERSÃO EM PRISÃO DOMICILIAR. COMPARECIMENTO DO RÉU À AUDIENCIA DE INTERROGATÓRIO DE CORRÉUS SEM A DEVIDA INTIMAÇÃO. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.
1. A paciente foi expressamente autorizada a participar das audiências, conforme se verifica do mandado de intimação. Mesmo com a redesignação das audiências, não houve proibição de comparecimento a estes atos processuais. Também, não houve qualquer determinação de incomunicabilidade com os demais corréus.
2. O comparecimento não tem o condão de configurar descumprimento da prisão domiciliar, uma vez que sua atitude, longe de configurar ato afrontoso à dignidade da Justiça, é sempre buscado e imposto pela legislação e decisões judiciais.
3. O direito de audiência, de um lado, e o direito de presença do réu, de outro, esteja ele preso ou não, traduzem prerrogativas jurídicas essenciais que derivam da garantia constitucional do "due process of law" e que asseguram, por isso mesmo, ao acusado, o direito de comparecer aos atos processuais a serem realizados perante o juízo processante, ainda que situado este em local diverso daquele em que esteja custodiado o réu. Precedentes do STF.
4. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus* para revogar a prisão preventiva e restabelecer a prisão domiciliar, nos exatos termos do acórdão proferido no HC nº 0011137-95.2016.4.03.0000, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 28 de junho de 2017.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Francisco Assis Henrique Rocha Neto e Andre Luis Cerino da Fonseca, em favor de ISABEL CRISTINA COUTINHO FRANCO LINCOLN, contra ato imputado ao Juízo Federal da 6ª Vara Federal de Santos/SP.

Narram os impetrantes, em síntese, que a prisão domiciliar concedida à paciente por esta E. Quinta Turma deste Tribunal, em virtude da existência de filhos menores, foi revogada pela autoridade impetrada, sob a alegação de que a paciente teria descumprido as condições então impostas.

Relatam que a paciente compareceu em Juízo na data do dia 25/05/2017, para participar da audiência de oitiva dos corréus, que aconteceu via videoconferência.

Esclarecem que a paciente, agindo de boa-fé, e por entender que teria obrigação de comparecer em juízo, encaminhou-se à Justiça Federal para acompanhar os atos processuais, razão pela qual se dirigiu à sala de interrogatórios, consignando a sua presença.

Informam que a paciente foi impedida de participar da referida audiência, ocasião em que teve sua prisão domiciliar revogada, em decorrência do descumprimento das condições impostas.

Aduzem que a decisão que concedeu a prisão domiciliar não impediu o contato com os demais corréus, razão pela qual o decreto de prisão é desarrazoado.

Requerem, assim, a concessão da medida liminar, a fim de que a prisão preventiva seja revogada, restabelecendo-se a prisão domiciliar. Por fim, requerem seja concedida a ordem, confirmando-se a liminar.

Juntaram os documentos de fls. 21/120.

A liminar foi concedida às fls. 122/124.

A autoridade impetrada prestou informações juntadas às fls. 129/131, dando conta de que o alvará de soltura foi cumprido e expedido mandado de prisão domiciliar.

Após vistar os autos, o Ministério Público Federal, pelo parecer da lavra do Exmo. Procurador Regional da República, Dr. Marcio Barra Lima, manifestou-se pela concessão da ordem (fls. 232/234).

É o relatório.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

VOTO

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

A ação de *habeas corpus* tem pressuposto específico de admissibilidade, consistente na demonstração *primo ictu oculi* da violência atual ou iminente, qualificada pela ilegalidade ou pelo abuso de poder, que repercuta, mediata ou imediatamente, no direito à livre locomoção, conforme previsão do art. 5º, inc. LXVIII, da Constituição Federal e art. 647 do Código de Processo Penal.

A decisão que decretou a prisão preventiva da paciente restou assim consignada (fls. 120 - mídia digital):

> (...) *A prisão domiciliar da Sra. Isabel foi devidamente regulamentada pelo Dr. Arnaldo Dordetti Junior, o qual estabeleceu aqui algumas condições* (...), situações de exceção para a saída da Sra. Isabel do recinto da residência (...). *Dentre outras situações eu não percebi*

a vinda da Sra. Isabel para esse fórum na data de hoje e tendo isso em vista, à míngua da previsão, uma vez que hoje ela não será interrogada, salvo melhor juízo, eu abro vista para manifestação ao Ministério Público Federal a respeito da questão, tendo em vista, inclusive, os autos do apenso "fiscalização de Isabel" (...), uma vez que essa Sra. se encontra aqui na Justiça Federal, em Santos, à míngua, à primeira vista, das ressalvas previstas pelo Juiz Federal Dr. Arnaldo Dordetti Junior.
(...)
Antes do início da audiência, visto que a Sra. Isabel Cristina Coutinho Franco Lincoln estava presente, em razão da mesma estar em prisão domiciliar, com as restrições de saída elencadas nos autos, a MMª Juíza Federal abriu vista ao MPF.
Em seguida, o MPF (razões em áudio) requereu a revogação da prisão domiciliar da corré Isabel e sua conversão em prisão preventiva, em suma, face o descumprimento injustificado dos requisitos explicitados pelo Juiz Federal, Dr. Arnaldo Dordetti Junior.
Por sua vez, a defesa (razões em áudio), em suma, postulou a manutenção da prisão domiciliar da corré.
Passo a decidir:
Inicialmente, observo que esta audiência, como é do conhecimento de qualquer bacharel em direito, tem por objeto interrogatório, o qual atualmente se presta fundamentalmente à defesa dos réus em processo penal, e muito subsidiariamente à coleta de provas para a finalidade do processo penal em sua busca pela verdade real. Portanto, não se presta praticamente o interrogatório para a coleta de provas, trata-se principalmente de um ato para oferta de elementos de defesa do acusado no processo penal, ou seja, a presença dos réus aqui é um direito (...) para fazer a sua defesa, mas dos corréus trata-se de faculdade. Na verdade, nenhum dos réus tem obrigação nenhuma de estar aqui, é um direito constitucionalmente consagrado, mas nenhum deles é obrigado a estar realmente aqui.
Por outro lado, na data de ontem, a Sra. Isabel (...) esteve aqui, inclusive acompanhada de sua defesa técnica, de onde se segue, que *ela teve, juntamente com sua defesa técnica, a oportunidade de se dirigir à Justiça Federal e cumprir o quanto estava determinado pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no tocante às condições de sua prisão domiciliar, ou seja, requerer a este Juízo a presença na data de hoje nesta audiência*, que, aliás, nem está sendo devidamente (...) observada no caso, porque embora ela possa estar na audiência presente, *ela não tem o direito de se comunicar com os demais correus, também por motivos óbvios, no que se trata aqui no tocante à busca também da verdade real dos fatos, porque uma coisa é depor em juízo, outra bem diferente é se comunicar com os demais correus* (...), e quanto a esse direito, este realmente não lhe assiste. Ou seja, *ela poderia perfeitamente ter cumprido a condição que estava exposta pelo Egrégio Tribunal Regional Federal e ter pedido a autorização deste Juízo para aqui comparecer na data de hoje*. E, ainda mais, é desconhecido deste Juízo se realmente a Sra. Isabel veio direito de sua residência para esta audiência (...). O que nós temos em concreto, portanto, é que a Sra. *Isabel descumpriu efetivamente uma condição que foi posta pelo Poder Judiciário brasileiro*, pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região e pela Justiça Federal do Estado de São Paulo (...). *Isso aqui não é uma audiência de coleta de provas*, repito, não é. *Teve oportunidade na data de ontem de solicitar a devida autorização, conforme lhe era facultado e tinha plena ciência, não o fez a tempo e modo, portanto, descumpriu plenamente ciente. Isso posto, dado o fato novo ocorrido dentro do Poder Judiciário (...), revogo o benefício da prisão domiciliar e decreto neste momento a prisão preventiva da corré, que está envolvida numa grande operação envolvendo expressivos valores em euros, grandes quantidades de drogas, além disso, segundo relatos, como dito pelo próprio Procurador da República, veio se comunicar com correus dentro da sala deste Poder Judiciário, novamente mais um motivo de garantia da ordem pública, inclusive visando cessar por completo (...) comunicações dentre integrantes de organização criminosa aqui relatados nesta denúncia* (...), de pessoas aqui se organizan-

> do para tráfico transnacional e associação para o cometimento de tráfico transnacional de grandes quantidades de cocaína, distribuídas na Europa (...), decreto a prisão preventiva que será executada nesse momento pela Polícia Federal.
> (transcrição - mídia digital - fls. 120)

Em que pese as razões aduzidas pelo Juízo impetrado, o que se vislumbra dos documentos carreados aos autos é que houve autorização para que a paciente participasse das audiências, conforme se verifica através do mandado de intimação às fls. 100, alínea "E" (cópia às fls. 224v°/225). Mesmo com a redesignação das audiências, não houve proibição de comparecimento da paciente a estes atos processuais (fl. 201v°).

Ressalte-se, ademais, que quando da concessão da ordem para substituir a prisão preventiva da paciente pela prisão domiciliar, no *habeas corpus* n° 0011137-95.2016.4.03.0000, não houve qualquer determinação de incomunicabilidade com os demais corréus da "Operação Arepa", estando o julgado assim ementado:

> *HABEAS CORPUS*. OPERAÇÃO AREPA. PRISÃO PREVENTIVA. CONVERSÃO EM PRISÃO DOMICILIAR. PACIENTE COM DOIS FILHOS MENORES DE 12 ANOS. ARTIGO 318, V, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FISCALIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA PRISÃO DOMICILIAR. ORDEM CONCEDIDA.
> 1. Conversão da prisão temporária em preventiva.
> 2. Operação Arepa. Tráfico internacional de drogas. Apreensão de enorme quantidade de entorpecente e valores em moeda estrangeira.
> 3. Decisão impugnada devidamente fundamentada. Apontados os fatos levados em consideração para concluir pelo envolvimento da paciente e demais pessoas investigadas que comporiam organização criminosa, periculosidade dos envolvidos e previsível atuação deles no sentido de impedir a obtenção de provas, dilapidar/ocultar o patrimônio amealhado por meio da conduta criminosa e frustrar efetiva aplicação da lei penal.
> 4. Apontados fundamentos suficientes para o decreto de prisão cautelar. Segregação - única medida capaz de garantir a ordem pública e econômica, e a aplicação da lei penal.
> 5. Constrangimento ilegal não verificado.
> 6. Paciente tem duas filhas, uma com 9 anos e a outra com 3 anos de idade.
> *7. Prisão domiciliar.* Lei 13.257/2016 alterou a redação do artigo 318 do Código de Processo Penal. Expansão das hipóteses de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar. Inciso V - hipótese de mulher com filho de até 12 (doze) anos incompletos.
> *8. Cabível a substituição da prisão preventiva da paciente pela prisão domiciliar. Liminar confirmada.*
> *9. Informação da Polícia Federal no sentido de impossibilidade de fiscalizar o cumprimento da prisão domiciliar. Necessidade de adoção de outras medidas para que seja efetivada a fiscalização.*
> *10. Juízo de primeiro grau deve providenciar adoção das medidas que entender eficazes e suficientes, com o fim de fiscalizar o cumprimento da prisão cautelar, dentre as discriminadas: a) determinação para que a paciente se apresente em juízo, semanal ou quinzenalmente; b) verificação, por oficial de justiça, da presença da paciente no local do cumprimento da prisão domiciliar (residência da paciente), a qualquer hora do dia ou da noite, em qualquer dia da semana; c) uso de tornozeleira eletrônica.* As medidas poderão ser deprecadas ao juízo da comarca em que se dá o cumprimento da prisão domiciliar, se necessário.
> 11. Ordem concedida.

Por sua vez, destaco que também não houve qualquer determinação, pelo MM. Juiz Federal Arnaldo Dordetti Junior, responsável pela regulamentação da prisão domiciliar, de inco-

municabilidade com os demais corréus, conforme se verifica através da decisão de fls. 41/42.

Diga-se que, ainda que não houvesse autorização explícita para que a paciente participasse das audiências de interrogatório dos demais réus, como de fato existe (fls. 100 e fls. 224v°/225), o seu comparecimento não teria o condão de configurar descumprimento da prisão domiciliar, uma vez que o comparecimento aos atos processuais, longe de configurar ato afrontoso à dignidade da Justiça, é sempre buscado e imposto pela legislação e decisões judiciais.

Como bem apontou o ilustre membro do *Parquet* às fls. 233/234, está incluso no direito de defesa do réu sua participação em todos os atos processuais, dentre os quais as audiências de interrogatório dos corréus, conforme se depreende do seguinte julgado do STF:

> "HABEAS CORPUS" - INSTRUÇÃO PROCESSUAL - RÉU PRESO - PRETENDIDO COMPARECIMENTO À AUDIÊNCIA PENAL - PLEITO RECUSADO - REQUISIÇÃO JUDICIAL NEGADA SOB FUNDAMENTO DA PERICULOSIDADE DO ACUSADO - INADMISSIBILIDADE - A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PLENITUDE DE DEFESA: UMA DAS PROJEÇÕES CONCRETIZADORAS DA CLÁUSULA DO "DUE PROCESS OF LAW" - CARÁTER GLOBAL E ABRANGENTE DA FUNÇÃO DEFENSIVA: DEFESA TÉCNICA E AUTODEFESA (DIREITO DE AUDIÊNCIA E DIREITO DE PRESENÇA) - PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS/ONU (ARTIGO 14, N. 3, "D") E CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS/OEA (ARTIGO 8º, § 2º, "D" E "F") - DEVER DO ESTADO DE ASSEGURAR, AO RÉU PRESO, O EXERCÍCIO DESSA PRERROGATIVA ESSENCIAL, ESPECIALMENTE A DE COMPARECER À AUDIÊNCIA DE INQUIRIÇÃO DAS TESTEMUNHAS, AINDA MAIS QUANDO ARROLADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - RAZÕES DE CONVENIÊNCIA ADMINISTRATIVA OU GOVERNAMENTAL NÃO PODEM LEGITIMAR O DESRESPEITO NEM COMPROMETER A EFICÁCIA E A OBSERVÂNCIA DESSA FRANQUIA CONSTITUCIONAL - NULIDADE PROCESSUAL ABSOLUTA - AFASTAMENTO, EM CARÁTER EXCEPCIONAL, NO CASO CONCRETO, DA INCIDÊNCIA DA SÚMULA 691/STF - "HABEAS CORPUS" CONCEDIDO DE OFÍCIO.
> - *O acusado, embora preso, tem o direito de comparecer, de assistir e de presenciar, sob pena de nulidade absoluta, os atos processuais, notadamente aqueles que se produzem na fase de instrução do processo penal, que se realiza, sempre, sob a égide do contraditório.* São irrelevantes, para esse efeito, as alegações do Poder Público concernentes à dificuldade ou inconveniência de proceder à remoção de acusados presos a outros pontos do Estado ou do País, eis que razões de mera conveniência administrativa não têm - nem podem ter - precedência sobre as inafastáveis exigências de cumprimento e respeito ao que determina a Constituição. Doutrina. Jurisprudência.
> - *O direito de audiência, de um lado, e o direito de presença do réu, de outro, esteja ele preso ou não, traduzem prerrogativas jurídicas essenciais que derivam da garantia constitucional do "due process of law" e que asseguram, por isso mesmo, ao acusado, o direito de comparecer aos atos processuais a serem realizados perante o juízo processante, ainda que situado este em local diverso daquele em que esteja custodiado o réu.* Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos/ONU (Artigo 14, n. 3, "d") e Convenção Americana de Direitos Humanos/OEA (Artigo 8º, § 2º, "d" e "f").
> - Essa prerrogativa processual reveste-se de caráter fundamental, pois compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal, mesmo que se trate de réu processado por suposta prática de crimes hediondos ou de delitos a estes equiparados. Precedentes.
> (HC 86634, CELSO DE MELLO, STF.)

Por outro lado, em relação à questão da incomunicabilidade, sobre não ter havido deter-

minação nesse sentido, a paciente já tinha sido interrogada e, portanto, não havia óbice a que presenciasse o interrogatório dos demais réus, em exercício da autodefesa.

Logo, arbitrária a decisão e mesmo afrontosa à decisão anterior deste E. Tribunal.

Ante o exposto, CONCEDO A ORDEM DE *HABEAS CORPUS* para revogar a prisão preventiva e restabelecer a prisão domiciliar, nos exatos termos do acórdão proferido no HC nº 0011137-95.2016.4.03.0000.

É o voto.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

"HABEAS CORPUS"
0003207-89.2017.4.03.0000
(2017.03.00.003207-2)

Impetrantes: DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO E OUTROS
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Paciente: JAIRO SANTOS COSTA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
Classe do Processo: HC 71721
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/08/2017

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. HC Nº 126.292 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ESGOTAMENTO DAS VIAS ORDINÁRIAS. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. ADMISSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. O paciente foi condenado em primeiro grau de jurisdição a pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, no valor unitário de 2 (dois) salários mínimos, pela prática do delito do art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, com a substituição da pena privativa de liberdade por 2 (duas) restritivas de direitos.

2. Em sessão de 08.06.15, a 5ª Turma deste Tribunal, à unanimidade, deu parcial provimento ao recurso de apelação do paciente para reduzir a condenação para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 12 (doze) dias-multa, bem como reconhecer a inaplicabilidade do art. 387, IV, do Código de Processo Penal, mantidos os demais termos da sentença.

3. O paciente interpôs recursos especial e extraordinário, cujo desfecho se aguarda.

4. A autoridade impetrada, após manifestação do Ministério Público Federal, determinou o início da execução provisória da pena restritiva de direitos imposta ao paciente, decisão contra a qual se insurgem os impetrantes nestes autos.

5. Em Sessão Plenária, o Supremo Tribunal Federal, em 17.02.16, firmou o entendimento, segundo o qual "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal" (STF, HC nº 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17.02.16). Em regime de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal reafirmou o entendimento de que não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência (CR, art. 5º, LVII) a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário (STF, Repercussão geral em ARE nº 964.246, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 10.11.16). A 5ª Turma do TRF da 3ª Região decidiu pela expedição de carta de sentença após esgotadas as vias ordinárias (TRF da 3ª Região, ACr nº 2014.61.19.005575-3, Rel. Des. Fed. Paulo Fontes, j. 06.02.17 e TRF da 3ª Região, ED em ACr nº 2013.61.10.004043-0, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 06.02.17).

6. O Supremo Tribunal Federal proclamou a legitimidade da execução provisória da sentença penal condenatória (STF, Repercussão geral em ARE nº 964.246, Rel. Min.

Teori Zavascki, j. 10.11.16). Cumpre, portanto, dar eficácia a esse entendimento, que não faz distinção entre as penas privativa de liberdade e restritivas de direito, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ, AgRg no AREsp nº 826955, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 01.06.17; AgRg no HC nº 366460, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 20.04.17).

7. Diante do exaurimento das vias recursais ordinárias, não se verifica ilegalidade ou abuso na decisão que ordenou o início da execução das penas restritivas de direitos.

8. Ordem de *habeas corpus* denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, revogar a liminar concedida e denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de agosto de 2017.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelos Ilustres advogados, Drs. David Teixeira de Azevedo, Moroni Morgado Costa, Sandro Segnini, André Azevedo, Paulo Henrique Ramos e Reinaldo Staliano, em favor do paciente Jairo Santos Costa, contra ato do MM. Juízo Federal da 7ª Vara Criminal Federal de São Paulo (SP), com o objetivo de "sobrestamento do feito de origem, com recolhimento do mandado de prisão, até julgamento do mérito do writ. No mérito, requerem a concessão da ordem para confirmar a liminar e a suspensão do feito de origem até os julgamentos definitivos dos Recursos Especial e Extraordinário" (fls. 10/11).

Os impetrantes alegam, em síntese, o seguinte:

a) o acórdão deste E. Tribunal na Ação Penal nº 0009590-82.2008.4.03.6181, impôs ao paciente, pela prática do delito do art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, a pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, substituindo-a por penas restritivas de direitos;

b) contra o acórdão foi interposto recurso especial e extraordinário às instâncias superiores. O recurso especial foi admitido e contra a decisão que rejeitou o recurso extraordinário foi interposto agravo. Os recursos tramitam eletronicamente e encontram-se pendentes de julgamento pelas Cortes Superiores. O acórdão não transitou em julgado;

c) porém, tendo em vista o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº 126.292 e ADCs ns. 43 e 44, a autoridade coatora abriu vista ao Ministério Público Federal para que se manifestasse acerca da possibilidade de execução provisória do acórdão confirmatório da condenação;

d) O MPF manifestou-se favoravelmente e, por sua vez, a defesa requereu o sobrestamento do feito até o seu trânsito em julgado, com base no art. 147 da Lei de Execução Penal (LEP), não alcançado pelo novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme julgados recentes do Superior Tribunal de Justiça;

e) mesmo assim, a autoridade coatora indeferiu o pedido da defesa e determinou o imediato início da execução provisória da pena, com a determinação da expedição do respectivo

mandado de prisão contra o paciente, embora tenha havido a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, havendo nítido constrangimento ilegal;

f) trata-se de pena restritiva de direitos cujo efetivo cumprimento depende do trânsito em julgado da condenação por previsão expressa do art. 147 da LEP;

g) os mencionados precedentes do Supremo Tribunal Federal não declararam a inconstitucionalidade do art. 147 da LEP, estando esse dispositivo legal em pleno vigor, havendo afronta ao princípio da presunção de inocência em razão da decisão proferida pelo Juízo Federal da 7ª Vara Criminal de São Paulo (SP) que determinou a execução provisória, antes do trânsito em julgado;

h) o Superior Tribunal de Justiça não admite a aplicação do recente entendimento do Supremo Tribunal Federal a casos em que a pena privativa de liberdade seja substituída por penas restritivas de direitos. O próprio Supremo Tribunal Federal, quando admite o cumprimento provisório da pena privativa de liberdade, não o admite para as penas alternativas à prisão, conforme precedentes citados no presente *writ,* inclusive desta Corte Regional;

i) assim, em respeito ao teor do art. 147 da LEP, impõe-se o sobrestamento do processo até julgamento definitivo dos recursos interpostos às instâncias superiores (fls. 2/11).

Foram juntados documentos aos autos (fls. 12/85).

O pedido liminar foi deferido para suspender os trâmites da execução penal (fls. 87/88v.).

A autoridade impetrada prestou informações (fls. 95/97v.).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem e revogação da liminar (fls. 122/127).

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator):

Execução provisória. HC nº 126.292 do Supremo Tribunal Federal. Esgotamento das vias ordinárias. Em Sessão Plenária, o Supremo Tribunal Federal, em 17.02.16, firmou o entendimento, segundo o qual "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal" (STF, HC nº 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17.02.16). Em regime de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal reafirmou o entendimento de que não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência (CR, art. 5º, LVII) a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário (STF, Repercussão geral em ARE nº 964.246, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 10.11.16). A 5ª Turma do TRF da 3ª Região decidiu pela expedição de carta de sentença após esgotadas as vias ordinárias (TRF da 3ª Região, ACr nº 2014.61.19.005575-3, Rel. Des. Fed. Paulo Fontes, j. 06.02.17 e TRF da 3ª Região, ED em ACr nº 2013.61.10.004043-0, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 06.02.17).

Penas restritivas de direito. Execução provisória. Admissibilidade. O Supremo Tribunal Federal proclamou a legitimidade da execução provisória da sentença penal condenatória (STF, Repercussão geral em ARE nº 964.246, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 10.11.16). Cumpre, portanto, dar eficácia a esse entendimento, que não faz distinção entre as penas privativa de liberdade e restritivas de direito, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ,

AgRg no AREsp nº 826955, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 01.06.17; AgRg no HC nº 366460, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 20.04.17).

Do caso dos autos. O paciente foi condenado em primeiro grau de jurisdição a pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, no valor unitário de 2 (dois) salários mínimos, pela prática do delito do art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, com a substituição da pena privativa de liberdade por 2 (duas) restritivas de direitos. Foi fixado em R$ 100.000,00 (cem mil reais) o valor mínimo da reparação dos danos causados à coletividade, a teor do disposto no art. 387, IV do Código de Processo Penal.

Em sessão de 08.06.15, a 5ª Turma deste Tribunal, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso de apelação da defesa do acusado para reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, *d*), reduzindo-lhe a pena em 1/6 (um sexto), de forma que restou condenado a pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 12 (doze) dias-multa, bem como para reconhecer a inaplicabilidade do art. 387, IV, do Código de Processo Penal, mantidos os demais termos da sentença.

Houve a interposição de recurso especial pela defesa do paciente, o qual foi admitido pela Vice-Presidência desta Corte. Houve, também, a interposição de recurso extraordinário pela defesa do paciente, o qual foi inadmitido pela Vice-Presidência desta Corte, tendo sido interposto agravo pela defesa (cópias anexadas ao presente *writ*).

Após retorno dos autos ao Juízo de origem, o Ilustre Procurador da República, com a confirmação da condenação pelo Tribunal, manifestou-se pela expedição da guia de recolhimento provisório, com a imediata execução provisória da pena.

O Juízo *a quo,* a despeito de haver Agravo em Recurso Extraordinário pendente de julgamento, bem como Recurso Especial admitido e remetido ao Superior Tribunal de Justiça, determinou a expedição de mandado de prisão em desfavor do réu, ora paciente Jairo Santos Costa, para que seja iniciada a execução provisória do Julgado com fundamento no entendimento do Supremo Tribunal Federal que admite o início de cumprimento provisório de pena após a confirmação do decreto condenatório em grau de apelação (cópia anexada ao *writ*).

Os impetrantes sustentam o constrangimento ilegal decorrente da decisão da autoridade impetrada e postulam a suspensão da execução penal provisória diante da ausência de trânsito em julgado do decreto condenatório, pois que pendente de julgamento nesta Corte Regional o Agravo em Recurso Extraordinário não admitido, bem como pendente, ainda, o Recurso Especial nº 1558157 em trâmite no C. Superior Tribunal de Justiça.

Não há constrangimento ilegal a sanar.

Consoante o entendimento acima exposto, admite-se a execução provisória da sanção criminal após o exaurimento das vias recursais ordinárias. Ademais, os Tribunais Superiores não diferenciam a natureza da sanção, se privativa de liberdade ou restritiva de direitos, para fins de execução penal provisória, de forma que não há óbice, no presente caso, para o prosseguimento dos atos executórios contra o paciente.

Anoto que a autoridade impetrada, ao prestar as informações, esclareceu que revogou a ordem de prisão contra o paciente, em decisão de 02.06.17 (fl. 116), haja vista que a pena de reclusão restara substituída por penas restritivas de direitos.

Ante o exposto, revogo a liminar concedida e DENEGO a ordem de *habeas corpus.*

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

Direito Tributário



TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

AGRAVO EM APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0004647-77.2013.4.03.6106
(2013.61.06.004647-4)

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Agravada: R.DECISÃO DE FLS.
Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelada: EMAR IND/ E COM/ DE PLÁSTICOS LTDA.
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO
Classe do Processo: AMS 364206
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/07/2017

EMENTA

PROCESSO CIVIL - TRIBUTÁRIO - IPI - BASE DE CÁLCULO - VALOR DO FRETE - RESERVA DE PLENÁRIO.
1. A modificação da base de cálculo tributária exige lei complementar, nos termos do artigo 146, inciso III, "a", da Constituição Federal.
2. Não há violação à cláusula de reserva de plenário na aplicação, ao caso concreto, do entendimento fixado em sede de repercussão geral pelo próprio Supremo Tribunal Federal.
3. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de junho de 2017.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FÁBIO PRIETO (Relator):

Trata-se de agravo interno interposto contra decisão que negou provimento à apelação e à remessa oficial.

A União, ora agravante, argumenta que a inclusão do valor do frete, na base de cálculo do IPI, não foi analisada no julgamento do RE 567.935/SC.

Aponta violação à Súmula Vinculante nº 10, do Supremo Tribunal Federal, porque não teria sido respeitada a cláusula de reserva de plenário.

Sem resposta.

É o relatório.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FÁBIO PRIETO (Relator):

A modificação da base de cálculo tributária exige lei complementar, nos termos do artigo 146, inciso III, "a", da Constituição Federal.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no regime de que tratava o artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973:

> IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - VALORES DE DESCONTOS INCONDICIONAIS - BASE DE CÁLCULO - INCLUSÃO - ARTIGO 15 DA LEI Nº 7.798/89 - INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL - LEI COMPLEMENTAR - EXIGIBILIDADE.
> Viola o artigo 146, inciso III, alínea "a", da Carta Federal norma ordinária segundo a qual hão de ser incluídos, na base de cálculo do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, os valores relativos a descontos incondicionais concedidos quando das operações de saída de produtos, prevalecendo o disposto na alínea "a" do inciso II do artigo 47 do Código Tributário Nacional.
> (STF, RE 567935/SC, Tribunal Pleno, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-216 DIVULG 03-11-2014 PUBLIC 04-11-2014).
>
> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. *IPI. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO VALOR DO FRETE DO PRODUTO.* ARTIGO 15 DA LEI Nº 7.798/1989. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. *RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. CONTROVÉRSIA ABARCADA PELO TEMA Nº 84 DA REPERCUSÃO GERAL. RE 567.935.* AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
> (STF, RE 926064 AgR/SC, Primeira Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe-039 DIVULG 01-03-2016 PUBLIC 02-03-2016).
>
> EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário. Tributário. IPI. Base de cálculo. Valor da operação. *Inclusão do valor do frete. Impossibilidade por lei ordinária. Artigo 146, III, a, da CF.*
> *1. No julgamento do RE nº 567.935-RG*, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, a Corte firmou a orientação de que, sendo o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria a base de cálculo do imposto sobre produtos industrializados (IPI), tal como definida na alínea a do inciso II do art. 47 do Código Tributário Nacional, padece de inconstitucionalidade formal lei ordinária que, a pretexto de disciplinar a base de cálculo do tributo, extrapola as balizas quantitativas constantes do Código Tributário Nacional, por afronta ao art. 146, III, a, da CF.
> 2. Agravo regimental não provido.
> (STF, RE 567276 AgR/SC, Segunda Turma, Rel. DIAS TOFFOLI, DJe-222 DIVULG 06-11-2015 PUBLIC 09-11-2015).

Não há violação à cláusula de reserva de plenário na aplicação, ao caso concreto, do entendimento fixado em sede de repercussão geral pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

Por tais fundamentos, nego provimento ao agravo interno.

É o voto.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

APELAÇÃO CÍVEL
0006247-43.2016.4.03.6102
(2016.61.02.006247-0)

Apelantes: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL) E SUMIRE N M MAEDA - ME
Apelados: OS MESMOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA
Classe do Processo: AMS 367831
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/08/2017

EMENTA

TRIBUTÁRIO. DIREITO ADUANEIRO. CD's/DVD's, ETC., CONTENDO JOGO ELETRÔNICO PARA APARELHO DE *VIDEOGAME*. *SOFTWARE*. REGULAMENTO ADUANEIRO, ARTIGO 81, *CAPUT*. INCIDÊNCIA.
1. A decisão da Receita Federal, ao equiparar os *cd's/dvd's*, peças integrantes dos *softwares* que compõem os *videogames* em processo de importação, objetos da presente demanda, à mídia digital de música e filmes, afastando a regra insculpida no artigo 81, *caput*, do Regulamento Aduaneiro, acaba por acarretar um aumento da base de cálculo do tributo, ao arrepio da legislação de regência.
2. Com efeito, como já inclusive assinalou o I. *Parquet* em outra assentada, em que se debruçava exatamente sobre o tema trazido a exame, "(...) não cabe no caso em tela, aplicar o valor do acréscimo do valor do *software*, tendo em vista se tratar apenas de suporte físico, que permite o processamento de dados ao ser acompanhado de outros programas, não estando configurada, inclusive, a possibilidade do conceito de *software* ser integrado a uma valoração do trabalho intelectual e artístico dos programadores, conforme entendimento exarado na r. sentença" - AMS 2016.61.02.000538-3/SP.
3. Precedentes: esta E. Corte, na AMS 2016.61.02.000538-3/SP, Relator Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA, Quarta Turma, j. 07/12/2016, D.E. 24/01/2017; no Ag. Leg. em AC/REEX 2010.61.19.009253-7/SP, Relator Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO, Sexta Turma, j. 07/04/2016, D.E. 20/04/2016; no Alega. em AC/REEX 2014.61.02.006588-7/SP, Relator Desembargador Federal ANTÔNIO CEDENHO, Terceira Turma, j. 19/11/2015, D.E. 30/11/2015; e no AI 2010.03.00.024342-8/SP, Relatora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA, Quarta Turma, j. 10/03/2011, D.E. 06/04/2011; em idêntico andar, o C. STJ, no REsp 1.478.412/PR, Relatora Ministra REGINA HELENA COSTA, decisão de 18/04/2016, DJe 20/04/2016.
4. Apelação da impetrante a que se dá provimento para conceder a segurança e determinar que a autoridade impetrada se abstenha de realizar o acréscimo do valor do *software* ao do suporte físico do produto, para fins de apuração dos valores devidos no desembaraço aduaneiro, nos termos aqui explicitados.
5. Apelação da União Federal e remessa oficial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 19 de julho de 2017.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Trata-se de mandado de segurança objetivando o desembaraço de *videogames* importados, afastando-se o acréscimo do valor do *software* ao do suporte físico do produto.

O MM. Juízo *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido, concedendo a segurança relativamente às importações de *softwares* de videogame inseridos em suportes físicos que não contenham circuitos integrados, semicondutores ou similares.

Irresignadas, recorreram ambas as partes.

A impetrante, pugnando pelo reconhecimento integral do pedido.

A União Federal, por seu turno, sustentando, em apertada síntese, a legalidade do procedimento administrativo-fiscal adotado.

Com contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal, não vislumbrando interesse público a demandar a sua intervenção, opinou pelo regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

A segurança deve ser integralmente concedida.

A questão trazida aos autos, atinente ao acréscimo, efetuado pela Receita Federal, quando do despacho aduaneiro, da cobrança do valor atinente ao *software* ao do suporte físico do produto, encontra seu deslinde no Regulamento Aduaneiro, o Decreto nº 6.759, de 05/02/2009, em especial o seu artigo 81, *verbis*:

> Art. 81. O valor aduaneiro de suporte físico que contenha dados ou instruções para equipamento de processamento de dados será determinado considerando unicamente o custo ou valor do suporte propriamente dito (Acordo de Valoração Aduaneira, Artigo 18, parágrafo 1, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 30, de 1994, e promulgado pelo Decreto nº 1.355, de 1994; e Decisão 4.1 do Comitê de Valoração Aduaneira, aprovada em 12 de maio de 1995).
> § 1º Para efeitos do disposto no *caput*, o custo ou valor do suporte físico será obrigatoriamente destacado, no documento de sua aquisição, do custo ou valor dos dados ou instruções nele contidos.

§ 2º O suporte físico referido no *caput* não compreende circuitos integrados, semicondutores e dispositivos similares, ou bens que contenham esses circuitos ou dispositivos.
§ 3º Os dados ou instruções referidos no *caput* não compreendem as gravações de som, de cinema ou de vídeo.

No caso em tela busca a impetrante que ao valor das importações de *videogames* não seja agregado o valor do suporte físico dos produtos - *cd's*, *dvd's*, etc. -, nos termos da classificação fixada pela Solução de Consulta nº 472, de 08/10/2007, da Secretaria da Receita Federal, *verbis*:

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep RECEITAS DECORRENTES DA COMERCIALIAÇÃO, LICENCIAMENTO OU CESSÃO DE USO DE *SOFTWARES*. IMPORTADOS. INCIDÊNCIA NÃO-CUMULATIVA DA CONTRIBUIÇÃO. Estão sujeitas à incidência da contribuição para o PIS/Pasep calculada pela sistemática não cumulativa as receitas auferidas por empresa de serviços de informática, pessoa jurídica tributada pelo IRPJ pelo lucro real, decorrentes da comercialização, licenciamento ou cessão de direitos de uso de *softwares* importados, por força do parágrafo 2º do art. 10 da Lei nº 10.833, de 2003, c/c art. 15, inciso V, da mesma Lei, sendo irrelevante, para efeito de aplicação do disposto nesse parágrafo que a importação dos *softwares* tenha sido concretizada pela própria empresa que efetua sua comercialização, licenciamento ou cessão de uso, ou por outra pessoa, física ou jurídica. Estão sujeitas à incidência da contribuição para o PIS/Pasep calculada pela sistemática cumulativa, as receitas auferidas pelas mesmas empresas de serviços de informática, decorrentes de serviços de instalação, configuração, assessoria, consultoria, suporte técnico e manutenção ou atualização de *softwares*, prestados independentemente, mesmo que envolvendo *softwares* importados pela própria empresa prestadora dos serviços ou por terceiros, por força do disposto no inciso XXV do art. 10 da Lei nº 10.833, de 2003, c/c art. 15, inciso V, da mesma lei, não se aplicando nessa hipótese a restrição do parágrafo 2ºde seu art. 10. Todavia, se os serviços de instalação, configuração, assessoria, consultoria, suporte técnico e manutenção ou atualização forem prestados como parte necessária, integrante e indissociável do contrato de venda, licenciamento ou cessão de uso de *softwares* importados, estando seu valor incluído no preço cobrado pelo respectivo *software*, seu licenciamento ou cessão de uso, sem serem faturados isoladamente, então serão tributados pela sistemática não cumulativa, conforme o parágrafo 2º do art. 10 da Lei nº 10.833. Dispositivos Legais: Lei nº 10.833, de 2003, art. 10, inciso XXV e § 2º, incluídos pela Lei nº 11.051, de 2004, art. 15, inciso V, da Lei nº 10.833, de 2002; Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 31, inciso I e II; Decreto nº 4.543, de 2002, art. 103, incisos I e II; IN SRF nº560, de 2005, e alterações, art. 4º, incisos I, II e IV. Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins RECEITAS DECORRENTES DA COMERCIALIAÇÃO, LICENCIAMENTO OU CESSÃO DE USO DE *SOFTWARES*. IMPORTADOS. INCIDÊNCIA NÃO-CUMULATIVA DA CONTRIBUIÇÃO. Estão sujeitas à incidência Cofins calculada pela sistemática não cumulativa as receitas auferidas por empresa de serviços de informática, pessoa jurídica tributada pelo IRPJ pelo lucro real, decorrentes da comercialização, licenciamento ou cessão de direitos de uso de *softwares* importados, por força do parágrafo 2º do art. 10 da Lei nº 10.833, de 2003, sendo irrelevante, para efeito de aplicação do disposto nesse parágrafo, que a importação dos *softwares* tenha sido concretizada pela própria empresa que efetua sua comercialização, licenciamento ou cessão de uso, ou por outra pessoa, física ou jurídica. Estão sujeitas à incidência da Cofins calculada pela sistemática cumulativa, as receitas auferidas pelas mesmas empresas de serviços de informática, decorrentes de serviços de instalação, configuração, assessoria, consultoria, suporte técnico e manutenção ou atualização de *softwares*, prestados independentemente, mesmo que envolvendo *softwares* importados pela própria empresa prestadora dos serviços ou por terceiros, por força do disposto no inciso XXV do art. 10 da Lei nº10. 833, de 2003, c/c art. 15, inciso V, da mesma lei, não se aplicando nessa hipótese a restrição do parágrafo 2º de

> seu art. 10. Todavia, se os serviços de instalação, configuração, assessoria, consultoria, suporte técnico e manutenção ou atualização forem prestados como parte necessária, integrante e indissociável do contrato de venda, licenciamento ou cessão de uso de *softwares* importados, estando seu valor incluído no preço cobrado pelo respectivo *software*, seu licenciamento ou cessão de uso, sem serem faturados isoladamente, então serão tributados pela sistemática não cumulativa, conforme o parágrafo 2º do art. 10 da Lei nº 10.833. Dispositivos Legais: Lei nº 10.833, de 2003, art. 10, inciso XXV e § 2º, incluídos pela Lei nº 11.051, de 2004; Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 31, inciso I e II; Decreto nº 4.543, de 2002, art. 103, incisos I e II; IN SRF nº 560, de 2005, e alterações, art. 4º, incisos I, II e IV.

Com efeito, como já inclusive assinalou o I. *Parquet* em outra assentada, em que se debruçava exatamente sobre o tema trazido a exame, "(...) não cabe no caso em tela, aplicar o valor do acréscimo do valor do *software*, tendo em vista se tratar apenas de suporte físico, que permite o processamento de dados ao ser acompanhado de outros programas, não estando configurada, inclusive, a possibilidade do conceito de *software* ser integrado a uma valoração do trabalho intelectual e artístico dos programadores, conforme entendimento exarado na r. sentença" - AMS 2016.61.02.000538-3/SP.

Destarte, a decisão da Receita Federal, ao equiparar os *cd's/dvd's*, etc., peças integrantes dos *softwares* que compõem os *videogames* em processo de importação, objetos da presente demanda, à mídia digital de música e filmes, afastando a regra insculpida no referido artigo 81, *caput*, do Regulamento Aduaneiro, acaba por acarretar um aumento da base de cálculo do tributo, ao arrepio da legislação de regência.

Nesse exato sentido, aliás, colho os seguintes arestos, *verbis*:

> TRIBUTÁRIO. DIREITO ADUANEIRO. CD's/DVD's CONTENDO JOGO ELETRÔNICO PARA APARELHO DE VIDEOGAME. *SOFTWARE*. REGULAMENTO ADUANEIRO, ARTIGO 81, *CAPUT*. INCIDÊNCIA.
> 1. A decisão da Receita Federal, ao equiparar os cd's/dvd's, peças integrantes dos *softwares* que compõem os videogames em processo de importação, objetos da presente demanda, à mídia digital de música e filmes, afastando a regra insculpida no artigo 81, *caput*, do Regulamento Aduaneiro, acaba por acarretar um aumento da base de cálculo do tributo, ao arrepio da legislação de regência.
> 2. Como bem pontuou o I. Parquet, em seu parecer de fls. 108 e ss. do presente writ, "(...) não cabe no caso em tela, aplicar o valor do acréscimo do valor do *software*, tendo em vista se tratar apenas de suporte físico, que permite o processamento de dados ao ser acompanhado de outros programas, não estando configurada, inclusive, a possibilidade do conceito de *software* ser integrado a uma valoração do trabalho intelectual e artístico dos programadores, conforme entendimento exarado na r. sentença".
> 3. Precedentes: esta E. Corte, no Ag.Leg. em AC/REEX 2010.61.19.009253-7/SP, Relator Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO, Sexta Turma, j. 07/04/2016, D.E. 20/04/2016; no Ag.Leg. em AC/REEX 2014.61.02.006588-7/SP, Relator Desembargador Federal ANTÔNIO CEDENHO, Terceira Turma, j. 19/11/2015, D.E. 30/11/2015; e no AI 2010.03.00.024342-8/SP, Relatora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA, Quarta Turma, j. 10/03/2011, D.E. 06/04/2011; em idêntico andar, o C. STJ, no REsp 1.478.412/PR, Relatora Ministra REGINA HELENA COSTA, decisão de 18/04/2016, DJe 20/04/2016.
> 4. Apelação a que se dá provimento para conceder a segurança e determinar que a autoridade impetrada se abstenha de realizar o acréscimo do valor do *software* ao do suporte físico do produto, nos termos aqui explicitados.
> (AMS 2016.61.02.000538-3/SP, Relator Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA, Quarta Turma, j. 07/12/2016, D.E. 24/01/2017)

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. *REFORMATIO IN PEJUS*. RECONHECIDO. INCIDÊNCIA DO ART. 81 DO DECRETO 6.759/09 À MÍDIA DE VIDEO GAME. CONFIGURAÇÃO COMO *SOFTWARE*. AGRAVO LEGAL PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM SEUS TERMOS.
1. Como a impetrante não se insurgiu quanto à necessidade de pagamento dos tributos devidos referentes as mídias de videogame então retidas e posteriormente consideradas abandonadas, não cabe discuti-la em sede recursal, não obstante posicionamento balizado pelo STJ pelo ilegalidade do próprio ato de retenção tendo por objeto meramente a reclassificação fiscal.
2. Restringindo o objeto recursal ao enquadramento da mídia de videogame para fins da incidência do art. 81 do Decreto 6.759/09, mister reconhece-la como *software*, já que se amolda ao conceito previsto no art. 1º da Lei 9.609/98.
3. A tese de que a finalidade da mídia como entretenimento afastaria a aplicação do art. 81 deve ser refutada. Do cotejo das duas normas aventadas, conclui-se não haver qualquer restrição quanto à finalidade do *software*, seja para sua definição ou para a abrangência da delimitação de sua base de cálculo como o custo do suporte físico, não cabendo à Administração, sponte sua, restringir uma determinação legal.
4. A especificidade de classificação presente na NCM (950410) não abala o argumento, visto ter por finalidade a uniformização das categorias aduaneiras utilizadas pelos membros do MERCOSUL, em nada interferindo na legislação interna quanto ao cálculo da incidência de tributos internos.
5. O fato da mídia do videogame conter imagens, vídeos e som não implica na aplicação do § 3º do referido art., claramente destinado a mídias com capacidade restrita à reprodução daquelas informações, como DVD's de filmes, shows, etc.
6. Agravo legal parcialmente provido. Sentença mantida em seus termos.
(Ag.Leg. em AC/REEX 2010.61.19.009253-7/SP, Relator Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO, Sexta Turma, j. 07/04/2016, D.E. 20/04/2016)

PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LIBERAÇÃO DE MERCADORIA. *SOFTWARE*. DVD DE JOGO.
I - Observa-se que o artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, trouxe inovações ao sistema recursal, com a finalidade de permitir maior celeridade à tramitação dos feitos, vindo a autorizar o relator, por mera decisão monocrática, a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. Da mesma forma, o parágrafo 1º-A do referido artigo prevê que o relator poderá dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. Justificada, portanto, a decisão solitária deste Relator.
II - Os jogos de vídeo devem ser classificados como *softwares*, de acordo com a leitura do artigo 81 do regulamento aduaneiro cumulado com o artigo 1º da Lei nº 9.609/98. A divergência quanto à classificação fiscal não justifica a retenção da mercadoria.
III - Agravo legal não provido.
(Ag.Leg. em AC/REEX 2014.61.02.006588-7/SP, Relator Desembargador Federal ANTÔNIO CEDENHO, Terceira Turma, j. 19/11/2015, D.E. 30/11/2015)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - LIBERAÇÃO DE MERCADORIA - *SOFTWARE* - DVD DE JOGO.
1 - Os jogos de vídeo devem ser classificados como *softwares*, de acordo com a leitura do artigo 81 do Regulamento Aduaneiro cumulado com o artigo 1º da Lei nº 9.609/98.
2- A agravada realizou, com a anuência da Receita Federal (conforme cópias de consultas administrativas anexadas), várias importações com fundamento no artigo 81, do Regulamento

Aduaneiro, sendo certo que apenas depois a autoridade fiscal, com base em uma Solução de Consulta realizada para um terceiro, determinou o afastamento do mencionado artigo para o presente caso.
3 - É incontroverso que os DVDs de jogos não são meras gravações de som, cinema e vídeo, mas *softwares*, nem suportes com circuitos integrados, semicondutores e dispositivos análogos, mas suportes para leitura óptica, como se extrai das referidas soluções de consulta ns. 177/07 e 178/07, fls. 566 e 567.
4 - O art. 1º da Lei nº 9.609/98 não estabeleceu restrição alguma quanto aos fins do programa, não cabendo à autoridade fazê-lo.
5 - Agravo de instrumento desprovido.
(AI 2010.03.00.024342-8/SP, Relatora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA, Quarta Turma, j. 10/03/2011, D.E. 06/04/2011)

Em idêntico andar, REsp 1.478.412/PR, Relatora Ministra REGINA HELENA COSTA, decisão de 18/04/2016, DJe 20/04/2016.

Ante o exposto, dou provimento à apelação da impetrante para conceder a segurança e determinar que a autoridade impetrada se abstenha de realizar o acréscimo do valor do *software* ao do suporte físico do produto, para fins de apuração dos valores devidos no desembaraço aduaneiro, nos termos aqui explicitados, e nego provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

Sentenças



AÇÃO PENAL
0010538-58.2008.4.03.6105

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Réus: ANTÔNIO LUIZ VIEIRA LOYOLA E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA CRIMINAL DE CAMPINAS - SP
Juíza Federal: VALDIRENE RIBEIRO DE SOUZA FALCÃO
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/07/2017

1. Relatório

ANTÔNIO LUIZ VIEIRA LOYOLA, MARIA ALBA ANDERE DE BRITO LOYOLA, ANA CAROLINA DE BRITO LOYOLA, MARIA APARECIDA VIEIRA LOYOLA, YARA FORNARI LANGE e JOSÉ CARLOS DE FIGUEIREDO COIMBRA, qualificados nos autos, foram denunciados pelo Ministério Público Federal, como incursos nas penas do artigo 334, *caput*, § 1º, alínea "d", § 3º (com redação anterior à dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014), e artigo 288, todos do Código Penal. Não foram arroladas testemunhas pela acusação.

Narra a exordial acusatória (fls. 883/908):

> ANTONIO LUIZ VIEÍRA LOYOLA, sua esposa MARIA ALBA ANDERE DE BRITO LOYOLA e a filha do casal ANA CAROLINA DE BRITO LOYOLA, na condição de efetivos administradores das empresas ANA CAROLINA DE BRITO LOYOLA EPP (nome de fantasia ALBA LOYOLA), (...) LOYOLA & LOYOLA AMOREIRAS SERVIÇOS LTDA, (...) ZIZI REZENDE MODAS E ACESSÓRIOS LIDA - ME (de 2003 a 2005) (...); e seus cúmplices MARIA APARECIDA VIEIRA LOYOLA (DADÁ), irmã do denunciado, assim como os "sacoleiros" YARA FORNARI LANGE e JOSÉ CARLOS DE FIGUEIREDO; com consciência e vontade, associaram-se de forma constante, perene, intencional e articulada para a composição de um esquema criminoso com divisão clara de atribuições hierarquia dentro da quadrilha cujo objetivo era viabilizar e manter um sistema fraudulento de importações de roupas finas importadas para o abastecimento da loja ALBA LOYOLA iludindo, no todo e em parte, os tributos devidos pela entrada dessas mercadorias em território nacional.
> Os produtos vendidos nesta loja eram adquiridos nos Estados Unidos, precisamente em Nova Iorque, pessoalmente pelos denunciados MARIA ALBA, ANA CAROLINA, MARIA APARECIDA (DADÁ), YARA FORNARI e JOSÉ CARLOS; que para lá viajaram, por diversas vezes (em ocasiões cujas datas não é possível precisar, mas que repetiam-se periodicamente, mês a mês), com o fim principal de comprar roupas e artigos femininos para revenda. As mercadorias, em sua totalidade, foram introduzidas em território nacional irregularmente, sem quaisquer registros ou pagamento integral de tributos.
> Com efeito, pelos diálogos interceptados, notadamente os que envolvem ANTÔNIO LUIZ, constata-se que o faturamento mensal da quadrilha supera a quantia de R$ 200.000,00 (vede fls. 26 a 29 do Apenso 1, encarte da Operação DEJA-VU), demonstrando como alguns dos denunciados estão obtendo extraordinário lucro com a prática dos delitos que lhes são imputados.
> Importa destacar que a análise pericial foi realizada com base em informações repassadas pela Receita Federal. Vejamos os resultados caso a caso:
> 2.1. ANTÔNIO LUIZ VIEIRA LOYOLA
> Participou ativamente das condutas ilícitas da quadrilha, como seu mentor intelectual. Deve ser tomado como um elemento de alta periculosidade, em vista do enorme potencial delitivo de que o denunciado é capaz, considerando que este se gaba de ter "marcado audiência com o Ministro do STF para resolver a situação" e de "se for preciso, gasto 1 milhão" (vide índice

7991824, fl. 24, 22 e 23 do Apenso 1, encarte da Operação DEJA-VU). Através das conversas telefônicas interceptadas pela Polícia Federal, é clara a sua preocupação com os lucros diários da loja, chegando mesmo a inquirir a sua esposa sobre o faturamento da loja, enquanto esta se encontrava custodiada, frise-se no interior da penitenciária na qual foi mantida, pouco indagando acerca da sua situação processual (vide índice 7320506, fls. 25 e 26 do Apenso I, encarte da Operação DEJA-VU). Ele orquestrou detalhadamente todo o esquema ilegal, inclusive chegando a orientar sua filha a desembarcar com "uma mala só e outra de mão, para não dar bandeira". Infere-se dos Autos que é através dele que a quadrilha mantém contatos no Aeroporto de Guarulhos que os auxiliam, de alguma forma, no desembaraço das bagagens, em especial para evitar que as mercadorias descaminhadas sejam apreendidas (índices nºs 7221361, 7951851 e 7951958, fls. 10, 22 e 23 do Apenso I, encarte da Operação DEJA-VU).
(...)
2.2. MARIA ALBA ANDERE DE BRITO LOYOLA
Atuava como gerente da loja ALBA LOYOLA, trazia produtos de forma ilícita do exterior, e estava também encarregada do alistamento de novos "sacoleiros" para a organização criminosa criada e administrada pelo seu cônjuge ANTÔNIO LUIZ. A denunciada foi presa no Aeroporto Internacional de Guarulhos em abril de 2007 na posse várias mercadorias descaminhadas de Nova Iorque, que seriam revendidas em sua loja. Em anexo ao relatório da inteligência (Apenso I, encarte da Operação DEJA-VU), sabe-se que levava consigo listas de encomendas no momento em que foi presa, tendo em vista o diálogo travado com seu consorte, a quem informou que "botei (a lista) dentro da minha calcinha e pedi para ir ao banheiro (...) a agente foi comigo no banheiro (...) eu tirei da calminha, botei na privada e dei descarga (...) era uma lista da relação de roupas." (índice n' 7320506, fls. 25 e 26 do Apenso I, encarte da Operação DEJA-VU). Mesmo depois do incidente, continuou atuando na venda de mercadorias descaminhadas, auferindo significativo lucro com a atividade ilícita.
(...)
2.3. ANA CAROLINA LOYOLA
É a proprietária de fachada do estabelecimento comercial e auxilia a mãe, diariamente, na gerência dos negócios criminosos da família.
2.4. MARIA APARECIDA VIEIRA LOYOLA (DADÁ)
É Irmã de ANTÕNIO LUIZ VIEIRA LOYOLA. Acompanhou seu irmão em viagem a Nova lorque com o claro intuito de abastecer seu comércio, sem efetuar o recolhimento dos impostos de importação. Em diálogos com MARIA ALBA e ANTÔNIO LUIZ, ela deixou bem claro que comprou mercadorias com o intuito de comercializá-las chegando a comentar sobre valores e os lucros obtidos (índices nºs 7239424, 7320506, fl. 11 do Apenso I, encarte da Operação DEJA-VU). Apesar de não ser alvo direto da investigação, o Ministério Público Federal entende que, pelos valores que ela comenta de suas vendas, a denunciada também está associada com a quadrilha para o cometimento do crime de descaminho.
(...)
2.5. YARA FORNARI LANGE
Atuou no ramo da compra e venda de roupas de luxo para lojas de várias cidades brasileiras. Nas conversas gravadas, ficou claro que Yara utilizou, por diversas vezes, o eixo RJ-NY para fazer suas compras (índices nºs 7358157, fl. 12 do Apenso I, encarte da Operação DEJA-VU).
(...)
2.6. JOSÉ CARLOS DE FIGUEIREDO COIMBRA
Também atuou na compra e revenda de mercadorias descaminhadas originadas dos Estados Unidos da América (índices nºs 8384580, fl. 16 do Apenso I, encarte da Operação DEJA-VU). Com relação ao acusado, não restam dúvidas ao *Parquet* de que ele distribui mercadorias de origem estrangeira sem o recolhimento dos impostos em várias cidades do País.
(...)
4. DA IMPUTAÇÃO PENAL

> Ao associaram-se com consciência e vontade e de forma constante, perene e articulada, para a prática de um esquema criminoso com divisão clara de atribuições e hierarquia dentro da quadrilha, cujo objetivo era viabilizar e manter um sistema fraudulento de importações de roupas finas importadas para o abastecimento da loja ALBA LOYOLA, iludindo, no todo e em parte, os tributos devidos pela entrada dessas mercadorias em território nacional e tendo pleno conhecimento de que se tratava da atividade ilícita de DESCAMINHO; os acusados ANTÔNIO LUIZ VIEIRA LOYOLA, MARIA ALBA ANDERE DE BRITO LOYOLA e ANA CAROLINA DE BRITO LOYOLA, MARIA APARECIDA VIEIRA LOYOLA, YARA FORNARI LANGE e JOSÉ CARLOS DE FIGUEIREDO incidiram nas práticas criminosas previstas nos artigos 334, "caput", § 1º, alínea "d", no § 3º, c/c 71, e 288, todos do Código Penal (...)
> A quantificação das condutas deve se dar da seguinte forma:
> 1) No crime de descaminho inscrito no *caput* do artigo 334 do Código Penal, incidem ANTÔNIO LUIZ VIEIRA LOYOLA, MARIA ALBA ANDERE DE BRITO LOYOLA, ANA CAROLINA DE BRITO LOYOLA, MARIA APARECIDA VIEIRA LOYOLA, YARA FORNARI LANGE e JOSÉ CARLOS DE FIGUEIREDO em relação às mercadorias apreendidas quando da prisão em flagrante delito da matriarca da família no Aeroporto de Guarulhos em 26 de abril de 2007. Também incidem todos os denunciados na modalidade à qual versa o § 1º, alínea "d", do mesmo artigo, em relação aos 250 quilos, aproximadamente, de mercadorias apreendidas sem as devidas notas fiscais na loja ALBA LOYOLA (Auto Circunstanciado de Busca e Apreensão de folhas 17 a 20) e no escritório de ANTÔNIO LUIZ localizado na Agência de Correios franqueada à família LOYOLA, com endereço na Avenida das Amoreiras nº 1.919 (Auto de Apreensão de folhas 47 a 50 e Laudo Mercadológico de folhas 745 a 797) e cuja avaliação de preços revela o montante de R$ 326.320,00.

A denúncia foi aditada para inclusão de DANIEL DE BRITO LOYOLA no polo passivo (fls. 918/921) e foi parcialmente recebida em 16/08/2012, para os acusados ANTÔNIO LUIZ VIEIRA LOYOLA, MARIA ALBA ANDERE DE BRITO LOYOLA, YARA FORNARI LANGE e JOSÉ CARLOS DE FIGUEIREDO COIMBRA, tendo o Juízo a rejeitado com relação às pessoas de DANIEL DE BRITO LOYOLA, ANA CAROLINA DE BRITO LOYOLA e MARIA APARECIDA VIEIRA LOYOLA (fls. 923/927). Na mesma oportunidade, determinou-se o sequestro de bens dos denunciados, medida essa que foi posteriormente desmembrada em autos apartados e distribuída por dependência ao presente feito sob nº 0010884-67.2012.403.6105 (fl. 929).

O Ministério Público Federal interpôs Recurso em Sentido Estrito em face da decisão que rejeitou a denúncia em face de ANA CAROLINA DE BRITO LOYOLA (fls. 930/937).

Às fls. 979/980, consta decisão que julgou improcedente Exceção de Incompetência interposta pela defesa de ANA CAROLINA DE BRITO LOYOLA.

Os réus ANTÔNIO LUIZ VIEIRA LOYOLA e MARIA ALBA ANDERE DE BRITO LOYOLA foram citados (fl. 988) e ofereceram resposta escrita à acusação (fls. 991/993). Postergaram a manifestação sobre o mérito da ação penal para momento oportuno e arrolaram 07 (sete) testemunhas de defesa.

YARA FORNARI LANGE foi citada (fl. 1130) e apresentou resposta à acusação às fls. 1008/1009. Não se manifestou sobre o mérito e arrolou 03 (três) testemunhas.

Por decisão do E. TRF da 3ª Região no bojo do Recurso em Sentido Estrito interposto pelo MPF, a denúncia foi recebida com relação à ANA CAROLINA DE BRITO LOYOLA (fls. 1086/1093).

ANA CAROLINA DE BRITO LOYOLA foi citada à fl. 1136 (com hora certa) e à fl. 1163 (pessoalmente), tendo apresentado resposta escrita às fls. 1145/1150. Em suma, pediu a expedição de ofícios à Receita Federal de Campinas e à Alfândega do Aeroporto Internacional de

Viracopos, visando informações sobre constituição de procedimento fiscal em face dos réus e das respectivas empresas. Arrolou uma testemunha de defesa.

Noticiado o óbito do réu JOSÉ CARLOS DE FIGUEIREDO COIMBRA (certidão à fl. 1157), a sentença de fls. 1164/1165 declarou extinta a sua punibilidade.

Não sobrevindo aos autos hipóteses de absolvição sumária, determinou-se o regular prosseguimento do feito, com determinação de expedição de cartas precatórias para oitiva das testemunhas de defesa residentes fora da sede do Juízo (fls. 1268/1273).

As testemunhas de defesa foram ouvidas por diversas cartas precatórias e seus depoimentos encontram-se gravados nas mídias digitais de fls. 1358, 1394/1395, 1440, 1449 e 1642.

Em audiência realizada no dia 14/09/2016, foram ouvidas as testemunhas de defesa residentes na sede do Juízo (exceto Giuliana de Cássia Barbieri Nogueira, cuja desistência foi pedida e homologada pelo Juízo – fl. 1726), bem como procedido aos interrogatórios dos réus. Os depoimentos encontram-se gravados na mídia digital de fl. 1728.

Na fase do artigo 402 do CPP, o MPF requereu a vinda dos antecedentes criminais atualizados em nome dos réus. A defesa de YARA FORNARI LANGE nada requereu. A defesa de ANTÔNIO LUIZ VIEIRA LOYOLA, MARIA ALBA ANDERE DE BRITO LOYOLA e ANA CAROLINA DE BRITO LOYOLA requereu a transcrição de todos os diálogos mencionados na exordial acusatória; a realização de uma lista com a identificação exata de todos os itens apreendidos no dia 30/10/2008, especificando se não a origem, ao menos a marca de cada um deles; a juntada de declaração escrita da testemunha Giuliana de Cássia Barbieri Nogueira; expedição de ofício ao Banco Central do Brasil para que informe a cotação do dólar na data dos fatos; expedição de ofício à autoridade policial que realizou o laudo merceológico, a fim de saber qual o valor da moeda americana utilizada e qual a razão da escolha.

Após manifestação do MPF (fls. 1730/1733), o Juízo deferiu apenas a juntada da declaração escrita da testemunha Giuliana de Cássia Barbieri Nogueira (que se encontra às fls. 1739/1740). Os demais pedidos foram indeferidos pelos fundamentos constantes da decisão de fls. 1734/1735.

Em sede de memoriais, a acusação reiterou os termos da denúncia e requereu a condenação dos réus. Teceu considerações sobre a dosimetria da pena (fls. 1751/1765).

Em memoriais, a defesa de YARA FORNARI LANGE pediu a absolvição da ré (fls. 1767/1794). Preliminarmente, aduziu o seguinte: a) pediu a transcrição integral dos diálogos, pois a inserção de opinião pessoal de policiais federais na prova a macularia, com reabertura de prazo para memoriais; b) cerceamento de defesa, em virtude da negativa do Juízo em substituir a testemunha Silvia Mendes Caquetti, com pedido para sua oitiva e devolução do prazo para memoriais. Quanto ao descaminho, no mérito, alegou: a) que trabalhava como comissária de bordo da Varig até sua falência em 2006; decidiu então residir em NY; prestava serviços de guia a brasileiros; ganhava comissão das lojas onde tais brasileiros comprovam e recebia em produtos; quando vinha ao Brasil oferecia tais produtos (segundo a defesa, pessoais) a amigas; conheceu Maria Alba e Antônio Luiz no início de 2007, quando os guiou em compras no Outlet Woodbury; encontrou Maria Alba mais uma vez apenas, em São Paulo, quando Maria Alba comprou uma bolsa; b) ausência de materialidade, pois não há nenhuma mercadoria descaminhada por YARA apreendida, mas apenas áudios; c) dos diálogos mencionados pelo MPF na denúncia e nos memoriais, somente dois são travados com o corréu ANTÔNIO LUIZ, os demais são com pessoas que não têm nada a ver com a investigação e não passam de intenções, cogitações. No que tange ao delito de quadrilha ou bando, alega: a) ausência de liame subjetivo entre YARA e os demais réus, não atingindo o número mínimo de quatro

pessoas para configuração do crime de quadrilha; b) ausência de estabilidade e permanência, porquanto não houveram condutas reiteradas.

A defesa de ANA CAROLINA DE BRITO LOYOLA apresentou memoriais às fls. 1797/1829 e pediu a sua absolvição. Levantou as seguintes preliminares: a) nulidade do processo por violação ao direito de defesa, pois as decisões de quebra de sigilo telefônico e as provas delas decorrentes não foram apresentadas à defesa e não se submeteram ao contraditório; b) nulidade da denúncia em decorrência da ausência de transcrição literal das interceptações telefônicas nela expressamente referidas; c) inépcia da denúncia por ausência de indicação precisa da data dos fatos e de descrição da conduta típica; d) *bis in idem* em relação à imputação de descaminho ocorrida em 26/04/2007, fatos que foram objeto de outra ação penal e em relação aos quais já houve extinção da punibilidade. No mérito, alegou: a) ausência de prova da autoria, pois a acusada não era administradora da loja Alba Loyola, não tendo participação nos fatos imputados; b) ausência de materialidade do delito de quadrilha, uma vez que não conhecia e nem matinha contato com YARA FORNARI LANGE e JOSÉ CARLOS.

Em memoriais (fls. 1830/1875), a defesa de ANTÔNIO LUIZ VIEIRA LOYOLA pediu a sua absolvição. Levantou as seguintes preliminares: a) nulidade do processo por violação ao direito de defesa, pois as decisões de quebra de sigilo telefônico e as provas delas decorrentes não foram apresentadas à defesa e não se submeteram ao contraditório; b) nulidade da denúncia em decorrência da ausência de transcrição literal das interceptações telefônicas nela expressamente referidas; c) nulidade do interrogatório de ANTÔNIO LUIZ por ter se manifestado sobre os áudios índices nºs 7981131 e 8001310, que à época não constavam dos autos; d) inépcia da denúncia por ausência de indicação precisa da data dos fatos e de descrição da conduta típica; e) *bis in idem* em relação à imputação de descaminho ocorrida em 26/04/2007, fatos que foram objeto de outra ação penal e em relação aos quais já houve extinção da punibilidade. No mérito, alegou: a) ausência de prova da autoria, pois o acusado não era administrador da loja Alba Loyola, não tendo participação nos fatos imputados; b) ausência de materialidade do delito de quadrilha, ante a inexistência de contatos no Aeroporto Internacional de Guarulhos que visassem facilitar a internação irregular de mercadorias estrangeiras no Brasil, e ante a inexistência de movimentação financeira incompatível com os rendimentos do acusado.

Em memoriais (fls. 1876/1943), a defesa de MARIA ALBA ANDERE DE BRITO LOYOLA pediu a sua absolvição. Levantou as seguintes preliminares: a) nulidade do processo por violação ao direito de defesa, pois as decisões de quebra de sigilo telefônico e as provas delas decorrentes não foram apresentadas à defesa e não se submeteram ao contraditório; b) nulidade da denúncia em decorrência da ausência de transcrição literal das interceptações telefônicas nela expressamente referidas; c) nulidade do interrogatório de MARIA ALBA por ter se manifestado sobre os áudios índices nºs 7981131 e 8001310, que à época não constavam dos autos; d) inépcia da denúncia por ausência de indicação precisa da data dos fatos e de descrição da conduta típica; e) *bis in idem* em relação à imputação de descaminho ocorrida em 26/04/2007, fatos que foram objeto de outra ação penal e em relação aos quais já houve extinção da punibilidade. No mérito, alegou: a) a loja era abastecida com mercadorias nacionais; b) ausência de materialidade do delito de descaminho, tendo em vista que os mandados de busca e apreensão foram cumpridos de forma irregular, simultaneamente em locais distintos, na loja e no imóvel vizinho, tendo sido lavrado apenas um Auto de Apreensão, sendo que o imóvel vizinho servia como depósito particular dos denunciados e familiares, e não da loja; c) insuficiência probatória do laudo merceológico, que foi elaborado com técnicas rudimentares, método precário e subjetivo (inspeção visual, características, inscrições externas e pesquisa de preço na internet, ausência de documentos fiscais); d) o laudo não diz quais mercadorias

continham etiquetas com o nome da Loja, por isso não há provas de que as mercadorias tinham relação com a atividade comercial da Loja; e) o laudo não indicou a nacionalidade das marcas de cada mercadoria apreendida, sendo que a maioria dos produtos foram fabricados na China, o que não quer dizer que foram descaminhados; f) não houve solicitação por parte dos agentes federais dos respectivos documentos fiscais; g) apresenta nota fiscal de alguns itens (33, 52, 61 e 67 do Laudo); h) o laudo não considerou se as mercadorias eram autênticas ou não, o que implica na impossibilidade de aferir o valor correto dos tributos devidos; i) o laudo utilizou a cotação do dólar da data de sua elaboração e estabeleceu os valores dos bens para 08/02/2012, e não para a data da apreensão, que se deu em 30/08/2008; j) falta materialidade ao crime de quadrilha, ante a ausência de associação estável entre mais de três pessoas; k) inexistência de contatos no Aeroporto Internacional de Guarulhos que visassem facilitar a internação irregular de mercadorias estrangeiras no Brasil e; l) inexistência de movimentação financeira incompatível com os rendimentos da acusada. Por final, teceu considerações sobre a pena, mormente sobre a causa de aumento prevista § 3º do artigo 334, que somente se aplicaria em caso de transporte aéreo clandestino.

Antecedentes criminais em apenso próprio.

É o relatório.

Fundamento e decido.

2. Fundamentação

Os delitos imputados aos réus encontram-se tipificados no artigo 334, *caput,* § 1º, alínea "d" e § 3º (com redação anterior à dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014), e artigo 288 (com redação anterior à dada pela Lei 12.850, de 02/08/2013), todos do Código Penal, *verbis*:

> *Contrabando ou descaminho*
> Art. 334 Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria:
> Pena - reclusão, de um a quatro anos.
> § 1º - Incorre na mesma pena quem: (Redação dada pela Lei nº 4.729, de 14.7.1965)
> (...)
> d) adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal, ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos. (Incluído pela Lei nº 4.729, de 14.7.1965)
> (...)
> § 3º - A pena aplica-se em dobro, se o crime de contrabando ou descaminho é praticado em transporte aéreo. (Incluído pela Lei nº 4.729, de 14.7.1965).
>
> *Quadrilha ou bando*
> Art. 288 - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:
> Pena - reclusão, de um a três anos.

2.1 Preliminares

2.1.1 Coisa julgada – prisão de MARIA ALBA ANDERE DE BRITO LOYOLA em 26/04/2007

A denúncia, dentre outras acusações, atribuiu aos réus a prática do delito de descaminho, quando da prisão de MARIA ALBA ANDERE DE BRITO LOYOLA, em flagrante delito, no

dia 26 de abril de 2007.

Alega a defesa que tal fato já foi objeto de uma ação penal que tramitou perante a Subseção Judiciária de Guarulhos/SP, estando com a punibilidade extinta, o que configuraria *bis in idem*.

Razão assiste à defesa. Consta dos autos, que a acusada MARIA ALBA ANDERE DE BRITO LOYOLA foi denunciada na ação penal nº 0002935-23.2007.403.6119, proposta perante a 5ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Guarulhos/SP, e aceitou proposta de suspensão condicional do processo, estando sua punibilidade extinta desde 12/09/2012, por ter cumprido todas as condições do *sursis* processual que lhe foram propostas (fls. 220 e 1303/1316). Tal fato torna de rigor, neste tocante, e somente com relação a ela, MARIA ALBA, a extinção do processo sem julgamento do mérito, em observância ao instituto da coisa julgada.

2.1.2 Inépcia da denúncia

Afasto a inépcia da inicial alegada pelos acusados, porquanto a matéria já foi analisada quando do recebimento da denúncia. Ademais, verifico que se mostram preenchidos os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal, com a descrição clara dos fatos (descaminho na data da prisão de MARIA ALBA e na data do cumprimento dos mandados de busca e apreensão na loja Alba Loyola e na Agência dos Correios de propriedade de ANTÔNIO LUIZ, e quadrilha em data incerta), de modo a permitir a atuação da defesa. Tanto é assim, que foram apresentadas diversas e combativas peças no decorrer da instrução, e também ao final, em memoriais.

A ausência de data e horário das interceptações telefônicas na denúncia não configura, por si só, hipótese de cerceamento, não se vislumbrando, destarte, qualquer prejuízo à defesa, que teve franqueado acesso a tais dados (fls. 296/300). Inexistindo demonstração de prejuízo, descabe a declaração da nulidade, em prestígio ao princípio *pas de nullité sans grief* (art. 563 do Código de Processo Penal).

2.1.3 Nulidade da denúncia em decorrência da ausência de transcrição literal das interceptações telefônicas nela expressamente referidas

Tal questão já fora apreciada no decorrer da instrução, tendo o Juízo proferido a seguinte decisão:

> I - DOS ÁUDIOS INDICADOS NA DENÚNCIA DE FLS. 883/908
> No presente caso, os áudios mencionados na denúncia estão contidos na mídia de fl. 341, à exceção dos índices 7981131 e 8001310 que foram solicitados à Delegacia de Polícia Federal de Sorocaba, conforme decisão exarada à fl. 1717.
> Portanto, verifico que foi franqueado e encontra-se disponível às defesas o acesso total e irrestrito aos áudios mencionados na exordial acusatória, podendo a própria parte providenciar a transcrição integral dos diálogos, da maneira que entender cabível.
> Cabe ressaltar que, de acordo com a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, não há necessidade de degravação dos diálogos objeto da interceptação telefônica em sua integralidade.
> Nesse sentido, colaciono a seguinte jurisprudência:
> "..EMEN: PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. 1. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. 2. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. TELEFONE QUE PERTENCIA AO PACIENTE E NÃO AO INVESTIGADO. EQUÍVOCO CORRIGIDO. PARTICIPAÇÃO DO PACIENTE. DESCOBERTA INEVITÁVEL. 3. DESNECESSIDADE DE TRANSCRIÇÃO INTEGRAL. GRAVAÇÕES DISPONIBILIZADAS À DEFESA. 4. PLEITO DE PERÍCIA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE DÚVIDAS SOBRE A AUTENTICIDADE DAS MÍDIAS. 5. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. 1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e

> as Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. (...) 3. A Corte local assentou de forma expressa que foi franqueado o acesso a todas as mídias. Ademais, a alegação no sentido de que deveriam ter sido degravadas todas as conversas interceptadas, não merece prosperar pois, "de acordo com a jurisprudência consolidada deste Superior Tribunal de Justiça, não há necessidade de degravação dos diálogos objeto de interceptação telefônica em sua integralidade, visto que a Lei 9.296/96 não faz qualquer exigência nesse sentido" (AgRg no REsp 1533480/RR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 03/12/2015). 4. A autenticidade das mídias é a regra, uma vez que os agentes investigadores possuem fé pública. Dessa forma, não cabe ao Poder Público demonstrar a autenticidade das interceptações, mas sim à parte impugnar a veracidade das mídias, com fundamento em elementos concretos. Nesse contexto, não tendo os impetrante demonstrado eventual dúvida acerca da autenticidade das mídias em momento oportuno, não há se falar em disponibilização do Sistema Guardião Reader, para tal finalidade. 5. *Habeas corpus* não conhecido". ..EMEN:(HC 201304069559, REYNALDO SOARES DA FONSECA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:10/05/2016 ..DTPB:.)Grifei.
>
> Ademais, o fato de estar contido algum comentário do agente de polícia federal responsável não afasta a veracidade das transcrições apresentadas, porquanto referidos comentários podem ser prontamente identificados e isolados das conversas em questão (fls. 1734v°/1735).

Por oportuno, acrescento que tampouco gera nulidade o fato de se ter retratado o conteúdo das interceptações telefônicas com texto descritivo em terceira pessoa, e não por citação direta, visto que se trata de método de exposição de conteúdo igualmente válido, cabendo à defesa alegar e demonstrar, mediante cotejo com o conteúdo das interceptações em áudio, eventual desvirtuamento ou opiniões inseridas pelos agentes policiais, fato esse de que não se tem notícia no caso concreto. Deveras, consta dos autos, amplos, detalhados e objetivos relatórios de inteligência policial, com descrição das interceptações telefônicas e diversas outras diligências adotadas. A defesa, com acesso à íntegra das interceptações (em áudio), não contestou o conteúdo de qualquer transcrição específica, o que reforça a veracidade descritiva dos relatórios.

Resta, portanto, afastada a alegação de nulidade.

2.1.4 Nulidade do processo por ausência das decisões judiciais de quebra de sigilo telefônico e de cópia integral da respectiva ação cautelar

Quanto ao ponto, é importante tecer algumas considerações.

A Delegacia de Polícia Federal de Sorocaba/SP iniciou, no ano de 2007, um procedimento investigatório que tinha por finalidade apurar a prática de crimes contra a Administração Pública, praticados em detrimento da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT), por intermédio de uma agência franqueada aos denunciados ANTÔNIO LUIZ VIEIRA LOYOLA e MARIA ALBA ANDERE DE BRITO LOYOLA, com denominação LOYOLA & LOYOLA AMOREIRAS SERVIÇOS LTDA.

No decorrer das investigações conduzidas sob o nome de *Operação Deja-vu*, surgiram indícios da prática de descaminho de mercadorias de luxo, praticado pelos membros da família Loyola, pessoalmente, e com o auxílio de sacoleiros cooptados para este fim, para posterior revenda na loja ALBA LOYOLA, em Campinas/SP, de propriedade dos denunciados ANTÔNIO LUIZ, sua esposa MARIA ALBA, e a filha do casal, ANA CAROLINA.

Deferida a interceptação das ligações telefônicas do denunciado ANTÔNIO LUIZ, a Polícia Federal obteve informações detalhadas sobre o esquema criminoso e sobre o estabelecimento

comercial denominado ALBA LOYOLA, que as investigações confirmaram ser abastecido com produtos de luxo comprados em estabelecimentos comerciais localizados na cidade de Nova York.

A regularidade das interceptações telefônicas foi verificada no bojo dos autos 0001361-89.2007.403.6110 (Pedido de Quebra de Dados e/ou Telefônico, distribuído por dependência ao processo 0002128-30.2007.403.6110 – *Operação Deja*-vu), pelo Juízo da 1ª Vara Federal de Sorocaba, competente para apreciar a matéria, tendo sido lá submetido ao crivo do contraditório.

Quanto à alegação de que os áudios que vieram para estes autos foram "pincelados" pela Polícia Federal de modo a não refletir a verdade dos fatos, cumpre esclarecer que as escutas foram feitas no interesse das investigações em curso na Polícia Federal de Sorocaba/SP, quanto aos delitos lá investigados. Dessa forma, a maioria do material coletado não era de interesse e não se prestava a esclarecer os fatos investigados no inquérito policial que originou a presente ação penal. Tratando-se de desmembramento de autos, onde somente o material necessário à investigação desmembrada é remetida ao Juízo competente, torna-se ônus da defesa postular acesso aos autos originários (interceptação telefônica 0001361-89.2007.403.6110), e trazer provas desconstitutivas das que foram produzidas pela acusação, o que, repise-se, em nenhum momento foi postulado pela defesa.

Dessa forma, resta afastada a alegação de nulidade.

2.1.5 Nulidade dos interrogatórios de ANTÔNIO LUIZ VIEIRA LOYOLA e MARIA ALBA ANDERE DE BRITO LOYOLA. Manifestação sobre elementos probatórios que à época não constavam dos autos.

Alega a defesa nulidade dos interrogatórios dos acusados ANTÔNIO LUIZ VIEIRA LOYOLA e MARIA ALBA ANDERE DE BRITO LOYOLA, em virtude de terem respondido a questionamentos sobre o teor dos áudios índices nº 7981131 e nº 8001310, que somente aportaram aos autos em momento posterior à realização da audiência de instrução, o que teria acarretado prejuízo à ampla defesa.

Ocorre que a defesa não aponta quais seriam os prejuízos sofridos em virtude de tais questionamentos, que, em verdade, não são essenciais para o deslinde da ação. Vejamos.

Os índices telefônicos mencionados pela defesa são os seguintes:

> *Índice: 7981131*
> *LOYOLA X JULIANA*
> Juliana fala para Loyola sobre reportagem que passou na TV acerca da prisão de ALBA e confirma autenticidade da lista manuscrita com nome de clientes (com respectivas encomendas) que foi apreendida com Alba e apareceu na reportagem. Diz Juliana: ".. eles mostram as bolsas, várias bolsas, depois eles pegam esta lista que foi feita aqui na loja.. a lista que a gente fez aqui na loja, que as meninas fizeram, com a letra das meninas, que eu vi, reconheci a letra da MARA, da DARLENE, e está escrito realmente.. o nome SÔNIA SAMARA porque tem essas encomendas né.. vestidos assim, assim, assim pra Sônia Samara.. vestidos assim, assim, assim para ANTONIETA, vestidos não-sei-o-que-lá pra TASHIMINA (?).... aparece a lista". Loyola diz que não tem nada a ver. Juliana diz que recebeu ligação de uma mulher (cliente, aparentemente de nome FERNANDA) que ficou preocupada, externado inclusive a preocupação de certo deputado, ao qual não cita o nome. Este deputado teria dito a Fernanda que eles (PF?) podem ir atrás dela. Juliana diz que falou a ela que ALBA já estaria em casa e para que não se preocupasse, dizendo "você sabe como a imprensa é.. cliente não tem nada a ver com isso..".

Índice: 8001310
LOYOLA X JULIANA
Juliana diz que tirou alguma coisa da loja e se mostra bastante ofegante. Diz que já está tudo OK e que não dá para pagar por lá porque está sem internet e terá que ir ao encontro de Loyola. Fala que vai preencher cheque e que não deu para entrar "na casa do lado" pois estava sem as chaves. Diz que na saída olhou bem para ver se não tinha ninguém olhando e saiu rapidinho.

Consigne-se que "Loyola", mencionado nas transcrições acima, refere-se à pessoa de ANTÔNIO LUIZ VIEIRA LOYOLA.

Sobre tais interceptações o Juízo efetuou os seguintes questionamentos:

Magistrada: O senhor orientou a Dona Giuliana a tirar alguma coisa da casa ao lado em razão da prisão efetuada?
Antônio Luiz: Se eu fiz o que, não entendi?
Magistrada: Se o senhor orientou a Dona Giuliana retirar algum tipo de mercadoria?
Antônio Luiz: Não, eu não orientei ninguém, não. Não me lembro, se eu tive contato com ela não sei qual foi.

Magistrada: Quando a senhora chegou de viagem, a senhora estava com uma lista de clientes, é isso?
Maria Alba: Tinha uma lista sim.
Magistrada: E a senhora...
Maria Alba: Não era lista...era assim, tinha uns nomes marcados, isso eu vou falar pra senhora...
Magistrada: Com as mercadorias que a senhora deveria trazer, é isso?
Maria Alba: Não, não, eram nomes de pessoas que eu às vezes, eu marcava que haviam feito encomenda para mim, eu vou ser sincera pra senhora, eu ia, eu olhava assim uma roupa, eu falava, nossa isso aí tem cara de fulana de tal, eu vou levar, pensando nela, vou fazer um agrado, vou levar pensando nela, e a senhora sabe o quanto aquelas roupas, principalmente roupas de festa em Nova York é barata. Bijouteria eu trazia, mas eu nunca trouxe nada para abastecer a minha loja, como que eu ia abastecer uma loja do tamanho da minha loja, trazendo roupa, correndo o risco de trazer roupa pela Alfândega, de ser pega, não tem condições, eu teria que ter um contêiner, eu nunca fiz isso.
(mídia digital de fl. 1728).

Note-se que ambos os réus negaram os fatos sem maiores entraves. Das respostas dadas ao Juízo, nada se extrai de relevante capaz de trazer prejuízo aos acusados. Inexistindo demonstração de prejuízo, descabe a declaração da nulidade, em prestígio ao princípio *pas de nullité sans grief* (art. 563 do Código de Processo Penal).

Ademais, como dito no item 2.1.3 acima, não gera nulidade o fato de se ter retratado o conteúdo das interceptações telefônicas com texto descritivo em terceira pessoa, e não por citação direta, visto que se trata de método de exposição de conteúdo igualmente válido, cujo teor a defesa teve acesso, seja na denúncia (fls. 890 e 893), seja na mídia digital constante do Anexo I, encarte da *Operação Deja-vu*.

Por final, mesmo que aceita a alegação da defesa, por si só, não teria o condão de gerar a nulidade integral dos interrogatórios. Quando muito, geraria a nulidade apenas do trecho combatido, que seria desconsiderado pelo Juízo na sentença. No entanto, esse não é o caso, pois como dito acima, inexistindo demonstração de prejuízo, descabe a declaração da nulidade.

Resta afastada, pois, a alegação de nulidade dos interrogatórios dos réus.

2.1.6 Cerceamento de defesa por negativa do Juízo em substituir testemunha Carlos da Silva e por supostamente ter determinado a substituição do depoimento da testemunha Giuliana de Cássia Barbieri Nogueira por declaração escrita

Sobre a substituição da testemunha Carlos da Silva, o Juízo já se manifestou nos autos nos seguintes termos:

> Por ocasião do oferecimento da resposta à acusação a defesa da ré Yara Fornari Lange arrolou as seguintes testemunhas, conforme fls. 1008/1009: a) Clea Mara Fonseca Duarte; b) Suzana Lierman; c) Sarah Prado Barbosa.
> Para a oitiva de referidas testemunhas foram expedidas cartas precatórias para a subseção judiciária de São Paulo (oitiva das testemunhas Clea e Suzana - fl. 1286) e subseção judiciária do Rio de Janeiro (oitiva da testemunha Sarah - fl. 1291).
> À fl. 1344, referida defesa informa que as testemunhas Suzana Liermann e Carlos da Silva não compareceram à audiência no juízo deprecado (subseção judiciária de São Paulo) e que esse juízo determinou que a defesa informasse os endereços atualizados de tais testemunhas. Informa o endereço atualizado da testemunha Suzana e requer a substituição da testemunha Carlos da Silva pela testemunha Silvia Mendes Caquetti (fl. 1344). No que se refere à testemunha Suzana, este juízo deferiu o pleito defensivo e determinou a expedição de carta precatória para a comarca de Camboriú/SC para oitiva de citada testemunha e indeferiu o pedido de substituição da testemunha Carlos da Silva, haja vista que ela não foi arrolada pela defesa quando da apresentação da resposta à acusação (fl. 1401).
> A defesa da ré Yara Fornari Lange requer reconsideração da decisão que indeferiu a substituição da testemunha Carlos da Silva, alegando que esta reside atualmente no exterior e que requereu oportunamente a substituição em tela, a fim de garantir o pleno exercício defensivo (fl. 1405).
> Mantenho o indeferimento do pedido de substituição da testemunha Carlos da Silva pela testemunha Silvia Mendes Caquetti. A defesa não arrolou a testemunha Carlos da Silva quando da apresentação da resposta a acusação, o que pode ser verificado às fls. 1008/1009 dos autos, momento processual oportuno para tal, conforme artigo 396-A do Código de Processo Penal. Assim sendo, não há que se falar em substituição da testemunha e, ainda, em eventual cerceamento de defesa. Se a testemunha não foi arrolada, não há como requerer sua substituição.
> Ante o exposto INDEFIRO o pedido de reconsideração de fl. 1405.
> Aguarde-se a devolução da carta precatória expedida às fls. 1402.
> Intime-se.

Mantenho tal decisão por seus próprios fundamentos, uma vez que a testemunha Carlos da Silva não foi arrolada na resposta escrita à acusação (fls. 1008/1009), momento oportuno para tanto (artigo 396-A do Código de Processo Penal). Não tendo sido arrolada a testemunha, não cabe pedido de substituição, porquanto preclusa a prova.

Não obstante, observa-se dos autos que todas as testemunhas arroladas pela defesa da ré YARA FORNARI LANGE foram devidamente ouvidas. O depoimento de Cléa Mara Fonseca Duarte encontra-se gravado na mídia digital de fl. 1394. O de Sarah Prado Barbosa, na mídia de fl. 1395. Enquanto que o testemunho de Suzana Lierman encontra-se na mídia de fl. 1642, afastando, destarte, o alegado cerceamento de defesa.

Com relação à alegação da defesa de que o Juízo teria determinado a substituição do depoimento da testemunha Giuliana de Cássia Barbieri Nogueira por declaração escrita (fl. 1914), o que seria causa de nulidade, não merece guarida. Conforme se infere do Termo de Deliberação de fls. 1726/1727, a defesa pediu a desistência da oitiva de tal testemunha (homologada no próprio Termo) e substituição por declaração escrita, o que restou deferido pelo Juízo à fl. 1735v°.

2.2 Emendatio Libelli

Conforme dito acima, o Ministério Público Federal ofereceu denúncia capitulando a conduta de descaminho no artigo 334, § 1º, "d" e § 3º (com redação anterior à dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014), do Código Penal.

Ocorre que, além de todo o esquema criminoso (de associação criminosa para importação irregular de mercadorias pela via aérea), a denúncia narra o fato jurídico de uma apreensão de mercadorias descaminhadas, expostas à venda na loja Alba Loyola, além de outras estocadas no imóvel vizinho à própria loja, e também na sala de ANTÔNIO LUIZ VIEIRA LOYOLA, na agência dos Correios que lhe era franqueada.

Dessa forma, a tipificação que melhor se amolda à conduta é a do artigo 334, § 1º, "c" e § 3º (com redação anterior à dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014). Vejamos:

> Art. 334 Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria:
> Pena - reclusão, de um a quatro anos.
> § 1º - Incorre na mesma pena quem: (Redação dada pela Lei nº 4.729, de 14.7.1965)
> (...)
> c) vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem; (Incluído pela Lei nº 4.729, de 14.7.1965).

E sob este aspecto, devo consignar a possibilidade, à luz do artigo 383 do Código de Processo Penal, de dar definição jurídica diversa aos fatos já descritos na denúncia, mesmo que em consequência tenha que aplicar pena mais grave.

Dispõe o citado dispositivo legal:

> Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

E nas palavras de Ricardo Augusto Schmitt:

> (...) Isso ocorre, porque o réu não se defende da capitulação atribuída, mas sim dos próprios fatos descritos (narrados) na denúncia ou na queixa. É a chamada *emendatio libelli*, a qual permite ao julgador proceder à correção inicial equivocada ou até mesmo errônea da classificação legal do crime, seja o delito apurado por ação penal pública ou privada.
> Tal procedimento resulta tão somente no necessário ajuste do fato delituoso narrado à sua correta tipificação legal, podendo, com este, permanecer inalterada a pena, ou modificada para mais ou para menos, de acordo com a nova definição jurídica dada ao fato.
> Devemos, com isso, ressaltar que tal procedimento não acarreta qualquer surpresa à defesa, razão pela qual se torna desnecessária sua intervenção anterior, uma vez que se encontra baseado em fatos devidamente narrados na peça inicial acusatória, para os quais apenas se procede a devida correção de distorção quanto á capitulação legal inicial (...).[1]

1 SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória- Teoria e Prática, Pág. 667, 8ª Edição. Ed. JusPodivm.

Quanto à majorante do transporte aéreo, previa o § 3º do artigo 334 (com redação anterior à dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014):

> Art. 334 (...)
> § 3º - A pena aplica-se em dobro, se o crime de contrabando ou descaminho é praticado em transporte aéreo. (Incluído pela Lei nº 4.729, de 14.7.1965).

Como não há qualquer referência no texto legal ao tipo de transporte aéreo (se regular ou clandestino), não há que se falar em especificidades não previstas em lei, pelo que entendo aplicável a causa de aumento.

Sobre o tema, colhe-se na jurisprudência:

> *HABEAS CORPUS*. PENAL. CONTRABANDO OU DESCAMINHO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO § 3º DO ART. 334 DO CÓDIGO PENAL. TRANSPORTE AÉREO REGULAR. CABIMENTO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* DENEGADA. 1. O § 3º do art. 334 do Código Penal prevê a aplicação da pena em dobro, se "o crime de contrabando ou descaminho é praticado em transporte aéreo". A norma não contém incertezas quanto a sua abrangência. Portanto, se a lei não faz restrições quanto à espécie de voo que enseja a aplicação da majorante, não cabe ao intérprete fazê-lo, segundo o brocardo "ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus". 2. O dispositivo em análise prevê o agravamento da sanção diante da menor possibilidade de se detectar a prática ilícita pela via aérea e, por conseguinte, de reprimi-la. E, nesse sentido, é irrelevante que o transporte seja clandestino ou regular, já que, também nesta hipótese, são frequentes as práticas ilícitas que se furtam à fiscalização alfandegária. 3. Ordem de *habeas corpus* denegada (HC 201102802210, LAURITA VAZ - QUINTA TURMA, DJE DATA: 07/03/2014 ..DTPB:.).

As certidões de movimentos migratórios dos réus YARA FORNARI LANGE (fls. 237/239), ANTÔNIO LUIZ VIEIRA LOYOLA (fls. 1334/1340) e MARIA ALBA ANDERE DE BRITO LOYOLA (fls. 243/244), aliadas à prisão em flagrante delito desta última (surpreendida no desembarque do Aeroporto Internacional de Guarulhos com mercadorias descaminhadas e que deu origem à ação penal 0002935-23.2007.403.6119), corroboradas pelos diversos áudios das interceptações telefônicas (fls. 341 e 1749), a seguir transcritos, fazem prova de que as mercadorias eram internalizadas pela via aérea.

Isto posto, perante a descrição fática apresentada na inicial acusatória, somada aos demais elementos constantes dos autos, procedo a retificação da classificação legal dos crimes de descaminho para a constante do *artigo 334, § 1º, "c" e § 3º (com redação anterior à dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014), do Código Penal.*

2.3 Mérito

2.3.1 Descaminho praticado no dia 26/04/2007

A denúncia atribuiu a todos os denunciados a prática do delito de descaminho, praticado na data da prisão de MARIA ALBA ANDERE DE BRITO LOYOLA, no dia 26/04/2007, ao desembarcar no Aeroporto Internacional de Guarulhos com mercadorias supostamente descaminhadas.

No item 2.1.1 acima, reconheceu-se a extinção do processo sem julgamento do mérito, neste tocante, com relação à denunciada MARIA ALBA, em respeito ao instituto da coisa julgada. Com relação aos demais acusados, a absolvição é medida que se impõe, pois ausentes prova da materialidade e da autoria. Vejamos.

Primeiramente, não consta do processo o Auto de Apreensão e/ou Guarda Fiscal das mercadorias supostamente descaminhadas. Também não constam os respectivos Termos de Autuação da Alfândega da Receita Federal do Brasil e/ou Laudo Pericial que faça prova da materialidade delitiva.

Em segundo lugar, o Ministério Público Federal não descreveu na denúncia a participação de cada réu na conduta delitiva supostamente praticada por MARIA ALBA ANDERE DE BRITO LOYOLA no dia 26/04/2007. Nos memoriais, até fez menção aos áudios telefônicos interceptados (fl. 1753 - item III.I, letra "b"), porém não descreveu quais e de que forma tais escutas vinculariam a conduta de cada acusado à de MARIA ALBA.

Dessa forma, ausentes prova da materialidade, autoria e do necessário liame entre as condutas dos acusados, a absolvição é medida que se impõe.

2.3.2 Descaminhos praticados no dia 30/10/2008

2.3.2.1 Materialidade

Quanto aos descaminhos decorrentes do cumprimento dos mandados de busca e apreensão no dia 30/10/2008, a materialidade dos fatos encontra-se demonstrada pelos seguintes elementos probatórios: a) Autos Circunstanciados de Busca e Arrecadação de fls. 13/16, 17/20 e 43/46; b) Autos de Apreensão de fls. 22/23 e 47/50; c) Autos de Infração e Termo de Arrecadação e Guarda Fiscal nº 0817700/0811A/2008 (fls. 302/305) e nº 0817700/0812A/2008 (fls. 306-320); d) Laudo Merceológico (fls. 745-797), no qual consta o valor parcial das mercadorias apreendidas em posse dos denunciados, no montante de R$ 326.320,00 (trezentos e vinte e seis mil, trezentos e vinte reais); e) ofício 146/2014/ALF-VCP/SRRF08/RFB/MF-SP (fls. 1209/1211), datada de 19/05/2014, por meio do qual a Alfândega do Aeroporto Internacional de Viracopos informou que os tributos devidos no caso de importação regular consubstanciariam o montante de R$ 145.653,38 (cento e quarenta e cinco mil, seiscentos e cinquenta e três reais e trinta e oito centavos).

A alegação apresentada pela defesa de que os mandados de busca e apreensão foram cumpridos simultaneamente na loja Alba Loyola e no imóvel vizinho (que, segundo a defesa, servia de depósito não só para a loja, mas para objetos pessoais dos membros da família Loyola), tendo sido lavrado, inclusive, Auto único de apreensão, não socorre aos réus. De fato, uma vez apreendidas mercadorias de origem internacional, desacompanhadas da documentação fiscal, seja na loja, seja no depósito, torna-se ônus da defesa provar as alegações de que tais produtos eram pessoais e não se destinavam à venda (artigo 156 do Código de Processo Penal), o que não foi devidamente comprovado. Verifica-se, inclusive, que a defesa não soube especificar quais objetos pertenciam à família, diferentemente do Laudo Merceológico que descreveu, de forma pormenorizada, os objetos internalizados desacompanhados de documentação fiscal.

Além disso, competia à defesa provar a regular internalização de tais mercadorias, com a apresentação dos respectivos documentos fiscais, prova essa que não foi colacionada aos autos.

Por final, a própria ré MARIA ALBA ANDERE DE BRITO LOYOLA admitiu, em seu interrogatório judicial, que por estar a loja passando por reformas, havia feito grande esforço para guardar parte das mercadorias no depósito, pois o espaço físico disponível era insuficiente. Admitiu ainda haver mercadorias de origem estrangeira.

> (...) E aí, eles pediram para a minha filha para ir até a loja, que eles gostariam de ir na minha loja. A gente foi, eu não fui, eles foram na minha loja, e chegando lá...a loja era o seguinte, eu estava reformando a loja, a loja estava assim totalmente no chão, a minha loja. E como eu tinha essa casa do lado, que era uma casa velha, era um anexo, a gente queria...como eu digo

> (...) eu passei toda essa loja pra lá, numa casa que era muito velha mesma, muito antiga, cheia de cubiculosinho, que não tinha nem como eu especificar isso aqui é ali, isso...eu coloquei uma loja...não sei se a senhora conhece a minha loja, é uma loja grande, eu coloquei uma loja inteira em um espaço desse tamanho aqui, e ali eu fiquei pensando que fosse ser uma reforma rápida, não foi uma reforma rápida, foi muito enrolada, por causa de empreiteiro, essas coisas, e tudo que a gente tinha a gente colocou nesse depósito. Eu tinha depósito de móveis, da loja que passaram pra lá, coisas da minha casa, coisas muito antigas, porque eu não sei se a senhora sabe, sobre muita roupa da gente, a gente não vende cem por cento daquilo tudo que a gente compra, a gente não acerta cem por cento na venda, então tinha muita coisa guardada no depósito, inclusive, tudo misturado, roupa nacional, algumas coisas importadas, e roupa minha, roupa...depósito. Ninguém entrava ali, ali era um depósito, e, eles foram lá, olharam toda a loja, e por último eles foram até esse depósito, mas eles não fizeram assim, ah isso aqui é errado, isso aqui é importado, eles pegaram tudo que tinha ali, tudo que tinha ali, puseram dentro das caixas, não sei se era caixa, se era saco, o que que era, eu não vi, só sei que assim me contaram e eu vi que depois não tinha mais nada, levaram tudo que tinha ali. (interrogatório de MARIA ALBA ANDERE DE BRITO LOYOLA em Juízo, mídia digital de fl. 1728).

Não restam dúvidas, pois, com relação à materialidade dos delitos de descaminho praticados no dia 30 de outubro de 2008, no estabelecimento comercial denominado ALBA LOYOLA e no respectivo depósito, e também na sala pessoal de ANTÔNIO LUIZ VIEIRA LOYOLA, na Agência dos Correios que lhe era franqueada.

2.3.2.2 Autoria

2.3.2.2.1 ANA CAROLINA DE BRITO LOYOLA

Os registros telefônicos interceptados (mídias digitais de fls. 341 e 1749) evidenciaram inequivocamente que todo o esquema criminoso desbaratado servia para o abastecimento da loja ALBA LOYOLA, com mercadorias de procedência estrangeira, sem o devido recolhimento de impostos.

A mencionada pessoa jurídica se encontra registrada em nome de ANA CAROLINA DE BRITO LOYOLA. À época dos fatos, ao ser interrogada, a acusada assim se qualificou:

> 1) Qual a sua profissão? Estudante e empresária. Onde exerce suas atividades diariamente? No local acima mencionado (End. Trabalho: Rua Cel. Silva Teles, 570 – Cambuí – Campinas/SP) 2) Possui alguma sociedade empresária em seu nome? Não. Qual? É proprietária da empresa de nome fantasia ALBA LOYOLA (ANA CAROLINA DE BRITO LOYOLA EPP, CNPJ 05.758.163/0001-51) – (interrogatório de ANA CAROLINA DE BRITO LOYOLA em sede policial, fl. 80).

Ora, além da loja ser de propriedade da ré, o que, por si só, já traria indícios suficientes de que participava de sua administração, a ré ainda admite ser empresária e exercer suas atividades profissionais no referido estabelecimento.

Em Juízo, a ré procurou negar as acusações:

> Na época dos fatos eu era menina ainda, eu estudava, estava fazendo Administração de empresas e eu esporadicamente ajudava ela nos horários em que eu não estava na faculdade. Eu estudava no período da manhã. Comecei a me inteirar sobre a loja. Sempre gostei de moda e gosto mais da parte administrativa. Não tenho muito o dom de vendas. E é isso, na época eu não trabalhava lá, apenas ajudava, a única coisa que eu fazia, que eu sabia fazer, é mais da parte administrativa, era ficar no caixa, quando a menina do caixa estava em horário de almoço, ou no final da tarde quando eu passava na loja, tipo 07 horas da noite, 06 horas da

> tarde. Quem administrava a loja na época era minha mãe. (interrogatório de ANA CAROLINA DE BRITO LOYOLA em Juízo, mídia digital de fl. 1728).

No entanto, os depoimentos de seus pais, corréus na presente ação penal, não deixam margem a dúvidas quanto à participação de ANA CAROLINA na administração da loja. Vejamos:

> A razão social da loja é Ana Carolina de Brito Loyola, nome da minha filha, e o nome fantasia é o meu nome. Eu pus justamente meu nome porque todo mundo já me conhecia. (...) *A vida inteira eu administrei a loja. Eu sou uma pessoa que não sei delegar. Eu colocava gerente mas nunca dava certo, porque eu batia de frente.* Naquela época eu não me lembro o faturamento mensal da loja. Tem muita coisa escrita aí, que não bate. (...) A loja não era ruim, eu conseguia pagar minhas contas, mas eu acredito que era mais ou menos uns 70, 80, 100 mil reais mês. Não posso afirmar pra senhora, até quero deixar bem claro, se eu falar alguma besteira aqui, sabe, que a senhora não me leve...eu não sei, eu não me lembro. (...) A Giuliana me ajudava na gerência da loja. *Eu não sei nada de administração*, eu sei comprar e vender, eu sei varrer, eu sou o tipo da pessoa...eu não sou de mandar, eu sou uma pessoa que interajo dentro do que eu faço. (...) Eu vivencio minha loja 12 horas por dia, hoje em dia é uma loja respeitada, apesar de tudo o que aconteceu com a gente. (interrogatório de MARIA ALBA ANDERE DE BRITO LOYOLA em Juízo, mídia digital de fl. 1728) - destaquei.

A ré MARIA ALBA se contradiz em seu próprio depoimento, pois ao mesmo tempo em que diz que sempre administrou a loja, também afirma que nada sabe sobre administração. Como seu marido ANTÔNIO LUIZ não se fazia presente no estabelecimento comercial, fazendo a administração da parte financeira à distância, com o auxílio da funcionária Giuliana, a única pessoa que poderia auxiliar MARIA ALBA na gerência da loja era a sua filha, ANA CAROLINA.

ANTÔNIO LUIZ, por sua vez, afirma em seu depoimento judicial que a loja era de sua filha e de sua esposa, e que seu interesse em saber o faturamento diário era por ser pai e marido, o que denota a administração conjunta do estabelecimento comercial.

> Não sou sócio da empresa Alba Loyola. Não gerencio a empresa. *O meu interesse no faturamento da loja, é porque a firma é da minha filha e da minha esposa, então o meu interesse é de pai e marido*, de saber como é que tá, como é que não tá, só isso. (Questionado sobre a participação do acusado nas finanças da loja) Nenhuma. Nunca tive nenhuma participação. Não me recordo quanto a loja faturava à época, 2007, 2008. (...) A Giuliana ex-gerente da loja? Eu às vezes falava com ela realmente, para saber como é que tá, como é que não tá, isso aí eu realmente falava mesmo. Como é que está as coisas, se está tudo em ordem. Eu às vezes ligava, não tô falando que eu ligava todo dia, às vezes eu ligava, pra saber como é que foi o dia. (interrogatório de ANTÔNIO LUIZ VIEIRA LOYOLA em Juízo, mídia digital de fl. 1728).

Mesmo que assim não fosse, e que ANA CAROLINA não exercesse a administração da empresa em conjunto com seus pais, a condição de gestora não é pressuposto ou elementar do crime de descaminho, de modo que, mesmo sem gerenciar a loja, a acusada tomou parte no concerto criminoso, auxiliando seus genitores ao menos nas tarefas de comprar, manter em depósito, vender e expor à venda, as mercadorias que sabidamente eram descaminhadas.

A transcrição de algumas conversas telefônicas não deixam dúvidas sobre a presença cotidiana da acusada na loja e da ciência de que as mercadorias eram fruto de internalização irregular.

Consigno que este Juízo, a fim de tornar mais evidente o contexto de algumas conversas telefônicas, providenciou a transcrição de alguns dos áudios interceptados. Isso não quer dizer, no entanto, que as degravações efetuadas pela Polícia Federal são destituídas de validade, conforme já explanado no item 2.1.3 acima.

Índice 7376640 – ANA CAROLINA X MARIA ALBA – LOYOLA X ANA CAROLINA – 08/03/2007 – 23:34
ANA CAROLINA: Oi pai.
MARIA ALBA: Já acertei tudo com a Cris. Eu vou passar e-mail pra você de tudo que eu quero direitinho. Amanhã você vai procurar nas minhas gavetas o endereço lá da New Company, do Marquinhos, é, eu não lembro é...porque eu quero essas bolsinhas de oncinha, você tem que tirar foto e mandar pra ela das de correntinha e de oncinha, tá bom?
ANA CAROLINA: Tá, eu tô...eu vou pagar no meu cartão tá? US$ 970,00.
MARIA ALBA: Conseguiu por 930?
ANA CAROLINA: 970 já com taxa.
MARIA ALBA: Já com taxa, que bom, 970?
ANA CAROLINA: É.
MARIA ALBA: Pode pagar então já. Nossa que bom né Carol, peraí.
ANA CAROLINA: Mãe?
LOYOLA: Carol, é o seguinte ó. Só para você entender. No Gilmar, ela vai no Gilmar, ok? E vai comprar no Gilmar, a sua mãe...do Gilmar, ela liga pra sua mãe pra falar o que que vai querer, tudo bem. No Gilmar, a gente acerta com o Gilmar, não vai precisar pagar nada, ok? Tá, a gente paga e ela pega as coisas. Segundo item, ela vai para a Yong. Na Yong, a gente imagina comprar umas dez, doze, no máximo quinze bolsas, certo? Aí vê as novidades de lá também, liga, a sua mãe fala com a menina lá, beleza tá? Acerta lá, na Yong, ela paga no dinheiro dela, que ela falou que tem US$ 700,00, ela pode pagar com o dinheiro dela na Yong, ok? Depois da Yong, ela vai para a Reginis, certo? Na Reginis, aí o que acontece, ela liga para a sua mãe outra vez, aí liga pra sua mãe lá em Pouso Alegre, ou no celular ou no telefone da sua avó e a sua mãe acerta com ela na compra na Reginis e também nós pagamos, ok? Depois ela vai na Sexta, lá, entre a 28 e a 29, nós vamos localizar esse endereço, pra poder comprar essas bolsinhas que a sua mãe quer, ok? E um celular igual ao seu preto, pequeno, fino, que ela falou que vai pegar lá na China e vai embora. É isso aí, ok?
ANA CAROLINA: Tá, amanhã então eu combino com ela direito.
LOYOLA: É, outra coisa que eu queria falar com você pra você falar pra ela, uma mala só e uma de mão, ok?
ANA CAROLINA: Tá.
LOYOLA: Daí não tem bandeira não tem nada, falou, entendido?
ANA CAROLINA: Entendido.
LOYOLA: Agora só está faltando esse endereço do Martinho, mas esse você sabe explicar para ela, tudo bem, mas é melhor ver se acha amanhã lá, tá? Ou vai achar lá em casa ou no caso liga pra Dadá, que a Dadá é provável que ela tem a notinha guardada. Beleza então. A sua mãe tem mas não sabe onde está, para você achar vai ser fogo. Peraí, ela vai falar com você Carol.
MARIA ALBA: Eu não sei se eu trouxe aquele negocinho de por na cintura, que põe quando a gente viaja, tem umas notas dentro dele, se não tiver aqui comigo, deve estar aí na minha, sabe na gavetinha aí do meu quarto onde eu guardo os passaportes, perto da televisão, sabe?
ANA CAROLINA: Tá, eu vou dar uma olhada.
MARIA ALBA: Ela vai na New Company ela vai comprar pra mim uma echarpe de gazar, você tira...assim, ou você enfia uma flor, fala pra ele que eu comprei dez de preta dela parece. Para ela ver que cores que tem pra ela comprar mais uma meia dúzia pra mim dela. Até mais, porque é ótima, é linda.
ANA CAROLINA: O que, não entendi , o que que é pra comprar meia dúzia?

MARIA ALBA: Umas echarpes de gazar lá no Martin, que a Darlene mostra, os meninos mostram pra você, que parece que é um negócio de cabelo, sabe, gazar, que você enfia nas pontas do echarpe fica uma flor na frente.
ANA CAROLINA: Tá. Espera só um minutinho que eu tô terminando de passar aqui as informações.

Índice 7595419 – LOYOLA x ANA CAROLINA – 22/03/2007 – 11:58
LOYOLA: Oi.
ANA CAROLINA: 12900.
LOYOLA: Ah beleza, show de bola, é que estava nesse valor aí, parece que tinha vendido um vestido de festa quando sua mãe veio embora, então não vendeu?
ANA CAROLINA: Ah não, vendeu mas não foi pago ainda.
LOYOLA: Ah beleza, então tá bom bem. Falou Carol, e mais alguma coisa ou não?
ANA CAROLINA: Não, você está com quem aí?
LOYOLA: Sozinho.
ANA CAROLINA: Hum, onde você está indo?
LOYOLA: Agora indo pegar aqui a rua do cabeleireiro, de lá o, vai chegar o Ozando e o Ivan... ih, passei errei.
ANA CAROLINA: Tá beijo!
LOYOLA: Errei a entrada.

Índice 7602475 – LOYOLA x GIULIANA – 22/03/2007 – 18:02
GIULIANA: Oi.
LOYOLA: Fala Ju, tudo bem?
GIULIANA: Tudo certo.
LOYOLA: Dia tumultuado aqui, não deu nem pra ligar hoje. E aí, tudo bem, alguma novidade aí?
GIULIANA: Não, só que a (inaudível) ligou e passou o telefone da advogada.
LOYOLA: Ah tá, ela já falou comigo, e como é que estão as coisas por aí Jú?
GIULIANA: Tudo ótimo, 21.
LOYOLA: Show de bola hein Ju? E como é que tá o acumulado aí, vê pra mim. E outra coisa, o Danilo levou as malas hoje aí?
GIULIANA: Ah já trouxe já.
LOYOLA: Ah tá cuidado aí viu, guarda bem guardado tá, vê aí.
GIULIANA: Não, tá, ele já pendurou, já (inaudível) pra lavanderia, e tá faltando...já atingiu já os...os 300 tá.
LOYOLA: Ah já passou?
GIULIANA: Com hoje né. Tá faltando (inaudível) seis sete por dia.
LOYOLA: Ah, mas faz direitinho aí para eu saber, eu acho que não hein. Soma e depois me fala. Tchau. A Carol minha filha está por aí?
GIULIANA: Oi.
LOYOLA: Então você levanta aí para mim certinho. A Carol minha filha está por aí?
GIULIANA: Não entendi, o que você falou antes?
LOYOLA: Não, vê quanto está o acumulado certinho, e a Carol minha filha está por aí?
GIULIANA: Não, ele deu uma saída, foi comprar um negócio para um vestido, mas ela ficou aqui a tarde inteira.
LOYOLA: Beleza, você está aonde?
GIULIANA: Acabou de chegar, pode tocar no rádio dela.
LOYOLA: Tá, então vê quanto tá o valor pra mim total.
GIULIANA: Tá tchau.

> *Índice: 8516107 - LOYOLA X JULIANA – 25/06/2007 – 10:58*
> Juliana diz para LOYOLA que o Marcelo "das bolsas" está pedindo que façam transferência de R$ 10.000,00 para a compra da Carol (ANA CAROLINA LOYOLA) "lá" e explica a LOYOLA que isto faria com que a conta ficasse negativa na loja. LOYOLA diz que o valor combinado era R$ 5.000,00, mas Juiana explica que ele falou que a Amélia ia "sair fora" e o valor ficaria em R$ 10.000,00, situação esta que Alba já estaria a par. LOYOLA fala para Juliana, em tom de irritação, para dizer a Marcelo que ela não conseguiu falar com ele (LOYOLA), pois este estava em reunião, e que depois conversam sobre isso.
> ****Marcelo é a pessoa que trabalha com Zé Carlos. Neste caso fica bem claro que este último é quem agora está vendendo mercadorias para abastecer a loja de Alba. Acreditamos que Zé Carlos não fornece a devida nota fiscal dessas vendas.****

Resta comprovada, pois, a autoria delitiva e o dolo por parte de ANA CAROLINA DE BRITO LOYOLA, na prática do delito de descaminho, pelas mercadorias apreendidas na sua loja e no depósito, de modo que a condenação é medida que se impõe.

2.3.2.2.2 MARIA ALBA ANDERE DE BRITO LOYOLA

Como cediço, todo o esquema criminoso desbaratado servia para o abastecimento da loja ALBA LOYOLA, com mercadorias de procedência estrangeira, sem o devido recolhimento de impostos. Tais mercadorias foram apreendidas no bojo destes autos e encontravam-se expostas à venda na loja e armazenadas no depósito anexo.

A ré foi indicada por praticamente todas as testemunhas arroladas por sua defesa e também pelos corréus, como administradora da empresa cujo nome fantasia carrega o seu próprio, ALBA LOYOLA. Além disso, tanto em seu interrogatório policial (fl. 72), como em seu interrogatório judicial, a ré admitiu ser administradora da loja:

> A razão social da loja é Ana Carolina de Brito Loyola, nome da minha filha, e o nome fantasia é o meu nome. Eu pus justamente meu nome porque todo mundo já me conhecia. (...) A vida inteira eu administrei a loja. Eu sou uma pessoa que não sei delegar. Eu colocava gerente mas nunca dava certo, porque eu batia de frente. Naquela época eu não me lembro o faturamento mensal da loja. Tem muita coisa escrita aí, que não bate. (...) A loja não era ruim, eu conseguia pagar minhas contas, mas eu acredito que era mais ou menos uns 70, 80, 100 mil reais mês. Não posso afirmar pra senhora, até quero deixar bem claro, se eu falar alguma besteira aqui, sabe, que a senhora não me leve...eu não sei, eu não me lembro. (...) A Giuliana me ajudava na gerência da loja. Eu não sei nada de administração, eu sei comprar e vender, eu sei varrer, eu sou o tipo da pessoa...eu não sou de mandar, eu sou uma pessoa que interajo dentro do que eu faço. (...) Eu vivencio minha loja 12 horas por dia, hoje em dia é uma loja respeitada, apesar de tudo o que aconteceu com a gente. (interrogatório de MARIA ALBA ANDERE DE BRITO LOYOLA em Juízo, mídia digital de fl. 1728).

A transcrição de algumas conversas telefônicas interceptadas não deixam dúvidas sobre a participação da ré no esquema criminoso, assim como o dolo na venda de produtos descaminhados, adquiridos na cidade de Nova York.

> *Índice 7221361 – LOYOLA X CHICO, MARIA ALBA X NÍVEA – 25/02/2007 – 12:40*
> (...) MARIA ALBA: ...então tá né minha filha, vai descansar, porque o negócio não é fácil não. Já chegamos no lugar, dormi o dia inteiro ontem. Cheguei, deitei, acordei...Nossa Senhora... seis horas da tarde. Então tá bom, tá bom. A gente se fala durante a semana. Um beijo. Deu tudo certo né, fez boas compras...está satisfeita?
> NÍVEA: Ah, tudo bem, graças a Deus. Nem sei...você desarrumou já tudo Alba?

MARIA ALBA: Nem tirei as malas do carro. Tirei só as malas de mão.
NÍVEA: Não acredito, por que?
MARIA ALBA: Ah, porque vou levar para a loja depois, não mexi em nada. Vamos esperar nossa amiga lá né, que vai trazer as coisas né?
NÍVEA: Ah é, o CHICO tá falando que você quer o telefone dela né?
MARIA ALBA: Ah é, o celular dela...
NÍVEA: Ah tá, peraí que eu tô achando Alba...pega o número lá...o Alba, fala mais alguma coisa enquanto eu procuro.
MARIA ALBA: Vou te falar, a Maria Eunice gostou das coisas, Dadá chegaram bem, e...ah, eu acho que a gente comprou bem sim...eu acho que eu comprei pouca roupa de festa, se precisar volta, sei lá.
NÍVEA: É verdade Alba, o que cê precisar eu estou à sua disposição.
MARIA ALBA: Obrigada. E se precisar a gente volta, não sabe se vai fazer frio, se vai precisar pegar casaco, sei lá.
NÍVEA: É verdade. Ó, a Laura convidou a gente para um jantar, inclusive, é, o convite tá por aí, e ela falou pra também convidar você.
MARIA ALBA: Você me falou no hotel, que tinha falado com vocês, que dia 19 de abril, né, que tinha que avisar se vai ou não.
NÍVEA: É, ela me deu um convite, e aí, ela ia dar outro papel, daí ela esqueceu de dar, eu falei ó, não tem problema, eu tô com o papel aqui que você deu tá, é, não sei aonde é o jantar, então ela falou que esqueceu de te dar e eu falei não tem problema que eu passo pra Alba o convite.
MARIA ALBA: Mas é festa do que será?
NÍVEA: Lançamento de coleção.
MARIA ALBA: Mas as coisas tem tudo na "nome da loja inaudível".
NÍVEA: É verdade. Eu nem entrei lá...
MARIA ALBA: Pior que tem mesmo NÍVEA, tudo.
NÍVEA: É verdade, você está com caneta?
MARIA ALBA: Tô, pode falar.
NÍVEA: Deixa eu ver qual que é aqui o último...(21) 9588-8858.
MARIA ALBA: É esse mesmo, 9588-8858. Então tá bom.
NÍVEA: Você quer o de Nova York?
MARIA ALBA: Não tem mais telefone lá.
NÍVEA: Por que, ela não tem mais celular lá agora?
MARIA ALBA: Diz ela que não. Sei lá. Vou passar email né. Celular dela de Nova York 3478064465, não é esse?
NÍVEA: É, é esse que eu tenho, ela não tem mais esse então?
MARIA ALBA: Não sei, diz que não, posso tentar depois falar. Aqui tem o telefone da Sônia, da casa, Ivani, sei lá.
NÍVEA: Do hotel então ó, vai lá, 212, do hotel que ela fica, 2127309444.
MARIA ALBA: 27309444, Hotel San James.
NÍVEA: Sim.
MARIA ALBA: Tá bom, brigada.
(...) despedidas.

Índice 7365225 – LOYOLA X GIULIANA – 08/03/2007 – 11:27
GIULIANA: Oi, não, é que a Alba quer saber se alguém de São Paulo ligou pra você?
LOYOLA: Não, ainda não. Você não quer dar uma ligadinha pra YARA? E fala o seguinte Jú, mas liga do rádio ok?
GIULIANA: Tá, mas é que eu não tô...você está com o telefone dela aí, é que eu não estou na loja.
LOYOLA: 21 né? 9588-8858. 9588-8858. É, liga do seu rádio, e fala com ela o seguinte, que,

é, eu estou em São Paulo, fala que eu fui pra São Paulo, e que, já levei a encomenda dela pra poder acertar com as meninas certo? E pra saber se está tudo certo, se ela está sabendo de alguma coisa já. Se chegou mesmo, se vai pegar hoje, ok?
GIULIANA: Tá, é 9588-8858?
LOYOLA: Positivo. 9588-8858. Liga lá, fala com ela, e me chama aqui, fala que eu já estou em São Paulo, ok? Mas só pra saber se vai chegar hoje mesmo que eu tô lá aguardando.
GIULIANA: Tá bom.
LOYOLA: E me liga de volta.

Índice 7365508 – LOYOLA X MARIA ALBA – 08/03/2007 – 11:38
LOYOLA: Fala Ju.
MARIA ALBA: Nossa, deu o maior esporro na GIULIANA e em mim, falou que não aguenta mais você ficar ligando para ela, que está de saco cheio...que tem que desabafar com alguém, pediu desculpas pra GIULIANA, mas que cê liga de de...sei lá, falou mas cê nem imagina. Aí eu peguei no telefone e falei pra ela, aí, eu falei, ô YARA, o problema que nós tamos inseguros é que nós não temos tempo hábil pra trabalhar com a roupa, porque eu tenho formatura da minha filha, tenho operação do meu pai, e lançamento de loja, e nós estamos inseguros se a roupa chegou ou não. Sabe, eu sei que a da NÍVEA chegou ontem, ela falou assim, mas a NÍVEA já marcou comigo três meses atrás, eu falei olha, a questão de NÍVEA vamos deixar pra lá sabe, eu já estou de saco cheio já, então tá bom YARA, pode deixar que a gente não vai te incomodar mais, muito obrigada tá, tchau.
LOYOLA: Nem falou se chegou, se não chegou, nada?
MARIA ALBA: Diz que já chegou, que depende que a tal de Gelsa tá de saco cheio também de, como é que é? (GIULIANA ao fundo) Que iam chegar dez horas da noite e que demora duas horas para chegar na casa dela, tem que arrumar as roupas e depois, só cinco horas da tarde, três quatro horas da tarde. Eu falei, não vou nem ligar para a Gelsa, vou esperar ela me ligar então tá bom YARA, muito obrigada, até logo.
LOYOLA: Rifar essa mulher Alba.
MARIA ALBA: Vou rifar essa mulher.
LOYOLA: Tá bom.
MARIA ALBA: Tchau.
LOYOLA: Mas ela falou que é três quatro horas da tarde, é isso? Viu, ela falou que é três quatro horas da tarde?

Índice 7376543 – MARIA ALBA X CRIS – 08/03/2007 – 23:17
MARIA ALBA: Cris, vamos fazer de tudo para você seguir, presta atenção. A passagem não é problema. O que eu preciso que você faça, você...eu não sei como é que a gente vai fazer, a Carolina passa o número de cartão para você, sei lá, ou chegando aqui eu te dou os dólares você vai e paga, eu ligo e falo que você vai pagar nas nas...quanto ao pagamento a gente combina. Você teria que ir...você foi com a Carolina na Sara´s não foi? Lá no Gilmar, que é entre... na 38, entre a 5ª e 6ª, tá? Aí você vai ver, você fala com ele, se chegou algum vestido novo, que eu não tenha comprado, que ele sabe meu gosto, eu ligo depois pra ele de Pouso Alegre amanhã. Aí depois, você vai ter que ir na Reginis, que é descendo a 37, não sei se é entre a 6ª e a 7ª. A Reginis é uma loja que tem um vestido de cetim, aí cê vai comprar pra mim um vestido de cetim do seu gosto, tá, tem um que tem um laço atrás, cê podia trazer um pra Mari, é maravilhoso ele no tom de verde, para ela no casamento da...da...da prima dela. Cê compra mais ou menos pra mim, lá na Reginis, seis, uma meia dúzia de vestidos, aí depois, do lado da Sara's (voz de homem no fundo), na 38, depois eu escrevo tudo e passo (inaudível) isso, tem a Yong, antes de chegar na Sara's, é uma loja de bolsas, são bolsas, você olhando são horrorosas, mas se você souber assim, é, catar umas bolsas bacanas, você pode, mesmo assim na...na...nessas lojas, você pegando umas bolsas de US$ 30,00, US$ 40,00, você pode

pegar e comprar o que você achar bacana, e aí, tem um último lugar que eu quero que você vá, é na 6ª Avenida, Cris, você está me escutando?
CRIS: Tô, pode falar tia.
MARIA ALBA: É na 6ª Avenida, eu não sei, eu vou ver direitinho, chama...você saindo da 20, entre a 20...28 e a 29, você dobra cê cai pra 6ª Avenida, da 28 você cai pra 6ª Avenida. Daí você vai andando, andando, andando, andando, andando, dobra na 6ª Avenida, chama New Company, é um lugar que tem assim...que vende pashminas, mas eu não quero isso não, eu quero que você vai andando umas três quatro lojinhas pra frente, é tudo "moquifo", tem uns, umas...é...a Carolina vai tira foto e passa pra você, a foto de uma bolsa que tem uma corrente, uma bolsinha pequena e de uns porta-níqueis de oncinha que são as coisas mais bonitinhas do mundo, custa US$ 5,00 cada um, é pertinho dessa loja New Company, acho que no mesmo quarteirão, se ela passar nota pra você, isso você tem que olhar, porque você acha nesse "moquifo" cê tem que ter olho pra achar. O que mais estava querendo eram esses porta níqueis, custa US$ 5,00 cada um.
CRIS: Tá, pode deixar tia, daí quantos, é...não...(inaudível), com a quantidade também para eu saber assim, para não comprar mais nem a menos também.
MARIA ALBA: Cê acha que cê tem dinheiro para comprar nesses lugares?
CRIS: Essas coisas baratinhas assim eu tenho tia. Em dinheiro vivo agora acho que eu tenho uns US$ 700,00 aqui comigo, cê acha que dá pra comprar essas coisas?
MARIA ALBA: Dá, dá pra comprar sim. Ó, chegando aqui eu te dou em dólar. E assim, qualquer coisa que você achar que tá bacanérrimo, cê tá entendendo?
CRIS: Tô sim tia, pode deixar. Você quer mais bolsa assim essas coisas ou vestido mesmo?
MARIA ALBA: Você saindo da 29, não sei se é 28 ou 29, você vira, como se fosse pra pegar a 6ª Avenida, 2129 sexta, tá entendendo, assim, cê tá na...na...na...é Broadway né, (inaudível) é 28 ou 29 né, é uma coisa assim, você pegando ela pra chegar na 6ª à direita, à direita, não em sentido da 5ª avenida, à direita, você vai andando, tem uma loja de bolsas, tem umas bolsas de (inaudível), com umas alças de corrente, eu comprei dessas, mas eu queria comprar quadradas, sabe, em tom de verniz, e pode (inaudível) bolsas de matelassê.
CRIS: Tá, entendi sim tia.
MARIA ALBA: Cê entendeu o que eu tô te falando?
CRIS: Entendi sim, bolsas de corrente quadrada de matelassê, as quadradas de verniz, ou não.
MARIA ALBA: É nessa mesma rua, que eu saí de lá pra procurar...é numa dessas paralelas dentro da 6ª Avenida, ou é a 29 ou é a 28, qualquer buraco tem essas bolsas, é só cê saber sabe, cê olhar e falar assim, é bacana, tirando de lá, fica bacana.
CRIS: É né? Entendi sim. Espero que eu tenha o seu olho né tia, só isso, risos!
MARIA ALBA: Você tem o meu olho sim, você pode ter certeza que cê tem. Você pega pra mim umas quinze bolsas, uns dez vestidos, na Yong você compra também bolsas. Você pergunta pra ela se eu já comprei, se chegou bolsa diferente, você escolhe do seu gosto, pra não repetir o que eu já comprei. A moça conhece a gente, chama Maribel a menina. Aí, você vê o que você achar bacana, você compra. Sabe, daí para tirar...esses porta-níqueis eu acho que eu queria umas duas dúzias deles, sabe, é muito bonitinho Cris. E nessa mesma loja tem uma bolsinha que fica na parede, você não dá nada por ela, é uma alça de corrente dourada, com a bolsinha de cetim.
CRIS: Pode deixar tia, risos, só me manda tudo direitinho pra eu não me perder. Pede pra Carol me mandar hoje à noite e-mail, pra eu já ter em mãos, escrever tudo certinho a quantidade para eu poder ver isso já de manhã.
MARIA ALBA: Chego em Pouso Alegre eu passo e-mail direitinho pra Carolina e ela passa pra você.
CRIS: Tá ótimo tia, você está indo agora pra Pouso?
MARIA ALBA: Tô na estrada, papai vai operar amanhã às oito horas da manhã.
CRIS: Nossa, não acredito tia, vai operar em Pouso mesmo?

MARIA ALBA: Vai, vai fazer lá na (inaudível) mesmo, por causa se der alguma complicação depois, tem pronto atendimento assim sabe? Não dá pra sair correndo, ela vai botar uma válvula na cabeça, porque ele está com um hidrocefalia, daqui a pouco vai cair a linha, vamos falando e...
CRIS: Nossa tia, vou rezar por ele, pode ficar tranquila que vai dar tudo certo viu, tranquila, vai com Deus, nem se preocupa com as roupas, fica pensando no seu pai aí, só manda email que daí eu cuido de tudo aqui pra vocês viu?!
MARIA ALBA: Obrigada querida. Ó, na Reginis e na Sara's você não precisa pagar, porque eu falo com o Gilmar e com a Jaqueline, depois eu mando dinheiro por você, tá? Você deixa um sinal lá qualquer coisa, não tem problema, eles me conhecem. Agora só na Yong e nessas "porcariasinhas" que precisa pegar tá? Se você achar assim coisa bacana...e um fininho, igual da Carolina preto.
CRIS: Tá, você quer que eu compre esse lá na Chinatown, já desbloqueado ou compra na Best Buy.
MARIA ALBA: Best Buy, Best Buy.
CRIS: É? Porque na Best Buy depois tem que desbloquear no Brasil. Se você quiser eu posso tentar, se der tempo de ir na Chinatown e comprar o pretinho.
MARIA ALBA: Você vê o que você achar que é melhor, tá bom?
CRIS: Tá bom, pode deixar tia.
MARIA ALBA: Fininho igual o da Carolina preto, tá bom? Faz surpresa pra sua mão, não fala nada pra ela não tá bom? Verifica se você pode entrar de novo no país, não vai fazer cagada hein? Pelo amor de Deus. Tá? E quanto à passagem a gente paga pra você tá bom?! Fica tranquila. Amanhã o Antônio Luiz vai falar com você de manhã sobre a passagem. Deixa mais ou menos reservado essa aí.
CRIS: Tá bom tia. Eu tô aqui com o site aberto, eu vou tentar fazer reserva, porque tem quatro assentos. É, bom, a gente vai entrar no site da Delta agora, e qualquer coisa eu falo com a Carol então tia.
MARIA ALBA: Bom querida, já é com taxa de embarque? Não né?
CRIS: Ai tia eu nunca consigo (inaudível). Trezentão viu? Vou ficar devendo pra sempre pra vocês isso, de coração.
MARIA ALBA: Querida, você sabe que a gente te ama, tá bom? Foi uma pena a gente não ter pensado nisso antes, você estaria aqui no Brasil já hoje com a gente, foi uma bobeada, mas vai dar tudo certo. Você está de férias essa semana?
CRIS: Eu tô, eu tenho férias semana que vem tia, você acredita? E eu não tinha nada pra fazer.
MARIA ALBA: Não, vem pra cá. Compra umas coisas bem bacanas pra mim aí que eu tiro todo o dinheiro dessa passagem, eu vendo tudo pra Dona Célia, pode ter certeza.
CRIS: Risos. Ah, então tá bom, brigadão de coração, nunca vou ter como agradecer. Você sabe que eu amo muito vocês também tá?
MARIA ALBA: Amanhã no almoço aqui, que deve ser nove horas da manhã aí, o rádio do Antônio Luiz vai ligar, porque ele vai pra São Paulo, em Pouso Alegre o rádio não pega. Mas você vai acionando a Carolina, a Carolina vai acionando a gente, não perde a gente de contato não que eu não consigo falar com você. Tá bom? Um beijo.
CRIS: Pode deixar tia, vão com Deus aí e boa sorte pro seu pai amanhã na operação. Então tá, eu vou falando com a Carolina, qualquer coisa ela liga pra você qualquer coisa, daí é só mandar um e-mail pra Carol e eu faço tudo, pode deixar que eu já entendi mais ou menos os lugares tudo, é só mandar o e-mail com a quantidade tudo certinho pra eu não me perder na quantidade das coisas tá bom? Um beijo, boa viagem tia.
MARIA ALBA: Na hora que você chegar no Gilmar e na Reginis, eu vou te passar meu telefone de Pouso Alegre, me celular, anota o meu celular aí, (035) (19) 9113-3536.

Índice 7397941 – LOYOLA X MARIA ALBA – 10/03/2007 – 11:07

MARIA ALBA: Alô.
LOYOLA: Oi.
MARIA ALBA: Oi.
LOYOLA: Cadê o cliente...
MARIA ALBA: (Inaudível).
LOYOLA: Ãh
MARIA ALBA: Você chegou?
LOYOLA: Foi embora?
MARIA ALBA: Papai está em casa já.
LOYOLA: Ah legal.
MARIA ALBA: Graças a Deus. Eu vou sair daqui lá para uma hora.
LOYOLA: Tá, deixa eu te falar. Quando eu fui descarregar as malas sabe como é que estava?
MARIA ALBA: Ãh?
LOYOLA: Tudo dentro da sacola de lá.
MARIA ALBA: Sacola da onde?
LOYOLA: ela botou as sacolas dentro da mala, fechou e veio embora.
MARIA ALBA: A Cris?
LOYOLA: É.
MARIA ALBA: Não acredito.
LOYOLA: Tô te falando ué.
MARIA ALBA: Eu ainda expliquei pra ela.
LOYOLA: Pois é. "Não deu tempo".
MARIA ALBA: Que loucura.
LOYOLA: É, eu falo pra você.
MARIA ALBA: Cê tá brincando.
LOYOLA: Tudo jogado dentro da sacola, com cabide, com tudo.
MARIA ALBA: Não acredito.
LOYOLA: Do jeito que pegou a sacola estava dentro da mala.
MARIA ALBA: Nossa Senhora da Aparecida! Não tem noção. Eu ainda expliquei pra ela, liguei pra ela expliquei como que ela ia arrumar a mala pra disfarçar.
LOYOLA: É.
MARIA ALBA: Graças a Deus deu tudo certo.
LOYOLA: A mala sua e a dela de mão, veio com dois vestidinhos. Ela comprou o vestido lá no coisa pra ela eu dei pra ela de presente.
MARIA ALBA: É, mais do que você já deu, que isso.
LOYOLA: Alba, mas como é que eu vou fazer? Tem que pagar para o cara depois lá porra.
MARIA ALBA: É.
LOYOLA: Já paguei pra ela US$ 550,00 que ela gastou.
MARIA ALBA: Quanto?
LOYOLA: 550.
MARIA ALBA: Quanto que ela gastou?
LOYOLA: 550, fora o Gilmar e fora o Reginis. Reginis 1210.
MARIA ALBA: Ãh. E estão bonitas as coisas?
LOYOLA: Nem abri Alba.
MARIA ALBA: Nem abriu?
LOYOLA: Echarpe eu é pouco.
MARIA ALBA: Pouco né.
LOYOLA: Mas, deu para pagar a viagem.
MARIA ALBA: Deu pra pagar a viagem?
LOYOLA: Ah deu, tranquilo. Só as bolsinhas já "puxa a nota" né? Mas ela comprou, sabe quantas bolsas ela trouxe?

MARIA ALBA: Ãh, quantas bolsas ela trouxe?
LOYOLA: 36.
MARIA ALBA: 36 bolsas?
LOYOLA: Não, bolsinha pequenininha.
MARIA ALBA: É, eu mandei ela comprar três dúzias.
LOYOLA: É, então, eu só sei que ela comprou do lado por US$ 7,00. Quando chegou na loja do lado era cinco.
MARIA ALBA: Ah, eu falei...
LOYOLA: Era onde você tinha comprado.
MARIA ALBA: Era onde eu tinha comprado.
LOYOLA: Aí ela quis voltar o cara não quis devolver o dinheiro.
MARIA ALBA: Olha. Não faz mal.
LOYOLA: É. Só estou te falando que foi sete.
MARIA ALBA: Tá. O que mais?
LOYOLA: Por quanto vai vender?
MARIA ALBA: 58.
LOYOLA: Ah, beleza.
MARIA ALBA: Que mais você conta?
LOYOLA: Mais nada.
MARIA ALBA: E a mãe dela?
LOYOLA: Não sabe que tá aqui não.
MARIA ALBA: Onde ela está?
LOYOLA: Ela tá aqui em casa a Cris. Agora ela vai ligar para a mãe dela e vai dizer "mãe, minha amiga tá chegando para almoçar aí, capricha na bóia aí então".
MARIA ALBA: Olha, entendi.
LOYOLA: É surpresa, é. Nem as meninas sabem, só a Tatá. Cheguei aqui tá dormindo Carol, Tatá e NÍVEA, disse que o jantar foi maravilhoso, você imagina né? Maravilhoso né?
MARIA ALBA: Foram jantar?
LOYOLA: Deve ter sido uma bosta né?
MARIA ALBA: Deve ter sido né?
LOYOLA: Lógico.
MARIA ALBA: Ah, então tá. Que mais, e a loja, como é que está?
LOYOLA: Não sei Alba, cheguei agora, entrei aqui...
MARIA ALBA: Chegou agora.
LOYOLA: É.
MARIA ALBA: Então tá, daqui a pouco eu te ligo. A Bete foi?
LOYOLA: tá aqui.
MARIA ALBA: Tá? Manda ela arrumar almoço para as meninas aí.
LOYOLA: Já tem almoço aqui pronto, lasanha (inaudível).
MARIA ALBA: Tá, tá certo. Então tá Antônio Luiz. Tchau.
LOYOLA: Eu vou dormir um pouco, descansar.
MARIA ALBA: Tá, vai dormir. Ó, onde você deixou as coisas?
LOYOLA: Tá aqui no meu quarto Alba.
MARIA ALBA: Não, as outras coisas?
LOYOLA: Ah, não deixei no carro não.
MARIA ALBA: Precisa levar pra botar preço Antônio Luiz.
LOYOLA: Hoje?
MARIA ALBA: Claro Antônio Luiz.
LOYOLA: Mas vai levar tudo pra lá?
MARIA ALBA: Não, vou deixar separadas algumas coisas, separar o que vai botar para o lançamento.

LOYOLA: Então, na hora que você chegar né? Não precisa ser agora.
MARIA ALBA: Eu tenho cabelereiro, (inaudível).
LOYOLA: Peraí um minutinho, não estou entendendo, quem vai botar preço, é você?
MARIA ALBA: Mas já vai arrumando né Antônio Luiz, tem que arrumar.
LOYOLA: Então pra mim entender, vai tirar tudo da mala, é isso?
MARIA ALBA: Vai tirar o que é necessário tirar da mala.
LOYOLA: Não é o necessário, você tem que estar junto. Como é que ela vai saber o que é.
MARIA ALBA: Tá bom. Então tá bom. Tá bom. Tchau.
LOYOLA: Tem que estar junto na hora, pra tirar.
MARIA ALBA: Tá bom, tá bom, tchau.

Resta mais do que evidenciada, pois, a autoria delitiva de MARIA ALBA ANDERE DE BRITO LOYOLA, na prática do delito de descaminho, pelas mercadorias apreendidas na sua loja e no depósito.

2.3.2.2.3 ANTÔNIO LUIZ VIEIRA LOYOLA

Conforme provado nos autos, o acusado ANTÔNIO LUIZ VIEIRA LOYOLA liderava o esquema criminoso que servia para o abastecimento da loja ALBA LOYOLA com mercadorias de procedência estrangeira, sem o devido recolhimento de impostos, fato que será tratado a seguir, quando da análise do crime de quadrilha.

Para além desse fato, o réu administrava, em conjunto com sua esposa MARIA ALBA e sua filha ANA CAROLINA, a empresa acima mencionada, sendo que enquanto ela cuidava da parte de compra e vendas, ele se dedicava, principalmente, à gestão financeira da loja e de todo o esquema criminoso.

Em Juízo, o réu negou tal administração:

> Não sou sócio da empresa Alba Loyola. Não gerencio a empresa. O meu interesse no faturamento da loja, é porque a firma é da minha filha e da minha esposa, então o meu interesse é de pai e marido, de saber como é que tá, como é que não tá, só isso. (Questionado sobre a participação do acusado nas finanças da loja) Nenhuma. Nunca tive nenhuma participação. Não me recordo quanto a loja faturava à época, 2007, 2008. (...) A Giuliana ex-gerente da loja? Eu às vezes falava com ela realmente, para saber como é que tá, como é que não tá, isso aí eu realmente falava mesmo. Como é que está as coisas, se está tudo em ordem. Eu às vezes ligava, não tô falando que eu ligava todo dia, às vezes eu ligava, pra saber como é que foi o dia. (interrogatório de ANTÔNIO LUIZ VIEIRA LOYOLA em Juízo, mídia digital de fl. 1728).

Ocorre que sua versão não se sustenta frente aos diversos áudios interceptados, onde sua atuação como gerente financeiro resta plenamente evidenciada, nos momentos em que ele não só questiona sobre valores de faturamento da loja, mas também impõe metas de vendas (R$ 300.000,00 por mês) e dá ordens diversas à funcionária Giuliana de Cássia Barbieri Nogueira, a qual possuía verdadeira relação de subordinação com o réu, e com a qual este mantinha intenso contato telefônico. ANTÔNIO LUIZ é nominado como LOYOLA nas transcrições abaixo.

Índice 7461310 – LOYOLA X MARIA ALBA – LOYOLA X GIULIANA – 13/03/2007 – 13:50
MARIA ALBA: Fala Antônio Luiz.
LOYOLA: Gorda, você é foda, parabéns.
MARIA ALBA: Você acha?
LOYOLA: Puta que pariu! 32, o que que você vendeu pra ela?
MARIA ALBA: Antônio Luiz, foi trinta...foi oito parcelas de 8600, quatro de 8600, e vinte e

dois pau pra Fátima.
LOYOLA: Maravilha pô...você é foda, você é foda. Pô, mas o que você vendeu tanto pra essas muié bem?
MARIA ALBA: Sapato, três sapatos da "Prada" pra Dona Célia. Quatro bolsas pra Dona Célia, mais...e aquelas fofurinhas...fofícias.
LOYOLA: (inaudível).
MARIA ALBA: Aura...mais um Aura, fora isso. Demais essa mulher né?
LOYOLA: É ok. Que mais, o que eu ia te falar. Parabéns viu. Deixa eu falar com a GIULIANA aí rápido aí. Seu filho também já estava indo embora, adorou lá a reunião, a entrevista, tudo bem.
GIULIANA: Oi.
LOYOLA: Ju, tá na escuta?
GIULIANA: Tô.
LOYOLA: É, por favor, você pega no caixa o que entrou na venda e guarda contigo lá em cima por favor, tá? Já limpa a área aí tá bom? Beleza?
GIULIANA: Tá bom.

Índice 7464368 – LOYOLA X GIULIANA – 13/03/2007 – 16:30
GIULIANA: Oi.
LOYOLA: E aí Ju tudo bem, como estão as coisas por aí?
GIULIANA: Tá tudo certo.
LOYOLA: Eu sei, mas tá bom o movimento, como é que tá?
GIULIANA: Tá bom sim.
LOYOLA: Você não sabe de nada não, tá em cima?
GIULIANA: Oi?
LOYOLA: Você tá na sua sala?
GIULIANA: Tô aqui em cima.
LOYOLA: Tá, mas o movimento tá grande? Tá bom?
GIULIANA: Tá, tá com bastante movimento, tem bastante gente na loja, e até agora fora a Dona Célia e a Fátima tá (inaudível), tá? Mas tem bastante gente na loja, a Zaida, a Lara, que mais, ah, tem um monte de clientes, a, a Mara (inaudível), tem um monte de gente.
LOYOLA: Mas o que que você falou, a Dona Célia o que?
GIULIANA: É 11 mil fora Dona Célia e Fátima.
LOYOLA: Ah tá, não fala Dona Célia e Fátima, é 11 mil só? Tá devagar hoje né? (inaudível)
GIULIANA: Vai melhorar, tem muitos clientes aqui, tá lotada a loja, eu vou descer daqui a pouco.
LOYOLA: Tá, circula aí que é melhor tá. E a Mara queria fazer em seis vezes, o que que é que, comprou muito, o que que é? Você está sabendo?
GIULIANA: A gente já fez aqui pra ela, fez uma parte em três e outra parte em quatro, tá? Resolveu.
LOYOLA: Mas já entrou a dela aí pros 11 ou não?
GIULIANA: Já entrou.
LOYOLA: Mas quanto que ela comprou?
GIULIANA: Hein?
LOYOLA: Mas quanto que ela comprou, a Mara?
GIULIANA: Quatro.
LOYOLA: O loco, pensei que tivesse sido muito mais, então tá bom, falou.

Índice 7464485 – LOYOLA X GIULIANA – 13/03/2007 – 16:35
LOYOLA: Oi Ju.
GIULIANA: É, corrigindo é 17 tá? Eu achei estranho aqui, porque na hora do almoço estava 11, e até agora, desde aquela hora, daí eu desci é 17 tá?

LOYOLA: Você está sempre mal informada hein GIULIANA, po!
GIULIANA: Eu não estou mal informada, eu perguntei, você estava falando comigo eu liguei e perguntei, ela falou 11, aí eu achei estranho e falei, deixa eu ir lá ver, porque eu olhei na hora do almoço e tava 11, impossível, daí desci e não tá 11, tá 17, ela viu errado tá?
LOYOLA: Beleza, então vai circular lá que é melhor ficar por lá, falou?
GIULIANA: Eu fico circulando, é que eu estou com o serviço um pouco atrasado aqui também, por isso, eu fico subindo e descendo, subindo e descendo, é porque ontem eu fiquei lá o dia inteiro, tá, mas eu tô circulando, tá?
LOYOLA: Tá, falou, tchau.

Índice 7556481 – LOYOLA x GIULIANA – 19/03/2007 – 19:28
LOYOLA: Fala Alemão.
GIULIANA: É a GIULIANA. É, fechou em doze, tá? E o acumulado, contando com hoje, 234.
LOYOLA: Contando com hoje, né? (inaudível) tem que vender 300 hein Juliana?
GIULIANA: Pode deixar, mas contando com hoje, 234.
LOYOLA: Tá, é, outra coisa, e (inaudível), eu chego lá, tá a dona...a dona...a vendedora, lá fora na fora lendo revista conversando com o (inaudível). Eu não quero mais isso, tá bem explicado, vendedora é dentro da loja, e o (inaudível) não pode ficar com a porta aberta nunca, é sempre a porta fechada, ok? A não ser quando está saindo ou entrando alguém.
GIULIANA: tá bom então.
LOYOLA: Dá um toque aí que eu já falei pra ele, "não sei o que pode deixar", mas eu não quero, eu não quero porque, vendedora lá fora GIULIANA, conversando, lendo revista, nego passa e fala num...entendeu como é que é? Pega mal pra empresa.
GIULIANA: Não, tá certo, pode deixar.
LOYOLA: Falou tchau!
GIULIANA: Tchau.

Índice 7595419 – LOYOLA x ANA CAROLINA – 22/03/2007 – 11:58
LOYOLA: Oi.
ANA CAROLINA: 12900.
LOYOLA: Ah beleza, show de bola, é que estava nesse valor aí, parece que tinha vendido um vestido de festa quando sua mãe veio embora, então não vendeu?
ANA CAROLINA: Ah não, vendeu mas não foi pago ainda.
LOYOLA: Ah beleza, então tá bom bem. Falou Carol, e mais alguma coisa ou não?
ANA CAROLINA: Não, você está com quem aí?
LOYOLA: Sozinho.
ANA CAROLINA: Hum, onde você está indo?
LOYOLA: Agora indo pegar aqui a rua do cabeleireiro, de lá o, vai chegar o Ozando e o Ivan... ih, passei errei.
ANA CAROLINA: Tá beijo!
LOYOLA: Errei a entrada.

Índice 7602475 – LOYOLA x GIULIANA – 22/03/2007 – 18:02
GIULIANA: Oi.
LOYOLA: Fala Ju, tudo bem?
GIULIANA: Tudo certo.
LOYOLA: Dia tumultuado aqui, não deu nem pra ligar hoje. E aí, tudo bem, alguma novidade aí?
GIULIANA: Não, só que a (inaudível) ligou e passou o telefone da advogada.
LOYOLA: Ah tá, ela já falou comigo, e como é que estão as coisas por aí Jú?
GIULIANA: Tudo ótimo, 21.

LOYOLA: Show de bola hein Ju? E como é que tá o acumulado aí, vê pra mim. E outra coisa, o Danilo levou as malas hoje aí?
GIULIANA: Ah já trouxe já.
LOYOLA: Ah tá cuidado aí viu, guarda bem guardado tá, vê aí.
GIULIANA: Não, tá, ele já pendurou, já (inaudível) pra lavanderia, e tá faltando...já atingiu já os...os 300 tá.
LOYOLA: Ah já passou?
GIULIANA: Com hoje né. Tá faltando (inaudível) seis sete por dia.
LOYOLA: Ah, mas faz direitinho aí para eu saber, eu acho que não hein. Soma e depois me fala. Tchau. A Carol minha filha está por aí?
GIULIANA: Oi.
LOYOLA: Então você levanta aí para mim certinho. A Carol minha filha está por aí?
GIULIANA: Não entendi, o que você falou antes?
LOYOLA: Não, vê quanto está o acumulado certinho, e a Carol minha filha está por aí?
GIULIANA: Não, ele deu uma saída, foi comprar um negócio para um vestido, mas ela ficou aqui a tarde inteira.
LOYOLA: Beleza, você está aonde?
GIULIANA: Acabou de chegar, pode tocar no rádio dela.
LOYOLA: Tá, então vê quanto tá o valor pra mim total.
GIULIANA: Tá tchau.

Índice 7765740 – LOYOLA x GIULIANA – 05/04/2007 – 17:53
Juliana fala que o movimento do dia foi R$20.000,00 e que as vendas foram de mais de R$2.000,00 cada uma.

Índice 7897730 – LOYOLA x GIULIANA – 19/04/2007 – 15:58
LOYOLA pergunta "o horário", e Juliana fala "11 horas" (11 mil), e começa a detalhar as vendas que fez.

Índice 7985309 – LOYOLA x GIULIANA – 28/04/2007 – 20:46
LOYOLA informa Juliana que Alba deverá sair da prisão amanhã e esta comunica que o faturamento da loja fechou em R$ 11.000,00. Juliana fala de uma cliente de nome BETE ABRAÃO. Comenta que esta pessoa parece ter um programa de TV na Rede RECORD. Juliana diz que SONIA SAMARA ligou e quis falar com a atendente MARI. Após, Juliana conversou com Sônia e esta falou que apareceu seu nome em uma lista em uma reportagem (da prisão de Alba). SONIA SAMARA, após, deu instruções para as atendentes "sumirem" com seus cheques da loja (provavelmente temendo um mandado de busca e apreensão). Tal reportagem saiu em um site da internet. Sônia diz temer alguém (PF?) ir atrás dela e foi alertada disso por um deputado amigo dela.

Índice 7996383 – LOYOLA x GIULIANA – 30/04/2007 – 19:11
Juliana diz que fechou em R$ 12.000,00.

Índice 7996650 – LOYOLA x GIULIANA – 30/04/2007 – 19:49
LOYOLA pergunta se Bete Abraão ficou com vestido e Juliana diz que sim (R$ 1.898,00). Diz que alguns clientes perguntaram sobre o acontecido e elas tentaram despistar. Fala que MARLI MONTEIRO ligou. LOYOLA pergunta se os 12 mil incluem este último vestido e Juliana diz que não. Total do caixa (aproximado) = R$ 14.000,00.

Índice 8001310 – LOYOLA X GIULIANA – 01/05/2007 – 17:06
LOYOLA: Oi.
GIULIANA: É, fala para o Marcelo, é que eu não tô querendo ligar daqui, não sei. É que,

o meu celular tá...eu deixei em casa, que aqui já está ok, só vou preencher o cheque, se ele quiser...que eu vou ter que voltar aí, né? Que eu vou ficar sem computador, então não vai ter como pagar pela internet, só vou poder levar isso pra você.
LOYOLA: Tá, mas você está aqui o que, como é que, tá na loja?
GIULIANA: É, eu já tirei já.
LOYOLA: Então tá bom, beleza. Vai passar aqui que horas?
GIULIANA: Eu vou preencher o cheque e já vou aí. Eu saí aqui eu não vi ele, e eu não quero ligar daqui.
LOYOLA: Ele falou tá tudo certo (inaudível).
GIULIANA: Oi?
LOYOLA: ele falou que estava tudo certo, falei com ele agora, Gabi está indo lá, tudo bem.
GIULIANA: Então tá, é que, não deu pra entrar aqui também, na casa do lado tá, a chave está no meu armário e eu esqueci na outra bolsa. Então eu entrei por aqui, eu fiquei olhando olhando, não vi ninguém, eu saí rapidinho.
LOYOLA: Tá, o segurança tá aí né?
GIULIANA: Tá tá lá do lado, ele nem estava aqui na hora que eu saí, ele estava ali do lado, na lateral.
LOYOLA: Não legal, tudo bem, quando você terminar, na hora que você estiver vindo me avisa, tchau.
GIULIANA: Tá bom, tchau tchau.

Índice 8494366 – LOYOLA x GIULIANA – 22/06/2007 – 15:46
Juliana diz que as vendas na loja de Alba estão bastante fracas hoje, na casa dos R$ 600,00. Fala que estão em um período ruim e atribui ao período de meio de ano. *Diz que o faturamento total do mês de junho do ano passado ficou em R$ 193.000,00 e neste mês está por volta de R$ 180.000,00 com expectativa de terminar na faixa dos R$ 210.000,00.*

Índice 8516107 – LOYOLA x GIULIANA – 25/06/2007 – 10:58
Juliana diz para LOYOLA que o Marcelo "das bolsas" está pedindo que façam transferência de R$ 10.000,00 para a compra da Carol (ANA CAROLINA LOYOLA) "lá" e explica a LOYOLA que isto faria com que a conta ficasse negativa na loja. LOYOLA diz que o valor combinado era R$ 5.000,00, mas Juiana explica que ele falou que a Amélia ia "sair fora" e o valor ficaria em R$ 10.000,00, situação esta que Alba já estaria a par. LOYOLA fala para Juliana, em tom de irritação, para dizer a Marcelo que ela não conseguiu falar com ele (LOYOLA), pois este estava em reunião, e que depois conversam sobre isso.
****Marcelo é a pessoa que trabalha com Zé Carlos. Neste caso fica bem claro que este último é quem agora está vendendo mercadorias para abastecer a loja de Alba. Acreditamos que Zé Carlos não fornece a devida nota fiscal dessas vendas.****

Índice 8546423 – LOYOLA x MARIA ALBA – 27/06/2007 – 21:28
Alba diz que fechou em 2.0 (vinte mil reais o caixa da loja, provavelmente).

Índice 8556523 – LOYOLA x CAROL (funcionária da loja) – 28/06/2007 – 19:05
Carol fala que vendeu R$ 12.700,00.

Além dos fatos acima expostos, ANTÔNIO LUIZ VIEIRA LOYOLA incidiu na prática de um segundo delito de descaminho, uma vez que era proprietário e gerenciava uma agência franqueada da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – EBCT, denominada BRITO LOYOLA & CIA LTDA, situada na cidade de Campinas. Nesse local, especificamente em sua sala pessoal, foram apreendidas diversas mercadorias de procedência estrangeira, sem a devida cobertura fiscal (fls. 47/50).

Por tudo quanto exposto, não pairam dúvidas sobre a participação delitiva de ANTÔNIO LUIZ VIEIRA LOYOLA nos delitos de descaminho praticados na LOJA ALBA LOYOLA e respectivo depósito, e na BRITO LOYOLA & CIA LTDA (Agência dos Correios), em continuidade delitiva.

2.3.2.2.4 YARA FORNARI LANGE

Quanto à acusada YARA FORNARI LANGE, a autoria delitiva não restou demonstrada. Deveras, apesar de restar claro nos autos que sua principal atividade à época dos fatos era a de "sacoleira", que adquiria mercadorias na cidade de Nova York e as revendia em diversas cidades do Brasil, certo é que nenhuma delas foi apreendida, de modo a possibilitar a lavratura de autuação fiscal, análise pericial, etc.

Consigno, outrossim, que não há possibilidade de se fazer qualquer tipo de liame entre a denunciada e as mercadorias apreendidas na Loja Alba Loyola no dia 30/10/2008, em Campinas/SP, visto que, entre a data dos áudios com índices nºs 7221383 e 7358157 (conversas travadas entre YARA e ANTÔNIO LUIZ), gravados em 25/02/2007 e 07/03/2007 (fls. 296/300), respectivamente, decorreu mais de um ano e sete meses. Após a realização de tais escutas, não foram realizadas outras provas de que a denunciada tenha continuado a manter contato com a família Loyola.

A certidão de movimentos migratórios, por si só, não faz prova da materialidade ou da autoria delitivas do crime de descaminho, apesar de servir à materialidade e autoria do delito de quadrilha, corroborados por outros elementos, como se verá a seguir.

Não consta dos autos, ademais, apreensão de mercadorias descaminhadas na residência da denunciada YARA FORNARI LANGE, quando do cumprimento dos mandados cumpridos no dia 30/10/2008, sendo que a sua absolvição é medida que se impõe.

2.3.2 Quadrilha ou bando

Narra a denúncia que os réus se associaram para o fim de cometer crimes de descaminho, incorrendo, assim, na conduta tipificada no artigo 288 do Código Penal.

O tipo penal do artigo 288 *(com redação anterior à dada pela Lei nº 12.850, de 2013)* do Código Penal, assim dispunha:

> *Quadrilha ou bando*
> *Art. 288*. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:
> Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Quadrilha ou bando é crime comum, ou seja, pode vir a ser praticado por qualquer pessoa; formal, na medida em que não exige para sua efetiva consumação um determinado resultado naturalístico, consumando-se quando se aperfeiçoa a convergência de vontades entre mais de três pessoas para o cometimento de crimes, independentemente da realização ulterior destes mesmos crimes, para o qual a quadrilha associou-se; de forma livre, na medida em que pode ser eleita qualquer via pelos agentes para associarem-se; plurissubjetivo, pois exige a associação de pelo menos quatro pessoas para consumar-se. Referido delito não admite tentativa, visto que há necessidade de estabilidade e permanência.

Como bem coloca Nelson Hungria, para que se caracterize o delito "é suficiente o mero fato de se associarem mais de três pessoas (no mínimo quatro) para o fim de cometer crimes, sem necessidade, sequer, do começo da atuação do mais ou menos extenso plano criminoso

que os associados se hajam proposto"[2].

Nesse sentido a jurisprudência colacionada:

> RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. OPERAÇÃO ROMÊNIA. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO DO INSS. FRAUDE DE DOCUMENTOS E BENEFÍCIOS A COMUNIDADES CIGANAS. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. DELITO DE QUADRILHA. AUTÔNOMO. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS IDÔNEOS. NÃO OCORRÊNCIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. RECONHECIMENTO DA ILEGALIDADE DE UMA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. OUTRAS PROVAS COLHIDAS. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. RECURSO ORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. I – (...). II (...) III - Conforme orientação pacífica desta Corte, o delito de quadrilha é autônomo, prescindindo da concretização de qualquer crime anterior ou posterior. IV - Da leitura da inicial acusatória, constata-se que nela está descrito o fato típico imputado aos recorrentes, bem assim os indícios de materialidade e autoria. V (...) VI – (...) VII – (...). VIII - Recurso a que se nega provimento. (RHC 121093, RICARDO LEWANDOWSKI, STF).

> *HABEAS CORPUS*. PENAL. CRIMES DE ROUBO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. TESE DE ATIPICIDADE DA CONDUTA QUANTO AO ART. 288 DO CÓDIGO PENAL. COMPROVAÇÃO DE VÍNCULO ASSOCIATIVO ESTÁVEL DE MAIS DE TRÊS PESSOAS. IDENTIFICAÇÃO DE TODOS OS ENVOLVIDOS. DESNECESSIDADE. 1. Para o reconhecimento do crime de formação de quadrilha, basta a comprovação da existência de associação estável de mais de três pessoas, com a intenção de praticar crimes diversos, sendo, pois, prescindível a identificação efetiva de todos os membros da quadrilha ou bando. Precedentes. 2. Ordem denegada. (STJ - HC: 160290 MS 2010/0012159-5, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 14/02/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/02/2012).

> AÇÃO PENAL. Crime de quadrilha ou bando. Delito formal contra a paz pública. Circunstâncias elementares do tipo. Concurso de, pelo menos, quatro pessoas, finalidade específica dos agentes e estabilidade do consórcio. Exigência da prática ulterior de delito compreendido no projeto criminoso. Desnecessidade. Figura autônoma. Descrição suficiente dos fatos elementares. Denúncia apta. Impossibilidade de aprofundar a cognição dos fatos à luz da prova. HC denegado. Inteligência do art. 288 do Código Penal. Precedentes. Crime formal, o delito de quadrilha ou bando consuma-se tanto que aperfeiçoada a convergência de vontade dos agentes e, como tal, independe da prática ulterior de qualquer delito compreendido no âmbito de suas projetadas atividades criminosas. (STF - HC: 88978 DF, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 04/09/2007, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-106 DIVULG-20-09-2007 PUBLIC-21-09-2007 DJ 21-09-2007 PP-00043 EMENT VOL-02290-02 PP-00262 RTJ VOL-00203-03 PP-01164 RMDPPP v. 4, n. 20, 2007, p. 107-114).

2.3.2.1 Autoria e Materialidade

As provas constantes dos autos denotam a existência de uma quadrilha formada pelos integrantes da família Loyola, ANTÔNIO LUIZ VIEIRA LOYOLA, MARIA ALBA ANDERE DE BRITO LOYOLA e ANA CAROLINA DE BRITO LOYOLA, que, pessoalmente e/ou agregados da cooperação de ao menos dois "sacoleiros", dentre eles YARA FORNARI LANGE e JOSÉ CARLOS DE FIGUEIREDO COIMBRA, efetuavam o descaminho de mercadorias oriundas da cidade de Nova York, com o fim de abastecer a loja ALBA LOYOLA. Sabe-se ainda que YARA FORNARI LANGE praticava os descaminhos pessoalmente, mas também contava com a par-

2 HUNGRIA, Nelson. Comentários ao código penal. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, pág. 163.

ticipação de outros "sacoleiros" para o sucesso de seu intento criminoso, tais como Priscila e Gelsa (interceptação telefônica índice nº 7358157, que será adiante colacionada). Apesar da extinção da punibilidade de JOSÉ CARLOS DE FIGUEIREDO COIMBRA, em virtude de seu óbito, consta dos autos que tal "sacoleiro" possuía uma grande rede de lojas espalhadas pelo Brasil, que eram suas "clientes", e revendiam seus produtos descaminhados.

A divisão de tarefas era clara. No topo da quadrilha, coordenando-a, estava a figura de ANTÔNIO LUIZ VIEIRA LOYOLA. Deveras, os áudios das interceptações telefônicas denotam claramente que tudo o que dizia respeito aos descaminhamento das mercadorias importadas passava pelo seu crivo. ANTÔNIO LUIZ VIEIRA LOYOLA cuidava não só da parte financeira da quadrilha (índices nºs 7358157, 7376640, 7397941, 7538469, 7595419, além de todas as conversas travadas entre o acusado e Giuliana, já colacionadas no item 2.3.2.2.3 acima), como também coordenava e orientava seus pares no *modus operandi* do descaminho, tal como quando orienta sua sobrinha Cris, por intermédio de sua filha ANA CAROLINA, a desembarcar com "uma mala só e outra de mão", para não dar "bandeira" (índice nº 7376640). Dos índices citados neste parágrafo, apenas o de nº 7538469 ainda não foi colacionado.

> *Índice 7538469 – LOYOLA x CRIS – 18/03/2007 – 12:34*
> CRIS: Oi tio, tudo bom?
> LOYOLA: Fala lindona, como é que vai, tá boa bem?
> CRIS: Tudo jóia tio.
> LOYOLA: Então, a Carol falou que a sua mãe vai te levar, é isso?
> CRIS: Vai, vai sim tio.
> LOYOLA: Então tá. Então é o seguinte, eu preciso saber quanto que deu o...o Gilmar, eu já paguei, e não precisa ir lá. Só precisa ir lá na...na...como é que chama lá...na Regini, tá?
> CRIS: Tá bom tio, pode deixar que eu vou lá.
> LOYOLA: Então, mas quanto que tem que pagar lá bem?
> CRIS: É, 1210 tio.
> LOYOLA: Tá bom, então você está em casa agora? Eu vou dar uma chegadinha aí pra acertar, pra você levar o dinheiro então, tá?
> CRIS: Tá bom então tio.
> LOYOLA: A hora que eu estiver chegando aí eu te dou um toque, tchau.
> CRIS: Tá bom, beijo.

Apurou-se, outrossim, que ANTÔNIO LUIZ VIEIRA LOYOLA possuía um contato no Aeroporto de Guarulhos que o auxiliava, de alguma forma, no desembaraço irregular das bagagens, a fim de evitar que as mercadorias descaminhadas fossem apreendidas (índices nºs 7221361, 7951851 e 7951958). As investigações sobre tal pessoa, no entanto, restaram infrutíferas, o que não importa dizer que o fato inexistiu.

> *Índice 7221361 – LOYOLA X CHICO, MARIA ALBA X NÍVEA – 25/02/2007 – 12:40*
> CHICO: Oi.
> LOYOLA: Fala Chiquinho, tudo bem?
> CHICO: Tudo, e vocês, chegaram bem?
> LOYOLA: Chegamos, e vocês, chegaram bem?
> CHICO: Graças a Deus tudo em ordem. Chegamos, tomamos banho agora, agora estamos tentando descansar. E a aniversariante?
> LOYOLA: Tá boa, tá tomando banho também. Viu CHICO. Então, estou com o telefone novo do Valdir. Se precisar, falou?
> CHICO: Então, nós encontramos com ele outro dia lá, né, na última viagem. Tamo saindo

demo de cara com ele, aí ele deu o telefone, mas você não comentou nada que que...lembra uma vez que você falou, "melhor a gente não mexer muito", não sei o que, eu também fiquei quieto, porque...mas a NÍVEA quando vai, agora ai, foi com a Júlia...aí ligou para ele esperar. Hoje ele estava lá, tava lá, mas tinha outras pessoas que ele estava esperando sabia?
LOYOLA: Tá legal.
CHICO: Ele falou que encontrou vocês lá ontem, que vocês chegaram e tal, e tava tudo bem, aí ele até sentou na mesa para tomar um café, e falou que...cê continua é...você deu naquele esquema que você dava antigamente? Como é que você fez?
LOYOLA: Não entendi isso, como é que foi?
CHICO: Aquele esquema que era antigamente você...vou falar por código tá? Aquele esquema de antigamente, você fez ontem da mesma forma?
LOYOLA: Mesma coisa.
CHICO: É eu também. Ele sentou na mesa assim meio cabisbaixo, e falou assim, gente, vocês não imaginam o que isso ajuda a minha vida. Coitado, fiquei morrendo de dó. Porque o outro foi embora né?! O outro saiu de lá, aquele outro amigo dele né?
LOYOLA: Saiu, não está mais lá.
CHICO: Mas ele também, parece que ele num...a última vez que a gente se encontrou com ele lá ele disse "olha, aqui não é mais meu serviço, só se vocês me ligarem e me pedirem e coincidir o dia", porque parece que ele não está mais ali no terminal como antigamente não é? Parece que ele está lá em cima, num outro lugar não é?
LOYOLA: É isso aí.
CHICO: Ele te falou?
LOYOLA: Falou. É isso mesmo. Que estava fora de lá.
CHICO: Mas como você falou que não queria mexer com isso aí, que você tinha conhecido esse outro cara, então também não vou mexer, aí se coincidir tudo bem, se não coincidir, por isso que eu não te dei, mas ah...a gente tinha o telefone dele.
LOYOLA: Não, beleza, tudo bem, já peguei também. Tá bom. Bom, vocês chegaram bem, tudo bem então. Abraço aí pra vocês Chiquinho.
CHICO: Graças a Deus. E a aniversariante? Falar com ela.
LOYOLA: Ela está no banho, tomando banho.
CHICO: E a família? Está toda aí?
LOYOLA: Tá. Não, só está o Daniel. A Carolina não tá.
CHICO: E o seu sogro? Ele não ia tá aí? A sua sogra, não sei?
LOYOLA: Não. Não vieram não Chiquinho. Tá só nóis memo. Vamos sair para almoçar agora. Um bom descanço proceis aí. Descansem bastante! Falou, um abraço.
CHICO: Calma, você está muito...muito curto...muito grosso...peraí, deixa eu conversar mais. E a YARA, falou com ela aqui no Brasil?
LOYOLA: Aqui não. Não liguei para ela aqui não.
CHICO: Será que ela está embarcando hoje?
LOYOLA: Ela falou que estava na segunda de manhã. Deve tá indo hoje à noite, né?
CHICO: O seu voo veio lotado?
LOYOLA: Não cabia nem mosca.
CHICO: O nosso também cara. Não cabia uma mosca. Eu nunca vi coisa igual na vida. Eu nunca vi. Você pegou turbulência?
LOYOLA: O que CHICO?
CHICO: Você pegaram turbulência?
LOYOLA: Não, nenhuma.
CHICO: Vocês sabem que na hora do jantar, eu não sei que rota, eu não sei se é o dia, eu não sei que rota que ele pega, mas pegamos uma turbulência cara. Na hora...é sempre assim, na hora do jantar, eles têm que interromper, e tudo mundo apertar o sinto e para tudo. Você precisa ver.

LOYOLA: Nós demos sorte dessa vez, não deu não. Se deu também eu...não, não deu não, eu não senti. Se tivesse dado eu tinha sentido. Deu nada não. Tá bom, a Alba saiu do banho aqui, vou passar para ela.
CHICO: Legal, um abraço, um bom dia proceis. Vê se aparece qualquer hora aí, pra gente almoçar aqui no domingo.
LOYOLA: Espera só um pouquinho. Eu vou, eu vou ver se falo com a YARA. Se você falar com ela me dá um toque. E se eu falar eu te dou um toque. Você largou tudo lá do jeito que ela pediu?
CHICO: Ó, eu vi lá a sua caixa estava tudo direitinho lá. É...quando cê deu pro...é aquele negão bonzinho, o careca, que te atendeu ou aquele outro que está sempre bebum, quem que te atendeu?
LOYOLA: O carequinha.
CHICO: Quanto você deu de grana pra ele:
LOYOLA: Não sei, trinta dólares, parece.
CHICO: Eu dei cinquentão cara, mas ele ficou tão contente. Porque é...olha a responsabilidade, né? É que cê deixou lá só uma caixa mais aquele negócio do pai da Alba, mais uma mala né? São três volumes seus lá né? O "inaudível" você deixou no Gilmar né?
LOYOLA: Isso aí. Eu vi as suas coisas chegando lá da Laura. A Laura foi lá levar né?
CHICO: É aqui...lá na Laura, a gente pegou o que tinha...a NÍVEA fez uma loucura aqui, sexta feira foi uma palmeira cara, ela foi em sete oito lugares. E aí chegou na Laura eu não aguentava mais carregar mais as duas malinhas e sacola, montei uma caixa lá. Tinha uma caixa da Laura, tinha uma caixa de sacola e duas malinhas. E falando na Laura, a Laura mandou um convite que ela vai fazer um evento num hotel e tá convidando a gente pra um jantar. O convite da Alba acho que está aqui, ela comentou com a Alba?
LOYOLA: Comentou, falou com a Alba lá.
CHICO: então, vamo ver, se der certo né? Vai ser abril, dia 19, não sei. Mas ela quer que confirme presença tá?
LOYOLA: Ah beleza, vamos sim. Se der certo a gente vai. Bom, então tá bom, vou passar pra Alba aqui. Peraí um minutinho. O Alba, você sabe o telefone da YARA? O telefone novo dela, pra passar aqui...Ô CHICO, eu esqueci o telefone da YARA, eu esqueci lá em...lá na praia. Você pode passar pra mim depois aí?
CHICO: Com certeza. Eu te passo já já tá? Viu, e então vamo agora torcer pra dar tudo certo, difícil chegar tudo né cara? Vamo torcer. Rezar né? E cê mandou a grana na boa né?
LOYOLA: Mandei, tudo certinho, já foi embora. Ela pegou e tal, foi embora.
CHICO: Ah é...Deus ajude, vai dar tudo certo. Deus ajude. É isso aí cara. Tá bom, eu vou ver o telefone da YARA pra te passar.
LOYOLA: Beleza, e eu vou te passar aqui a Alba, tá bom? Um abraço.
CHICO: Outro. (...)

Índice 7951851 – LOYOLA x CHIQUINHO – 25/04/2007 – 09:26
CHIQUINHO: Bom dia.
LOYOLA: Bom dia Chiquinho, tudo bem?
CHIQUINHO: Tudo, e você, desembarcou bem?
LOYOLA: Tudo certinho, mas o rapaz não apareceu não falou? Aquele nosso amigo lá não veio não, mas tudo bem, beleza, passou batido (inaudível).
CHIQUINHO: Ai que bom, Antônio Luiz, tentei ligar até 11 horas da noite, hoje de manhã tentei ligar, só cai numa secretaria lá que eu não entendo o que que é. Tenta ligar você. Eu liguei ainda agora de manhã, duas ou três vezes, né, pra confirmar com a mulher dele se ele tinha ido. Mas é bom você localizar ele hoje, tentar localizar, né. Será que esse telefone, (inaudível), por que cai numa secretaria que diz assim: Este telefone está temporariamente indisponível. Tanta pra você ver hoje.

LOYOLA: Eu vou tentar pra ver se ele pega a Alba amanhã, falou?
CHIQUINHO: É, porque amanhã são três né? É bem ele ir, ele estar lá né? Mas eu tentei ontem até...deixei recado na secretária, tentei até onze horas da noite e hoje de manhã já tentei umas três vezes. Só cai nessa secretária aí, ou telefone temporariamente indisponível.
CHIQUINHO: Ah, não esquenta a cabeça não. Se não der vai fazer o que também. Tem que... tem que ser certinho né, tudo bem, beleza. Só pra te dar um toque que está tudo bem. Um abraço Chiquinho, brigado.
CHIQUINHO: O motorista foi te pegar ou você estava com o carro aí?
LOYOLA: Tava, tava de carro.
CHIQUINHO: Ah tá. Tudo bem então, fez boa viagem, tudo certinho, já está na estrada?
LOYOLA: Tô na marginal CHICO. Saindo aqui né?
CHIQUINHO: Ai que bom, então vai com Deus, boa viagem, entendeu? Eu vou tentar ligar lá também pra falar, elas estão chegando amanhã né?
LOYOLA: Isso, mas não precisa CHICO, eu tento, pode deixar, (inaudível).
CHIQUINHO: Como é que é?
LOYOLA: Pode ficar tranquilo, não precisa, eu vou tentando por lá depois mais tarde.
CHIQUINHO: Isso, vai tentando, quem sabe uma hora consegue, eu não sei...é...eu não entendi, chegou lá no aeroporto ele disse assim: "você tem o meu celular?", eu falei, não, não tenho, ele falou "é melhor eu não dar, porque uma hora você liga eu tô aqui", eu não sei, não sei, esse telefone dele aí, tá esquisito viu?
LOYOLA: Mas tudo bem, beleza, mas quando você falou com ele você falou nesse telefone, né?
CHIQUINHO: Falei nesse telefone, agora eu não sei se o cara não pagou a conta, não tinha dinheiro pra pagar a conta e a Telefônica suspende, né, ligações, agora com dinheiro de repente o cara paga a conta, mas vamos tentar hoje, vamos ver né.
LOYOLA: Não, beleza, tudo bem, vai dar tudo certo, brigado viu Chiquinho, um abraço, tchau.
CHIQUINHO: Outro grande, um bom dia pra você, até mais, tchau tchau.

Índice 7951958 – LOYOLA x CHIQUINHO – 25/04/2007 – 09:35
LOYOLA: Fala CHICO.
CHIQUINHO: Consegui falar com o cara. Ele foi no 955. Olha que absurdo. Agora ele disse o seguinte, que as crianças tiraram o telefone do gancho, porque Antônio Luiz, eu comecei a ligar pra ele antes das 8, fui até 11 horas, e agora de manhã também, ele ficou muito chateado né. Falei pra ele que elas estão chegando amanhã, pra ele ir lá dar uma assistência, ele falou que amanhã ele conversa com você. E Agora ele deu o celular, ele falou assim, em último caso, a gente pode ligar no celular dele, depois você anota?
LOYOLA: Depois eu anoto, mas ele tá em casa já o cara?
CHIQUINHO: Tá em casa Antônio Luiz. É que ele sai no horário que o voo chega, entendeu? E ele foi em outro voo, ele falou que ele esperou, ficou olhando, não te achou. No 955. E aí pediu desculpas, mil desculpas, mas que amanhã ele tá lá. Pra ficar tranquilo, que amanhã ele conversa com você e ele dá toda a assistência lá para as três. Falei que tá chegando ao Alba, a cunhada e mais uma moça tá?
LOYOLA: Beleza, mas só a Alba e a cunhada, a moça lá não tá no esquema né CHICO?
CHIQUINHO: Não, mas tudo bem, sei lá né Antônio Luiz, falei que tem três, depois você liga pra ele mais tarde e conversa com ele, ele falou que amanhã ele vai encontrar com você. E a hora que você puder anotar o celular, agora ele deu o celular, para no último caso ligar nesse celular pra ele. Falei cara, ontem eu liguei para você desde as quinze pras oito, ligue até onze horas da noite. Falou pois é, mais eu estava em casa, falei ô Valdir, você não estava na internet? Seus filhos não tiraram ele do gancho? Ele falou, pode ser, as crianças mechem muito no telefone, pode ser que estava fora do gancho, ele ficou muito chateado. Ele falou, mas de qualquer forma ele estava te esperando hoje também, mas ele foi no 955, porque eu falei que você ia chegar entre hoje e amanhã. Aí já dei um toque, falei que elas estão chegando. Ele

falou, pode ficar tranquilo que amanhã eu vou lá, e amanhã ele conversa com você. E mais tarde você me liga e eu te passo o celular dele, tá bom?
LOYOLA: Belezinha CHICO. Obrigado viu um abraço.
CHIQUINHO: De nada. Desculpa cara, desculpa, eu não tive culpa, ah...é...o telefone do cara não funcionou mesmo.
LOYOLA: Que é isso rapaz, não tem problema, não tô falando nada, (inaudível), fica tranquilo, um abraço, obrigado.
CHIQUINHO: Outro, bom dia pra você...não tá cansado pra dirigir?
LOYOLA: Ah tô cansado CHICO, puta que o pariu, não é mole não. É um trampo que você não imagina, arrumar aquelas malas (inaudível), é duro.
CHIQUINHO: Eu imagino, bom, vai devagar, vai com calma, boa viagem, vai com Deus, cansou para, toma um café, dá uma cochilada, depois você continua meu, cuidado.
LOYOLA: Ah beleza, beleza, falou CHICO, até amanhã, um abraço, tchau.
CHIQUINHO: Amanhã você vem pra buscá-las?
LOYOLA: Eu não sei, amanhã vou ver o motorista, eu não tô sabendo ainda como é que vai ser o dia aí, como é que vai ficar.
CHIQUINHO: Tá bom, qualquer coisa aí liga pra gente. Um abraço, tchau.
LOYOLA: Brigado CHICO, tchau.

Em solo americano, a quadrilha de ANTÔNIO LUIZ VIEIRA LOYOLA adquiria as mercadorias sempre nos mesmos estabelecimentos comerciais. A assiduidade era tamanha, que a quadrilha chegava a comprar a crédito (índices nºs 7358126 e 7376640, já colacionados).

MARIA ALBA ANDERE DE BRITO LOYOLA, por sua vez, tinha a função de trazer, pessoalmente, mercadorias descaminhadas da cidade de Nova York (índice nº 7221361, já colacionado).

MARIA ALBA cuidava ainda de se encontrar com os "sacoleiros" YARA FORNARI LANGE e JOSÉ CARLOS, quando chegavam ao Brasil com os produtos descaminhados, a fim de selecionar e preparar as mercadorias para exposição em sua loja (índices nºs 8381153, 8381456, 8384580, 8516107, 8602358, 8653137, 9250514, que serão colacionados adiante).

Além disso, conforme já explanado no item 2.3.2.2.2 acima, administrava a loja na parte de compra e vendas de mercadorias, que, como já visto, eram, em sua maioria, descaminhadas. Para se ter uma ideia da quantidade de produtos que os "sacoleiros" conseguiam trazer com apenas uma viagem, o índíce 7358157 (já colacionado), de uma conversa travada entre ANTÔNIO LUIZ e YARA, revela que esta última entregaria 128 quilos de roupas e bolsas, quantidade essa suficiente para abastecer metade da loja dos acusados, visto que na diligência ocorrida no dia 30/10/2008 foram apreendidas na empresa e no depósito 250 quilos de mercadorias diversas.

ANA CAROLINA DE BRITO LOYOLA, conforme relatado no item 2.3.2.2.1 acima, prestava auxílio aos seus pais na loja de sua propriedade, nas tarefas de comprar, manter em depósito, vender e expor à venda, as mercadorias que sabidamente eram descaminhadas.

A transcrição das conversas telefônicas contidas no item 2.3.2.2.1, mormente a de índice nº 7376640, evidenciam que a ré tinha plena ciência do esquema criminoso, com ele aderindo e dando a sua parcela de contribuição.

YARA FORNARI LANGE era "sacoleira" por profissão, sua certidão de movimentos migratórios (fls. 237/239), aliada aos diversos áudios de conversas telefônicas que travava com clientes, não deixam margem a dúvidas.

Índice: 7614420
YARA X ALEXANDRE
Alexandre pergunta se ela quer que leve alguma para SP (Yara acabou de chegar de viagem e reclama que seu apartamento está sujo). Yara diz que sim. Alexandre diz que queria deixar uma bolsa de alça com ela. Yara passa seu endereço: Rua Mário Agostinelli, 100 - bloco 2 ap. 510. Condomínio Rio Dois-Barra da Tijuca-RJ.

Índice: 7615546
YARA X MARIA TERESA
Maria diz que é irmã de Prieto e diz que quer pegar um computador que ela trouxe. Yara pergunta onde está Prieto e Maria diz que ele está em Brasília. Yara passa seu endereço. Maria pergunta onde ela terá entrega para fazer e Yara diz que na Zona Sul toda. Yara diz que mandará por Aílton.

Índice: 7617480
YARA X FERNANDO
Fernando pergunta se ela entrega (possivelmente mercadoria) segunda-feira. Yara diz que se tiver pressa pode mandar buscar, pois ela já está separando (ela acabou de chegar de viagem).

Índice: 7624059
YARA X MIRIAM
Yara diz que o Ailton tem várias entregas para fazer e manda por ele. Miriam diz que tudo bem.

Índice: 7641977
YARA X JOSITO
Josito diz que cobrou cem dólares do Davi. Ele diz que é referente a dois monitores, um ele trouxe e outro a Yara o fez.
O interlocutor de YARA demonstra praticar vendas dos produtos trazidos por ela.

Índice: 7642309
YARA X LURDINHA
Lurdinha liga aparentemente de NY, dizendo que a VERA tem muita mercadoria e pergunta a YARA se não tem problema. YARA diz que não, frisando somente que seu prazo de entrega é em torno de 10, 12 dias, a partir do embarque em NY. Yara pede a Lurdinha para identificar as bagagens. Yara passa um endereço em NY para Lurdinha entregar alguma mercadoria: 45th Street, 109W (entre 6th e 7th Avenue). Yara pede para entregar para Carmem depois das 14h00. Yara ao final diz estar indo para SP hoje.
Nesta conversa ficou claro que Yara utiliza brasileiras, provavelmente que moram em NY, para efetuarem suas compras. Com isso, ela ganha tempo e gira mais mercadorias. O prazo de entrega a que ela se refere, provavelmente seja o prazo de pagamento.

Índice: 7642644
YARA X MAURÍCIO
(Mônica vai com Yara quarta-feira para NY) Yara diz que precisa falar com urgência com Mônica, porque “a mulher está enchendo seu saco” por causa das roupas. Maurício diz que Mônica está indo hoje para NY. Maurício diz que está indo buscar outra pessoa chegando de NY na quarta (com carregamento de roupas) e cita nome de Sr. AILTON como recebedor das mercadorias (que trabalha junto com YARA).
Maurício deixa claro que embarca de busca pessoas no aeroporto com esse trajeto Rio-NY-Rio.

Índice: 7642779
YARA X FERNANDO
Yara conversa com Fernando e pergunta se pode deixar mercadoria na casa do AILTON. Fernando diz que sim. Yara passa telefone de AILTON: 21-2548.1332 (ela fala que ele mora na Siqueira Campos) YARA diz que estará voltando dia 07 de abril de NY e está embarcando para lá na quarta-feira próxima. Fernando diz que da última vez foi fraco (mandou pouca coisa). Yara diz para deixar ($$$?) com Aílton e quando ela voltar de SP ela pega com ele.
Tal telefone está instalado na Rua Siqueira Campos, num. 33 ap. 606- Copacabana-RJ, em nome de Silvia Rosa da Silva Sant'ana. CPF 0884918173-36.

Índice: 7642787
YARA X MARTINHA
YARA liga para EUROBRÁS e diz que está indo lever mercadoria para CIBELE.

Índice: 7643194
YARA X CIBELE
YARA liga para EUROBRAS (CIBELE) e pergunta se esta quer que envie, ou que traga, alguma coisa para SP. Yara pede para alguém descer e pegar as mercadorias.

Índice: 7643545
YARA X LUIZ
YARA diz para Luiz que está lhe enviando U$200,00 para despesas pessoais e que é para ele entregar primeiro as mercadorias (roupas) para ANA LOPES e depois para ROBERTO, pois ambos são concorrentes.
Além de Aílton, Luiz também trabalha para Yara e ela deixa claro que abastece vendedores ao dizer sobre concorrentes.

Índice: 7643728
YARA X SÍLVIO RAMOS
SILVIO RAMOS diz que madou e-mail para "os caras" e eles não responderam. Yara diz para ele falar com Eduardo, pois este é pessoa confiável e trabalha há muito tempo neste ramo. Silvio diz que precisa que tragam para ele um equipamento de um tamanho de um rádio de carro e que custa em torno de U$ 3.000,00. Yara diz que cobra cerca de 25% de comissão. Diz que quando ele comprar deve passar o endereço de entrega no hotel em que ela fica hospedada.

Índice: 7650795
YARA X FLÁVIO CARVALHO
Yara está num hotel perto de Congonhas (quality). Combinam entrega de mercadoria e pagamento. Falam em caixas de "gel" e Yara diz que vai cobrar 250 do "laptop" e 30 das caixas de gel, total 280 dólares. Yara diz que amanhã passará uma conta no Itaú.

Índice: 7656698
YARA X IOMAR
Iomar diz que o laptop veio quebrado e quer que ela leve de volta (para NY). Yara diz que está no aeroporto de SP e pede para que ele deixe com Fabrício. Ela passa o telefone dele - 11 8273-6960 (ver índice 7669873).

Índice: 7671281
YARA X CARLA
Carla pergunta quando que chegam os casacos e Yara diz que dia 31, pois já está pesado e é só vir. Carla diz que seu marido pegou duas malas e ela disse que faltavam 100 casacos. Yara

diz que está embarcando hoje para NY.

O momento da associação criminosa de YARA com a família Loyola é claramente evidenciado pelos índices de interceptação telefônica nº 7221383, nº 7358157 e nº 7368313, abaixo transcritos:

Índice 7221383 – LOYOLA X YARA – 25/02/2007 – 12:43
YARA: Alô.
LOYOLA: E aí YARA?
YARA: Ela.
LOYOLA: Como está?
YARA: Quem fala?
LOYOLA: Ah...quem fala?! Quem fala é teu macho aqui de Campinas.
YARA: Risos...Tudo bem?
LOYOLA: Machão aqui.
YARA: Chegaram bem.
LOYOLA: Graças a Deus. E você? Tá indo hoje?
YARA: Tá um calor aqui no Rio danado.
LOYOLA: Nossa Senhora! Não fala não. Também estou morrendo aqui em Campinas. Quase morrendo de calor.
YARA: Nossa, tá assim...
LOYOLA: E lá tá um frio YARA!
YARA: Ah é?!
LOYOLA: Aquele ventinho, sabe aquele ventinho que você conhece bem?
YARA: Ai, aquilo lá é insuportável né?
LOYOLA: Doidera. Bom, tudo bem, só liguei para dar um alô. Que nós chegamos e tá tudo bem.
YARA: Ah, que bom, graças a Deus então. Eu dou notícias quando chegar lá tá?
LOYOLA: Tá. Você tem previsão.
YARA: Ah, a partir de amanhã uns dez dias tá?
LOYOLA: Puta merda...dez dias? Por causa desse lançamento aqui.
YARA: Ãh?
LOYOLA: Por causa do lançamento nosso aqui, do da...do lançamento, entendeu?
YARA: Vou fazer o máximo possível tá?
LOYOLA: Não, tudo bem, você vê o mais rápido que você puder.
YARA: tá bom.
LOYOLA: Você vai estar com outro telefone lá?
YARA: Com aquele meu de sempre.
LOYOLA: Deixa eu confirmar se esse aqui, peraí, 3778064465?
YARA: 347 é o prefixo tá?
LOYOLA: É 8...
YARA: 806...
LOYOLA: 4465?
YARA: Isso.
LOYOLA: É esse aí, né?
YARA: É.
LOYOLA: Mas tá beleza então.
YARA: Tá bom. Beijo. Beijo pra Alba tá?
LOYOLA: Beijão. Brigado. Tchau!

Índice 7358157 – LOYOLA X YARA – 07/03/2007 – 19:26
YARA: Alô.
LOYOLA: Fala YARA.

YARA: Oi Luiz, tudo bem?
LOYOLA: Tudo bem, e você, tá boa?
YARA: Tudo bem. As coisas amanhã em São Paulo, tá?
LOYOLA: Amanhã? Ah, beleza, é que a Alba tá preocupada aqui, porque, já viu, lançamento, tá a mil por hora aqui.
YARA: Não, eu confirmei com você...
LOYOLA: Você falou que era quarta ou quinta, você falou, realmente avisou.
YARA: Mas é, hoje é quarta tá? Eu até ia hoje de manhã para São Paulo, só que ontem elas não conseguiram embarcar lá em Nova York, dormiram em um hotel perto do La Guardia.
LOYOLA: É mesmo?
YARA: Estão chegando ela e a Priscila amanhã de manhã viu?
LOYOLA: Puxa vida, as duas né?
YARA: É, não sei que horas o voo da Priscila chega aí, USA United.
LOYOLA: Certo.
YARA: Assim que ela chegar ela vai ligar...
LOYOLA: Ela liga pra mim, pode deixar que eu resolvo aqui.
YARA: Tá bom?
LOYOLA: Amanhã tô por aqui só pra isso.
YARA: Tá. O Luiz, quer anotar aí, quanto é que você está me devendo?
LOYOLA: Pois não, pode falar.
YARA: Eu te mando por e-mail depois tá?
LOYOLA: Não, pode falar.
YARA: São 128 quilos, vezes 23, de roupas e bolsas, dá 2944.
LOYOLA: Como é que é o negócio aí? 128 quilos né?
YARA: É.
LOYOLA: Tá.
YARA: É 2944
LOYOLA: 2944
YARA: E aquela caixa, é, aquela caixa com (inaudível) de couro, eu não vou te cobrar nada, eu tive que pagar o excesso pra trazer aquilo tá?
LOYOLA: Aquela caixa, qual caixa você está falando?
YARA: Uma caixa com (inaudível) de couro, de assento.
LOYOLA: Ah, do meu sogro, aquela de fazer de massagem.
YARA: É, eu não vou te cobrar nada, eu tive que pagar US$ 100,00 pelo terceiro volume, não teve jeito tá?
LOYOLA: US$ 100,00? Mais caro que o negócio que custou US$ 60,00.
YARA: Aquilo é do tamanho de uma mala. Ou eu deixava lá ou (inaudível) para o aeroporto, não tem como mandar voltar aqui, eu...
LOYOLA: Não tem problema, não tem problema YARA, não tem problema.
YARA: Eu (inaudível) cobrar você como recibo, fui eu que trouxe, tá?
LOYOLA: Não, que isso, não tem problema. Aquilo tá aonde?
YARA: Aquilo preciso saber se é para levar amanhã para São Paulo e vai entregar (inaudível) amanhã em São Paulo por volta do meio dia, duas da tarde tá?
LOYOLA: Esses 128 quilos tá vindo com as meninas?
YARA: Tá vindo. As bolsas já estão em São Paulo. Vai vir só as roupas tá?
LOYOLA: Ah entendi. É. AS (inaudível) chegaram ontem né?
YARA: As (inaudível) chegaram hoje né?
LOYOLA: Ah, hoje, é isso.
YARA: Tá?
LOYOLA: Então tá. Beleza.
YARA: Então tá.

LOYOLA: Então tá bom YARA.
YARA: A gente vai se falando. Eu preciso pagar elas. Daí você pode até dar para a Gelsa o dinheiro que a Gelsa paga a Priscila...
LOYOLA: Não tem problema, é só chegar, comigo é na hora bem, comigo é na hora, você sabe que não tem problema. É só avisar é na hora tá?
YARA: Ok Luiz, um beijo no pessoal tá?
LOYOLA: Brigado, tchau.
YARA: Tchau.

Índice 7368313 – LOYOLA X YARA – 08/03/2007 – 14:23
LOYOLA: Alô.
YARA: Oi Luiz.
LOYOLA: Oi YARA tudo bem?
YARA: Tudo e você?
LOYOLA: Beleza.
YARA: Luiz, eu estou aqui no Rio com...no Galeão, com o gerente da Delta que é meu amigo, ele viu o sistema da United agora, A Gelsa e a Priscila não embarcaram em nenhum dos dois voos que chegaram hoje de manhã em São Paulo tá? Eu não seu onde é que elas estão, deve estar em Nova York, em Chicago ou em Washington, tentando embarcar pra cá, tá?
LOYOLA: Ah, elas não chegaram então.
YARA: Não. Não chegaram. Você tem o telefone do Fabrício, filho da Gelsa? Você tem o telefone...
LOYOLA: Eu, eu não sei, talvez a GIULIANA tenha, eu não tenho aqui não.
YARA: Você tem como anotar agora?
LOYOLA: Anotar o telefone do Fabrício?
YARA: É, ele ia ficar tentando hoje à tarde para saber onde é que elas estão, porque elas não vieram em nenhum dos dois voos, tá?
LOYOLA: Ãh. Qual é, espera um minutinho, pode falar, é 21 ou não? Qual que é o DDD?
YARA: Não, é 11.
LOYOLA: 11, pode falar.
YARA: 8273.
LOYOLA: 8273.
YARA: 6960.
LOYOLA: 6960.
YARA: Eu vou fazer uns exames à tarde e hoje não vou atender o celular, mas o Fabrício...
LOYOLA: Então o Fabrício é o filho dela? Aquele rapaz?
YARA: Ele vai tentar localizar onde é que elas estão tá, porque elas não conseguiram embarcar, porque ele viu agora a lista de passageiros e elas não vieram em nenhum dos voos, tá?
LOYOLA: Mas elas estão de rede United?
YARA: United Airlines, tá, chegou o voo, que horas que chegou (conversa ao fundo), um chegou às 07 e o outro 09:40 tá?
LOYOLA: Elas não vieram nesses?
YARA: Não vieram, tá...
LOYOLA: Agora só amanhã, né? Só amanhã.
YARA: Não sei onde elas estão.
LOYOLA: Só vão chegar amanhã, só amanhã então.
YARA: Deve ser só amanhã tá, ou talvez o voo, só um pouquinho (conversa ao fundo), é, veio um voo de Chicago também hoje cedo, pode ser que elas tenham ido pra Chicago, é, não sei porque, como a passagem é de passageiro, pra não...daqui uma hora liga para o Fabrício e fica em contato com ele, ele vai tentar saber onde elas estão tá?!
LOYOLA: Falou então YARA.

YARA: Tá? Mas fica tranquilo que as suas coisas estão chegando aí tá?
LOYOLA: Tudo bem YARA, obrigado viu?
YARA: Beijo Antônio, tchau.
LOYOLA: Até logo.

Os réus prestaram a seguinte versão sobre a relação da família Loyola com a acusada YARA.

> Eu conheci a Yara uma vez em Nova York, no hotel, quando a gente chegou, nós estávamos tomando...(questionada sobre a compra do note book pela Yara) Eu não sei nada de notebook, isso não me diz respeito, não posso responder pra senhora, eu não sei do que se trata. Eu estou apenas respondendo que eu conheci a Yara em Nova York, num hotel, no hotel não, no café da manhã, que eu conheci um casal de brasileiros que estava tomando, a gente fica sempre em um hotel, não são todos os hotéis em Nova York que servem café da manhã, e esse...É o Super Oito, na...na... não sei direito se é na 58, não sei, tem que ver lá direito, e a gente estava tomando café da manhã, porque naquela época todo mundo viajava, o dólar estava...não me lembro quanto estava naquele momento, só sei que o dólar estava barato, e a brasileirada toda ia viajar mesmo. E brasileiro, a senhora conhece né, você conhece de longe brasileiro, daí esse casal falou pra gente assim, ah vocês são do Brasil, de onde vocês são, não sei o que lá mais, eu falei, nós somos de Campinas, São Paulo tal, aí ela falou assim, nós estamos indo para Woodbury, que é um outlet, lá em Nova York, aí, vocês não querem ir com a gente, (...) ela falou assim, tem uma brasileira, chamada Yara, trabalha aqui em Nova York, que costuma levar as pessoas em lojas com preço mais acessível, e para pontos turísticos também, inclusive para Woodbury, nós estamos indo com ela, tem dois lugares disponíveis, vocês querem ir, e fomos. Nessa viagem, que leva mais ou menos uma hora, eu soube que a Yara era uma pessoa que morava em Nova York, divorciada, tinha acho que dois filhos, que estavam na faculdade, e que ela estava ali porque ela precisava fazer um salário, um dinheiro a mais, para pagar a faculdade dos filhos dela, e que ela fazia esse tipo de serviço, que as lojas pagavam a comissão dela e devam algumas roupas, e que essas roupas ela guardava e quando ela vinha para o Brasil, ela fazia um montante, porque não adianta querer vir e vender três pecinhas, então ela fazia um montante de roupas que ela havia ganhado lá, para uso dela, mas que ela não usava, ela fazia pra vender, arrecadar um dinheiro. Ela passou o telefone para nós e disse, uma hora, se vocês quiserem, quando eu chegar no Brasil, eu posso ligar para vocês...eu disse claro, mulher você sabe como é que é. Chegamos em Woodbury, a Yara ficava sentada na praça de alimentação, a gente deixava as sacolas lá, acabou a conversa, viemos embora, pagamos ela, pagava na faixa de US$ 100,00, não sei se por pessoa, ou 200 o casal, não me lembro (...). E foi a única vez que eu conheci a Yara (interrogatório de MARIA ALBA ANDERE DE BRITO LOYOLA em sede judicial, mídia digital de fl. 1728).

> A Dona Yara foi o seguinte, a gente estava um dia em Nova York, e no café da manhã encontramos com um casal brasileiro, e batemos um papo, não conhecia também, e eles disseram, vocês não querem ir para Woodbury, é um *outlet* que tem lá perto de Nova York, eu tenho uma moça que vem, ela leva a gente pra lá, e fica o dia todo lá com a gente, dá toda assistência e ela cobra uma taxa. Tudo bem então, vamos. Daí fomos juntos. Eu e ela e a minha esposa e o outro casal e a Yara. Fomos lá, passamos o dia todo, enquanto a gente comprava, o *outlet* é muito grande né, e tem uma praça de alimentação enorme também, ela ficava lá, a gente comprava, às vezes passava deixava uma sacolinha com ela lá, guarda pra gente aí, quando comprava coisa né, foi isso, daí passamos o dia, e depois voltamos para Nova York. Foi isso. Eu lembro que uma vez a minha esposa estava aguardando, porque a Yara, ela fazia, se eu não estou enganado no que vou falar, ela fazia o seguinte, ela levava o pessoal, os brasileiros, nas lojas, comprava, e ela ganhava comissão, essa comissão parece que, muitas vezes, ela recebia

> em roupas, ou em creme, sei lá, qualquer coisa que fosse da loja, do esquema da loja, aí o que acontece, ela ia guardando isso. Aí um belo dia, eu lembro que a gente conversou com ela e que ela estava vindo para o Brasil, e que ela queria mostrar para a minha esposa as coisas, daí eu falei tudo bem, vai chegar quando e tal, sei lá, aí veio, a minha esposa foi lá em São Paulo ver, e chegou lá em São Paulo, não gostou de nada, e comprou uma bolsa, parece. Esse foi o contato que a gente teve com ela (interrogatório de ANTÔNIO LUIZ VIEIRA LOYOLA em sede judicial, mídia digital de fl. 1728).
>
> Dona Alba e Seu Luiz eu conheci em Nova York, no início de 2007, porque eu fazia, levava brasileiros turistas para fazer compras, levava eles nos lugares de turismo, e como eu fui aeromoça muitos anos eu conheço muito bem Nova York, então quando a Varig quebrou eu fui trabalhar lá, nesse trabalho. Então eu conhecia muita gente, alguém nos apresentou, e eu fui com eles um dia para Woodbury, eles foram fazer umas compras lá e eu passei o dia com eles lá. Mas a Carolina, ela eu não conhecia não. Eu até ofereci para a Alba se precisasse de alguma coisa, mas ela disse que a loja dela era de coisas mais chiques e tal, mais bonitas. Uma vez ela foi a São Paulo, eu tinha umas coisas para vender lá das comissões que eu ganhava, muitas vezes as lojas me davam roupas de fora da estação, mas ela disse que não era do gosto da loja dela e comprou de mim, se não me engano, uma bolsa (interrogatório de YARA FORNARI LANGE em sede judicial, mídia digital de fl. 1728).

A versão dos réus não se sustenta diante dos inúmeros elementos trazidos aos autos, dentro os quais os que estão acima colacionados.

O fato de YARA não conhecer todos os membros não a desvincula do grupo, pois, em casos como o dos autos, onde há a participação de vários agentes, é comum a atuação do bando por meio de "células", o que desvincula cada membro da necessidade de conhecimento do todo, ou seja, dos demais agentes, a fim de preservar a estrutura criminosa, proporcionando-lhe uma vida mais longa.

JOSÉ CARLOS DE FIGUEIREDO COIMBRA também era "sacoleiro" profissional. Os diversos áudios de conversas telefônicas travadas com clientes não deixam margem a dúvidas.

> *Índice: 8653137*
> ZÉ CARLOS X ANINHA
> Aninha diz que é amiga da Alba de Campinas. Zé Carlos está embarcando para Nova York e volta na quarta-feira atenderá a Alba em Campinas e pergunta se Aninha poderá estar lá. Zé Carlos diz que trabalha com roupas caras de festa e bolsas também, mas quarta-feira é melhor, pois não gosta de falar essas coisas por telefone... Ana quer bolsas.
>
> *Índice: 10060061*
> ZÉ CARLOS X VÂNIA
> Zé Carlos diz que não sabia que viria hoje, pois poderia trazer roupas para a loja dela. Vânia diz que irá para onde ele está para ver.
> ***Ele está em BH.***
>
> *Índice: 10061842*
> ZÉ CARLOS X ANDRÉIA VIDIGAL
> Uma pessoa atende dizendo espaço Andréia Vidigal. Zé Carlos pede para falar com Andréia e HNI diz que ele está atendendo, a loja está lotada. Zé Carlos diz que está cheio de roupas e queria que ela visse, ele diz que está indo para lá com as roupas.
> ***Trata-se da ANDREIA VIDIGAL MODAS LTDA. em nome de Maria Andréa de Castro Vidigal e Daniele Alves Caldeira.

Índice: 10062078
ZÉ CARLOS X MNI
Zé Carlos está em BH e diz que "aqui foi péssimo, eu com tanta mercadoria e foi péssimo". Ele diz que estava tão feliz com a encomenda do cara e chegou lá e não vendeu quase nada e vai para Fortaleza.

Índice: 10063055
ZÉ CARLOS X CRISTIANE
Zé Carlos pergunta se quer que vá levar as bolsas e ela diz que sim.

Índice: 10063893
ZÉ CARLOS X ANDRÉIA VIDIGAL
Em determinado ponto da conversa ele diz que ainda não atendeu o Rio (não levou mercadorias para a cidade do Rio de Janeiro). Ele diz que ligou para uma pessoa do Rio dizendo que acabou de chegar de NY e que estará na casa dela amanhã e depois levará umas roupas para Raquel, em Fortaleza-CE.
Zé Carlos deixa muito claro que vende mercadorias em várias Unidades de Federação do Brasil.

O momento da associação criminosa de JOSÉ CARLOS com a família Loyola é claramente evidenciado pelos índices de interceptação telefônica nºs 8381153, 8381456, 8384580, 8602358 e 9250514 abaixo transcritos:

Índice 8381153 – LOYOLA X ZÉ CARLOS – 14/06/2007 – 12:21
LOYOLA: Alô
JOSÉ CARLOS: Luiz?
LOYOLA: Oi?
JOSÉ CARLOS: Bom dia, aqui é o Zé Carlos, é que eu cheguei de Fortaleza...
LOYOLA: Ãh.
JOSÉ CARLOS: Eu cheguei de Fortaleza e eu tinha marcado com a Alba hoje ou amanhã, entendeu?
LOYOLA: Sei.
JOSÉ CARLOS: Eu tô aqui em São Paulo, que ela falou que estaria em São Paulo fazendo (inaudível).
LOYOLA: Tá. Ela tá aí, eu vou ligar pra ela e te ligo, tá bom?
JOSÉ CARLOS: É que o meu celular não está pegando aqui em São Paulo, tá horrível, entendeu? Aí quer que eu te ligue daqui a pouco?
LOYOLA: Você me liga daqui uns quinze minutinhos e eu já falo com você.
JOSÉ CARLOS: Tá joia, tchau.
LOYOLA: Tchau.

Índice 8381456 – LOYOLA X MARCELO – 14/06/2007 – 12:49
LOYOLA: Alô.
MARCELO: Luiz?
LOYOLA: Ele.
MARCELO: Luiz, aqui é o Marcelo que trabalha com o Zé Carlos, tudo bom? Zé Carlos do Rio.
LOYOLA: Ah, pois não.
MARCELO: É que ele pediu pra eu ligar pra você, porque o telefone dele não está pegando.
LOYOLA: Eu já passei pra ele agora o telefone.
MARCELO: Não, então, daí ele pediu pra ligar pra você, pra saber se você tem alguma posição já.

LOYOLA: Marcelo...
MARCELO: Eu trabalho com o Zé Carlos, das roupas.
LOYOLA: Então cara, eu tô te falando pra você, eu já passei pra ele o telefone agora, da minha esposa.
MARCELO: Tá ok então, eu vou ligar para ele de volta. Tá bom?
LOYOLA: Tá bom.
MARCELO: Valeu Luiz, um abraço, tchau.

Índice 8384580 – LOYOLA X ZÉ CARLOS – 14/06/2007 – 17:48
Zé Carlos falou com Alba e ela marcou com ele em SP, onde ele está. LOYOLA diz que se ela marcou, ela vai. Zé Carlos diz que ela está tirando pedido e quando acontece isso "o bicho pega". LOYOLA diz que está em Brasília e para ele aguardar.
Pelo teor da conversa, Alba LOYOLA está se deslocando até São Paulo para encontrar com Zé Carlos e fazer pedidos de mercadorias.

Índice 8602358 – LOYOLA X ZÉ CARLOS – 03/07/2007 – 13:17
Zé Carlos quer falar com Alba e passa seu celular (21) 8608.4848 e o do Marcelo (21) 8897.0707(interceptado) e diz que chegou de viagem e está indo na sexta-feira.

Índice 9250514 – MARIA ALBA X GIULIANA – 30/08/2007 – 16:08
Alba manda comprar passagem para RJ em nome de José Carlos Coimbra. Juliana diz que entrou no site e pergunta se é de Campinas e Alba confirma (É possível ouvir ao fundo a voz de Zé Carlos). Alba conversa com Zé Carlos ao fundo e diz: "eu pago pra você (a passagem) e já desconta".

As datas de todas as interceptações não deixam dúvidas sobre a estabilidade e permanência da quadrilha, vez que se iniciam em fevereiro de 2007 e se estendem até o mês de agosto do mesmo ano, culminando com a apreensão de mercadorias no mês de outubro de 2008.

Dessa forma, apurada a participação de mais de 03 (três) pessoas, associadas de forma estável, para a realização de crimes, comprovadamente nos anos de 2007 e 2008, com divisão clara de tarefas e de lucros, fica caracterizado o delito de quadrilha ou bando.

3. Dosimetria da pena

3.1 ANTÔNIO LUIZ VIEIRA LOYOLA

3.1.1 Descaminho

Passo à análise das diretrizes apontadas no art. 59 do Código Penal.

Na *primeira fase de aplicação da pena*, no tocante à culpabilidade do acusado, entendida como a reprovabilidade da conduta típica e ilícita, verificou-se que foi normal para o tipo. À míngua de elementos quanto à personalidade do agente, deixo de valorá-las. Saliento que nos termos da Súmula 444 do E. Superior Tribunal de Justiça, "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".

A conduta social é desfavorável, porquanto restou provado o menoscabo do réu pelas autoridades policiais e judiciárias, quando este se gaba de ter "marcado audiência com o Ministro do STF para resolver a situação" e de "se for preciso, gasto um milhão" (índices 7991824, fl. 24, 22 e 23 do Apenso 1, encarte da Operação DEJA-VU). Outrossim, no dia da prisão em flagrante de MARIA ALBA, verifica-se, em conversa telefônica gravada (índice nº 8001310), ao que tudo indica, que GIULIANA, a pedido de ANTÔNIO LUIZ, retirou alguma coisa da loja ALBA LOYOLA, certamente mercadorias descaminhadas, temendo eventual busca e apreensão no estabelecimento. Nota-se ainda o descrédito pela Justiça, pois não

obstante a prisão em flagrante delito de MARIA ALBA, a loja permaneceu sendo abastecida por mercadorias descaminhadas, desta feita por YARA FORNARI LANGE e JOSÉ CARLOS DE FIGUEIREDO COIMBRA.

Nada a comentar sobre o comportamento da vítima, que não teve influência na prática do delito.

Os motivos são inerentes ao próprio tipo penal. As circunstâncias, no entanto, são desfavoráveis, em vista da grande quantidade de mercadorias apreendidas, (duzentos e cinquenta quilos, aproximadamente), sem as devidas notas fiscais na loja ALBA LOYOLA (fls. 17-20, 22-23 e 745-797) e no escritório do réu, localizado na Agência de Correios franqueada à família LOYOLA, com endereço na Avenida das Amoreiras nº 1919 (fls. 47-50 e 745-797), com significativo valor, cuja avaliação de preços revelou o montante de R$ 326.320,00 (trezentos e vinte e seis mil, trezentos e vinte reais), correspondentes a US$ 189.776,10 (cento e oitenta e nove mil, setecentos e setenta e seis dólares norte americanos e dez centavos) (fls. 745-797).

As consequências são graves, tendo em vista o montante de tributos que deixaram de ser arrecadados. Conforme o Ofício nº 146/2014/ALF-VCP/SRRF08/RFB/MF-SP (fls. 1209-1211), de 19/05/2014, a Alfândega de Viracopos informou que os tributos que seriam devidos em caso de importação regular das mercadorias perfazem o montante de R$ 145.653,38 (cento e quarenta e cinco mil, seiscentos e cinquenta e três reais e trinta e oito centavos).

O réu não possui antecedentes criminais.

Por isso, observando as diretrizes dos artigos 59 e 60 do Código Penal, fixo a pena-base acima do mínimo legal em 03 (três) anos de reclusão.

Na *segunda fase*, não incidem atenuantes ou agravantes.

Na *terceira fase*, inexistem causas de diminuição. Faz-se presente, no entanto, a majorante prevista no § 3º do artigo 334, pelo que dobro a pena base, restando ela em 06 (seis) anos de reclusão. Incide, ainda, a regra prevista no artigo 71 do Código Penal, porquanto os delitos, da mesma espécie, foram praticados nas mesmas circunstâncias de tempo, forma de execução e lugar. Diante disso, impõe-se um aumento da pena de 1/6 (um sexto), o que resulta em *07 (sete) anos de reclusão.*

Sobre o critério de aumento da pena pela continuidade delitiva, observe-se a jurisprudência do STJ:

> PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ESTELIONATO. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PEDIDO DE AFASTAMENTO DOS MAUS ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. (3) CONFISSÃO PARCIAL NÃO CONSIDERADA NA CONDENAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. (4) REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. QUANTUM DE AUMENTO. NÃO ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO PENAL. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO JUIZ. AUMENTO EXACERBADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. (5) MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. (6) AUMENTO DE PENA. CONTINUIDADE DELITIVA. DESPROPORCIONALIDADE. ILEGALIDADE MANIFESTA. (7) *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...) 6. É pacífica a jurisprudência deste Sodalício, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplicando-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações (...) (HC 201101851504, HC - *HABEAS CORPUS* – 215226, Relator(a) MARIA

THEREZA DE ASSIS MOURA, STJ, SEXTA TURMA, Fonte DJE DATA:29/10/2013 – grifo nosso).

3.1.2 Quadrilha ou Bando

Na *primeira fase de aplicação da pena*, na análise das circunstâncias judiciais, verifico ter sido a culpabilidade do réu, no sentido da reprovabilidade da conduta típica e ilícita, normal para a espécie.

À míngua de elementos quanto à personalidade da agente, deixo de valorá-las. Saliento que nos termos da Súmula 444 do E. Superior Tribunal de Justiça, "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".

A conduta social é desfavorável, conforme explanado no item 3.1.1 acima. Nada a comentar sobre o comportamento da vítima, que não teve influência na prática do delito. Os motivos são inerentes ao próprio tipo penal.

Com relação às circunstâncias do crime, merece realce o grau de sofisticação e a forma estruturada da quadrilha, tendo em vista o *modus operandi* empregado para garantir a perpetuação dos atos criminosos, notadamente o fato de que, por meio de ANTÔNIO LUIZ, a quadrilha mantinha contatos no Aeroporto de Guarulhos que os auxiliavam, de alguma forma, no desembaraço das bagagens, em especial para evitar que as mercadorias descaminhadas fossem apreendidas, conforme índices nº 7221361, nº 7951851 e nº 7951958, bem como quando ANTÔNIO LUIZ passa a orientação de como iludir a fiscalização do aeroporto: "uma mala só e uma de mão, que não tem bandeira", ou seja, para não chamar a atenção de pessoas da aduana que não estivessem inseridas no esquema criminoso (índice nº 7376640).

Quanto às consequências do crime, merece destaque o grande prejuízo causado em virtude da existência da quadrilha, formada para a prática de diversos delitos de descaminho, conduta ilícita que lesa, simultaneamente, vários bens jurídicos tutelados pela lei, quais sejam, a proteção do erário, a regularidade nas importações e exportações e, consequentemente, a eficácia das políticas governamentais de defesa do desenvolvimento da indústria nacional.

O réu não ostenta antecedentes criminais.

Por isso, observando as diretrizes dos artigos 59 e 60 do Código Penal, fixo a pena-base acima do mínimo legal em 02 (dois) anos, 06 (seis) meses e 26 (vinte e seis) dias de reclusão.

Na *segunda fase de aplicação da pena*, não há circunstâncias atenuantes. Incide, no entanto, a agravante prevista no artigo 62, inciso I, do Código Penal, pelo fato de ter o agente promovido ou organizado a cooperação no crime ou dirigido a atividade dos demais agentes. Conforme explanado no item 2.3.2.1, coube ao réu, mentor intelectual da quadrilha, orquestrar detalhadamente todo o esquema ilegal de importação de mercadorias para o Brasil, visando abastecer a loja ALBA LOYOLA, coordenando e orientando as atividades dos demais agentes. Com isso, exaspero a pena em 1/6, restando ela em *03 (três) anos de reclusão.*

Na *terceira fase de aplicação da pena*, não há causas de diminuição ou aumento a considerar.

3.1.3 Aplicação da regra do artigo 69 do Código Penal aos crimes de quadrilha e descaminho

O delito de quadrilha ou bando é crime formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado, ou seja, consuma-se no momento em que se concretiza a convergência de vontades, independentemente da realização ulterior do fim visado.

Em síntese, a consumação se verifica no momento em que mais de três pessoas se asso-

ciam para a prática de crimes, ainda que nenhum delito venha a ser efetivamente praticado.

Portanto, a associação criminosa é juridicamente independente dos delitos que venham a ser cometidos pelos agentes reunidos no agrupamento espúrio, e subsiste autonomamente.

Por este motivo, os membros que praticarem os crimes para cuja execução a quadrilha foi constituída, sujeitam-se, nos termos do artigo 69 do Código Penal, à regra do concurso material.

Desta feita, procedo à somatória das penas aplicadas, o que resulta em *10 (dez) anos de reclusão, a qual torno definitiva.*

3.1.4 Regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade

Tendo em vista a quantidade de pena aplicada, fixo como regime inicial de cumprimento o FECHADO, nos termos do artigo 33, §2º, "a", do Código Penal, por considerá-lo o mais adequado à finalidade de prevenção e reeducação da pena.

3.1.5 Pena substitutiva

Nos termos do artigo 44, I, do Código Penal, tendo em vista a quantidade da pena privativa de liberdade, mostra-se inaplicável a sua substituição por restritiva de direitos.

3.2 MARIA ALBA ANDERE DE BRITO LOYOLA

3.2.1 Descaminho

Passo à análise das diretrizes apontadas no art. 59 do Código Penal.

Na *primeira fase de aplicação da pena*, no tocante à culpabilidade da acusada, entendida como a reprovabilidade da conduta típica e ilícita, verificou-se que foi normal para o tipo. À míngua de elementos quanto à personalidade da agente, deixo de valorá-las. Saliento que nos termos da Súmula 444 do E. Superior Tribunal de Justiça, "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".

A conduta social é desfavorável, porquanto restou provado o menoscabo da ré pelas autoridades policiais e judiciárias, quando de sua prisão em flagrante delito no Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP, em abril de 2007, na posse várias mercadorias descaminhadas de Nova York. MARIA ALBA levava consigo listas de encomendas no momento em que foi presa, conforme diálogo travado com seu consorte, a quem informou: "botei dentro da minha calcinha e pedi para ir ao banheiro (...) a agente foi comigo no banheiro (...) eu tirei da calcinha, botei na privada e dei descarga (...) era uma lista da relação de roupas." (índice nº 7320506). Registre-se, ainda, que enquanto se encontrava custodiada, MARIA ALBA fez uso de telefone celular, frise-se, do interior da penitenciária, e em conversa com seu cônjuge, ANTÔNIO LUIZ, surpreendentemente demonstrou preocupação com o faturamento da loja, pouco indagando sobre sua situação processual (índice nº 7320506).

A despeito de a ré ter tido a punibilidade extinta na ação criminal gerada a partir dessa prisão, tal fato não deixa de ter relevância quando se destina a ilustrar a má conduta da ré perante a sociedade, o que não configura *bis in idem*.

Nota-se ainda o descrédito pela Justiça, pois não obstante a prisão em flagrante delito de MARIA ALBA, a loja permaneceu sendo abastecida por mercadorias descaminhadas, desta feita por YARA FORNARI LANGE e JOSÉ CARLOS DE FIGUEIREDO COIMBRA.

Nada a comentar sobre o comportamento da vítima, que não teve influência na prática do delito.

Os motivos são inerentes ao próprio tipo penal. As circunstâncias, no entanto, são desfavoráveis, em vista da grande quantidade de mercadorias apreendidas, (duzentos e cinquenta quilos, aproximadamente), sem as devidas notas fiscais na loja ALBA LOYOLA e no depósito

anexo (fls. 17-20, 22-23 e 745-797), com significativo valor, cuja avaliação de preços revelou o montante de R$ 326.320,00 (trezentos e vinte e seis mil, trezentos e vinte reais), correspondentes a US$ 189.776,10 (cento e oitenta e nove mil, setecentos e setenta e seis dólares norte americanos e dez centavos) (fls. 745-797).

As consequências são graves, tendo em vista o montante de tributos que deixaram de ser arrecadados. Conforme o Ofício nº 146/2014/ALF-VCP/SRRF08/RFB/MF-SP (fls. 1209-1211), de 19/05/2014, a Alfândega de Viracopos informou que os tributos que seriam devidos em caso de importação regular das mercadorias perfazem o montante de R$ 145.653,38 (cento e quarenta e cinco mil, seiscentos e cinquenta e três reais e trinta e oito centavos).

A ré não possui antecedentes criminais.

Por isso, observando as diretrizes dos artigos 59 e 60 do Código Penal, fixo a pena-base acima do mínimo legal em 03 (três) anos de reclusão.

Na *segunda fase*, não incidem atenuantes e agravantes.

Na *terceira fase*, inexistem causas de diminuição. Faz-se presente, no entanto, a majorante prevista no § 3º do artigo 334, pelo que dobro a pena base, restando ela em *06 (seis) anos de reclusão.*

3.2.2 Quadrilha ou Bando

Na *primeira fase de aplicação da pena*, na análise das circunstâncias judiciais, verifico ter sido a culpabilidade da ré, no sentido da reprovabilidade da conduta típica e ilícita, normal para a espécie.

À míngua de elementos quanto à personalidade da agente, deixo de valorá-las. Saliento que nos termos da Súmula 444 do E. Superior Tribunal de Justiça, "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".

A conduta social é desfavorável, conforme explanado no item 3.2.1 acima. Nada a comentar sobre o comportamento da vítima, que não teve influência na prática do delito. Os motivos são inerentes ao próprio tipo penal.

Com relação às circunstâncias do crime, merece realce o grau de sofisticação e a forma estruturada da quadrilha, tendo em vista o *modus operandi* empregado para garantir a perpetuação dos atos criminosos, notadamente o fato de que a quadrilha mantinha contatos no Aeroporto de Guarulhos que os auxiliavam, de alguma forma, no desembaraço das bagagens, em especial para evitar que as mercadorias descaminhadas fossem apreendidas, conforme índices nº 7221361, nº 7951851 e nº 7951958.

Quanto às consequências do crime, merece destaque o grande prejuízo causado em virtude da existência da quadrilha, formada para a prática de diversos delitos de descaminho, conduta ilícita que lesa, simultaneamente, vários bens jurídicos tutelados pela lei, quais sejam, a proteção do erário, a regularidade nas importações e exportações e, consequentemente, a eficácia das políticas governamentais de defesa do desenvolvimento da indústria nacional.

A ré não ostenta antecedentes criminais.

Por isso, observando as diretrizes dos artigos 59 e 60 do Código Penal, fixo a pena-base acima do mínimo legal em *02 (dois) anos, 06 (seis) meses e 26 (vinte e seis) dias de reclusão*, a qual, na ausência de atenuantes e agravantes, causas de aumento e diminuição, fica mantida dessa forma.

3.2.3 Aplicação da regra do artigo 69 do Código Penal aos crimes de quadrilha e descaminho

O delito de quadrilha ou bando é crime formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado, ou seja, consuma-se no momento em que se concretiza a convergência de vontades, independentemente da realização ulterior do fim visado.

Em síntese, a consumação se verifica no momento em que mais de três pessoas se associam para a prática de crimes, ainda que nenhum delito venha a ser efetivamente praticado.

Portanto, a associação criminosa é juridicamente independente dos delitos que venham a ser cometidos pelos agentes reunidos no agrupamento espúrio, e subsiste autonomamente.

Por este motivo, os membros que praticarem os crimes para cuja execução a quadrilha foi constituída, sujeitam-se, nos termos do artigo 69 do Código Penal, à regra do concurso material.

Desta feita, procedo à somatória das penas aplicadas, o que resulta em *08 (oito) anos, 06 (seis) meses e 26 (vinte e seis) dias de reclusão, a qual torno definitiva*.

3.2.4 Regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade

Tendo em vista a quantidade de pena aplicada, fixo como regime inicial de cumprimento o FECHADO, nos termos do artigo 33, § 2º, "a", do Código Penal, por considerá-lo o mais adequado à finalidade de prevenção e reeducação da pena.

3.2.5 Pena substitutiva

Nos termos do artigo 44, I, do Código Penal, tendo em vista a quantidade da pena privativa de liberdade, mostra-se inaplicável a sua substituição por restritiva de direitos.

3.3 ANA CAROLINA DE BRITO LOYOLA

3.3.1 Descaminho

Passo à análise das diretrizes apontadas no art. 59 do Código Penal.

Na *primeira fase de aplicação da pena*, no tocante à culpabilidade da acusada, entendida como a reprovabilidade da conduta típica e ilícita, verificou-se que foi normal para o tipo. À míngua de elementos quanto à personalidade e a conduta social da agente, deixo de valorá-las. Saliento que nos termos da Súmula 444 do E. Superior Tribunal de Justiça, "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".

Nada a comentar sobre o comportamento da vítima, que não teve influência na prática do delito.

Os motivos são inerentes ao próprio tipo penal. As circunstâncias, no entanto, são desfavoráveis, em vista da grande quantidade de mercadorias apreendidas, (duzentos e cinquenta quilos, aproximadamente), sem as devidas notas fiscais na loja ALBA LOYOLA e no depósito anexo (fls. 17-20, 22-23 e 745-797), com significativo valor, cuja avaliação de preços revelou o montante de R$ 326.320,00 (trezentos e vinte e seis mil, trezentos e vinte reais), correspondentes a US$ 189.776,10 (cento e oitenta e nove mil, setecentos e setenta e seis dólares norte americanos e dez centavos) (fls. 745-797).

As consequências são graves, tendo em vista o montante de tributos que deixaram de ser arrecadados. Conforme o Ofício nº 146/2014/ALF-VCP/SRRF08/RFB/MF-SP (fls. 1209-1211), de 19/05/2014, a Alfândega de Viracopos informou que os tributos que seriam devidos em caso de importação regular das mercadorias perfazem o montante de R$ 145.653,38 (cento e quarenta e cinco mil, seiscentos e cinquenta e três reais e trinta e oito centavos).

A ré não possui antecedentes criminais.

Por isso, observando as diretrizes dos artigos 59 e 60 do Código Penal, fixo a pena-base acima do mínimo legal em 02 (dois) anos de reclusão.

Na *segunda fase*, não incidem atenuantes e agravantes.

Na *terceira fase*, inexistem causas de diminuição. Faz-se presente, no entanto, a majorante prevista no § 3º do artigo 334, pelo que dobro a pena base, restando ela em 04 (quatro) anos de reclusão.

3.3.2 Quadrilha ou Bando

Na *primeira fase de aplicação da pena*, na análise das circunstâncias judiciais, verifico ter sido a culpabilidade da ré, no sentido da reprovabilidade da conduta típica e ilícita, normal para a espécie.

À míngua de elementos quanto à personalidade e à conduta social da agente, deixo de valorá-las. Saliento que nos termos da Súmula 444 do E. Superior Tribunal de Justiça, "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".

Nada a comentar sobre o comportamento da vítima, que não teve influência na prática do delito. Os motivos são inerentes ao próprio tipo penal.

Com relação às circunstâncias do crime, merece realce o grau de sofisticação e a forma estruturada da quadrilha, tendo em vista o *modus operandi* empregado para garantir a perpetuação dos atos criminosos, notadamente o fato de que a quadrilha mantinha contatos no Aeroporto de Guarulhos que os auxiliavam, de alguma forma, no desembaraço das bagagens, em especial para evitar que as mercadorias descaminhadas fossem apreendidas, conforme índices nº 7221361, nº 7951851 e nº 7951958.

Quanto às consequências do crime, merece destaque o grande prejuízo causado em virtude da existência da quadrilha, formada para a prática de diversos delitos de descaminho, conduta ilícita que lesa, simultaneamente, vários bens jurídicos tutelados pela lei, quais sejam, a proteção do erário, a regularidade nas importações e exportações e, consequentemente, a eficácia das políticas governamentais de defesa do desenvolvimento da indústria nacional.

A ré não ostenta antecedentes criminais.

Por isso, observando as diretrizes dos artigos 59 e 60 do Código Penal, fixo a pena-base acima do mínimo legal em *01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão*, a qual, na ausência de atenuantes e agravantes, causas de aumento e diminuição, fica mantida dessa forma.

3.2.3 Aplicação da regra do artigo 69 do Código Penal aos crimes de quadrilha e descaminho

O delito de quadrilha ou bando é crime formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado, ou seja, consuma-se no momento em que se concretiza a convergência de vontades, independentemente da realização ulterior do fim visado.

Em síntese, a consumação se verifica no momento em que mais de três pessoas se associam para a prática de crimes, ainda que nenhum delito venha a ser efetivamente praticado.

Portanto, a associação criminosa é juridicamente independente dos delitos que venham a ser cometidos pelos agentes reunidos no agrupamento espúrio, e subsiste autonomamente.

Por este motivo, os membros que praticarem os crimes para cuja execução a quadrilha foi constituída, sujeitam-se, nos termos do artigo 69 do Código Penal, à regra do concurso material.

Desta feita, procedo à somatória das penas aplicadas, o que resulta em *05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a qual torno definitiva*.

3.3.4 Regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade

Ante a quantidade de pena aplicada, fixo como regime inicial de cumprimento o SEMIABERTO, nos termos do artigo 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal, por considerá-lo o mais

adequado à finalidade de prevenção e reeducação da pena.

3.3.5 Pena substitutiva

Nos termos do artigo 44, I, do Código Penal, tendo em vista a quantidade da pena privativa de liberdade, mostra-se inaplicável a sua substituição por restritiva de direitos.

3.4 YARA FORNARI LANGE

3.4.1 Quadrilha ou Bando

Na *primeira fase de aplicação da pena*, na análise das circunstâncias judiciais, verifico ter sido a culpabilidade da ré, no sentido da reprovabilidade da conduta típica e ilícita, normal para a espécie.

À míngua de elementos quanto à personalidade e à conduta social da agente, deixo de valorá-las. Saliento que nos termos da Súmula 444 do E. Superior Tribunal de Justiça, "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".

Nada a comentar sobre o comportamento da vítima, que não teve influência na prática do delito. Os motivos são inerentes ao próprio tipo penal.

Com relação às circunstâncias do crime, merece realce o grau de sofisticação e a forma estruturada da quadrilha, tendo em vista o *modus operandi* empregado para garantir a perpetuação dos atos criminosos, notadamente o fato de que a quadrilha mantinha contatos no Aeroporto de Guarulhos que os auxiliavam, de alguma forma, no desembaraço das bagagens, em especial para evitar que as mercadorias descaminhadas fossem apreendidas, conforme índices nº 7221361, nº 7951851 e nº 7951958.

Quanto às consequências do crime, merece destaque o grande prejuízo causado em virtude da existência da quadrilha, formada para a prática de diversos delitos de descaminho, conduta ilícita que lesa, simultaneamente, vários bens jurídicos tutelados pela lei, quais sejam, a proteção do erário, a regularidade nas importações e exportações e, consequentemente, a eficácia das políticas governamentais de defesa do desenvolvimento da indústria nacional.

A ré não ostenta antecedentes criminais.

Por isso, observando as diretrizes dos artigos 59 e 60 do Código Penal, fixo a pena-base acima do mínimo legal em *01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão*, a qual, na ausência de atenuantes e agravantes, causas de aumento e diminuição, *torno definitiva*.

3.4.2 Regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade

Como regime inicial para o cumprimento da pena fixo o ABERTO, na forma do artigo 33, § 2º, "c", por considerá-lo o mais adequado à finalidade de prevenção e reeducação da pena, mediante o cumprimento das condições a serem estabelecidas pelo MM. Juízo competente para a Execução Penal.

3.4.3 Pena substitutiva

Presentes as hipóteses dos incisos I, II e III do artigo 44, do Código Penal, *substituo* a pena de reclusão por duas penas restritivas de direitos, consistentes no seguinte: *1) prestação pecuniária de 10 (dez) salários mínimos,* direcionadas à "Casa da criança e do adolescente de Valinhos", situada à rua Campos Sales, n. 2188 – Jardim América II – Valinhos/SP, CNPJ 54.698.303.0001-59, Banco do Brasil -001, Agência 6839-X, Conta Corrente 7920-0; *2) prestação pecuniária de 10 (dez) salários mínimos*, direcionadas ao "Centro de Orientação Humana e Cristã Santa Rita de Cássia – C.O.H.C.R.I.C.", situado na rua José Carlos Ferrari, 169, Santa Maria, Valinhos/SP, CNPJ nº 02.960.131/0001-46, Banco Santander – 033, Agência: 0194, Conta corrente: 13002756-4.

Deve a acusada ser advertida de que o descumprimento implicará na conversão das penas restritivas de direito em restritiva de liberdade, acima fixada (artigo 44, § 4º, do Código Penal).

4. Dispositivo

Diante do exposto, JULGO EXTINTO O PROCESSO, sem resolução do mérito, com relação à ré MARIA ALBA ANDERE DE BRITO LOYOLA, no que tange ao delito de descaminho ocorrido no dia 26 de abril de 2007, nos termos do artigo 485, inciso V, do CPC. Quantos aos demais fatos denunciados, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal para:

a) ABSOLVER o réu ANTÔNIO LUIZ VIEIRA LOYOLA, já qualificado, pela prática do delito de descaminho ocorrido no dia 26 de abril de 2007, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, e *CONDENÁ-LO* como incurso nas sanções do artigo 334, § 1º, "c" e § 3º (com redação anterior à dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014), pelos delitos praticados no dia 30 de outubro de 2008, por duas vezes, na forma do artigo 71, em concurso material com o artigo 288 (com redação anterior à dada pela Lei 12.850, de 02/08/2013) c.c. artigo 62, inciso I, todos do Código Penal. Fixo a pena privativa de liberdade em *10 (dez) anos de reclusão*, a ser cumprida desde o início no regime *FECHADO*. Inaplicável a substituição por restritiva de direitos, nos termos do artigo 44, I, do Código Penal.

b) CONDENAR a ré MARIA ALBA ANDERE DE BRITO LOYOLA, já qualificada, como incursa nas sanções do artigo 334, § 1º, "c" e § 3º (com redação anterior à dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014), pelo delito praticado no dia 30 de outubro de 2008, em concurso material com o artigo 288 (com redação anterior à dada pela Lei 12.850, de 02/08/2013), todos do Código Penal. Fixo a pena privativa de liberdade em *08 (oito) anos, 06 (seis) meses e 26 (vinte e seis) dias de reclusão*, a ser cumprida desde o início no regime *FECHADO*. Inaplicável a substituição por restritiva de direitos, nos termos do artigo 44, I, do Código Penal.

c) ABSOLVER a ré ANA CAROLINA DE BRITO LOYOLA, já qualificada, pela prática do delito de descaminho ocorrido no dia 26 de abril de 2007, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, e *CONDENÁ-LA* como incursa nas sanções do artigo 334, § 1º, "c" e § 3º (com redação anterior à dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014), pelo delito praticado no dia 30 de outubro de 2008, em concurso material com o artigo 288 (com redação anterior à dada pela Lei 12.850, de 02/08/2013), todos do Código Penal. Fixo a pena privativa de liberdade em *05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão*, a ser cumprida desde o início no regime *SEMIABERTO*. Inaplicável a substituição por restritiva de direitos, nos termos do artigo 44, I, do Código Penal.

d) ABSOLVER a ré YARA FORNARI LANGE, já qualificada, pela prática dos delitos de descaminho ocorridos nos dia 26 de abril de 2007 e 30 de outubro de 2008, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, e *CONDENÁ-LA* como incursa nas sanções do artigo 288 (com redação anterior à dada pela Lei 12.850, de 02/08/2013), do Código Penal. Fixo a pena privativa de liberdade em *01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão*, a ser cumprida desde o início no regime *ABERTO*. Presentes as hipóteses dos incisos I, II e III do artigo 44, do Código Penal, *substituo* a pena de reclusão por duas penas restritivas de direitos, consistentes no seguinte: *1) prestação pecuniária de 10 (dez) salários mínimos*, direcionadas à "Casa da criança e do adolescente de Valinhos", situada à rua Campos Sales, n. 2188 – Jardim América II – Valinhos/SP, CNPJ 54.698.303.0001-59, Banco do Brasil -001, Agência 6839-X, Conta Corrente 7920-0; *2) prestação pecuniária de 10 (dez) salários mínimos*, direcionadas ao "Centro de Orientação Humana e Cristã Santa Rita de Cássia – C.O.H.C.R.I.C.", situado na rua José Carlos Ferrari, 169, Santa Maria, Valinhos/SP, CNPJ nº 02.960.131/0001-46, Banco

Santander – 033, Agência: 0194, Conta corrente: 13002756-4. Deve a acusada ser advertida de que o descumprimento implicará na conversão das penas restritivas de direito em restritiva de liberdade, acima fixada (artigo 44, § 4º, do Código Penal).

4.1 Custas processuais

Os réus deverão arcar com o pagamento das custas processuais.

4.2 Direito de apelar em liberdade

Nos termos previstos no artigo 387 do Código de Processo Penal, os réus poderão apelar em liberdade, uma vez que não estão presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, preponderando o princípio da presunção da inocência (artigo 5º, LVII, da Constituição da República).

4.3 Valor mínimo para reparação de danos

Em que pese a regra expressa do art. 387, inciso IV, do CPP, deixo de fixar valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, porquanto a pessoa jurídica lesada aplicou pena de perdimento (fls. 1209/1210) às mercadorias apreendidas (Autos de Apreensão de fls. 17/23 e 47/50, e respectivos Autos de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias nº 0817700/0812A/2008 – fls. 376/390, e nº 0817700/0811A/2008 – fls. 391/394).

4.4 Destinação dos bens

4.4.1 US$ 4.984,00 (quatro mil, novecentos e oitenta e quatro dólares americanos, apreendidos na posse de JOSÉ CARLOS DE FIGUEIREDO COIMBRA: tais valores encontram-se custodiados no Banco Central do Brasil, conforme Termo de Recebimento de Custódia – 337 de fls. 443. A punibilidade do denunciado foi extinta em virtude de seu falecimento, conforme certidão de fl. 1157 e sentença de fls. 1164/1165. Consta da certidão de óbito de fl. 1157 que JOSÉ CARLOS não deixou bens a inventariar, não deixou testamento conhecido e nem filhos. Consta também o nome de seus pais, Maurício Figueiredo de Coimbra e Georgina Delgado Coimbra, e da declarante Marina Delgado Coimbra (provavelmente sua irmã). Em pesquisa efetuada no sistema Webservice, da Receita Federal do Brasil, este Juízo não logrou êxito em obter a qualificação dos pais do acusado. Houve sucesso, no entanto, na localização de dados de Marina Delgado Coimbra (pesquisa anexa). Dessa forma, intime-se tal pessoa a demonstrar interesse na restituição do montante apreendido, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de doação ao Instituto Padre Haroldo Rahm, CNPJ 50.068.188/0001-88, Banco do Brasil, Agência 2913-0, Conta Corrente 23260-2, que desde já fica determinada.

4.4.2 R$ 24.189,00 (vinte e quatro mil, cento e oitenta e nove reais); 605 € (seiscentos e cinco euros); e US$ 5.264,00 (cinco mil, duzentos e sessenta e quatro dólares americanos) (Auto Circunstanciado de Busca e Arrecadação de fls. 26/27, Auto de Apreensão de fls. 30, ofício de fls. 32/33, ofício de fl. 34 e ofício de fl. 909); *bens com sequestro decretado quando do recebimento da denúncia (fls. 925/927), arrolados no cadastrado do Sistema Nacional de Bens Apreendidos de fls. 305/308 (autos 0010884-67.2012.403.6105)*: antes de destinar os bens, compete ao Juízo tecer algumas considerações.

Restou provado nos autos que os acusados associaram-se, de forma perene, intencional e articulada, para viabilizar e manter um sistema fraudulento de importações de roupas e artigos de luxo, que posteriormente eram revendidos na Loja Alba Loyola, em Campinas/SP.

Nesse sentido, há provas inequívocas de que as atividades ilícitas da quadrilha desenvolviam-se desde o ano de 2003, ao menos, conforme descrito nos Laudos nº 5030/2007–NUCRIM/SETEC/SR/DPF/SP (fls. 39/61 dos autos 0011338-86.2008.403.6105) e nº 1158/2008–NUCRIM/SETEC/SR/DPF/SP (fls. 63/86 dos autos 0011338-86.2008.403.6105).

Consta dos referidos Laudos Periciais contábeis *notadamente* as seguintes irregularidades: a) na declaração de imposto de renda referente ao ano de 2003, ANTÔNIO LUIZ afirma ter recebido R$ 33.523,55, mas efetuou gastos no valor de R$ 236.147,30, ou seja, despendeu R$ 202.623,75 acima dos rendimentos declarados. Declara ter recebido R$ 15.523,55 a título de rendimentos isentos e não tributáveis, porém não há como se verificar a que se refere, pois a declaração foi simplificada. Ocorre, porém, que nenhuma das empresas das quais o réu era sócio declarou ter distribuído lucros naquele ano; b) na declaração de imposto de renda referente ao ano de 2004, ANTÔNIO LUIZ despendeu R$ 235.428,43 acima dos rendimentos declarados. Declara ter recebido a título de lucros R$ 118.890,88, mas na declaração de IR da empresa Loyola & Loyola Amoreiras Serviços Ltda, única empresa da qual o réu era sócio naquele ano, não consta ter havido distribuição de lucros para ele; c) os peritos chamam a atenção para um fato incomum, o fato do denunciado ter terminado o ano de 2006 com R$ 450.000,00 de recursos não contabilizados, em espécie; d) os peritos também afirmam haver irregularidades em transações que resultaram na aquisição de mais de R$ 600.000,00 em imóveis; e) a perícia demonstra ainda que MARIA ALBA declarou ter obtido, em 2002, o rendimento tributável de R$ 15.564,00, valor esse bem inferior ao atingido em sua movimentação financeira, no montante de R$ 673.943,44; f) em 2003 a situação financeira repete o mesmo quadro de 2002, ou seja, há uma movimentação de recursos obtida com base na DCPMF do ano superior ao valor dos rendimentos recebidos no montante de R$ 1.105.369,66. Observa-se ainda gastos no valor de R$ 23.117,50 com cartão de crédito, valor esse superior aos rendimentos declarados no mesmo ano; g) os peritos detectaram ainda que, no ano de 2005, o valor pago aos sócios da LOYOLA & LOYOLA AMOREIRAS SERVIÇOS LTDA, ANTÔNIO LUIZ e MARIA ALBA, a título de rendimentos, alcançou a vultosa cifra de R$ 890.972,14. Ressaltaram que a receita nos anos em análise, de 2002 a 2005, se manteve relativamente estável, entretanto o rendimento pago no ano de 2005 é cerca de 15 (quinze) vezes maior do que a soma dos rendimentos pagos de 2002 até 2004, evidenciando o sucesso da empreitada criminosa da quadrilha.

Não se perca de vista ainda a movimentação financeira *extraoficial* da loja Alba Loyola (ANA CAROLINA DE BRITO LOYOLA LTDA EPP). Vejamos.

A Receita Federal do Brasil informou às fls. 363/365, as receitas brutas declaradas, assim como as movimentações financeiras registradas pela pessoa jurídica, conforme quadro abaixo:

	2005	2006	2007	2008
Receita Bruta (R$)	1.080.098,26	1.721.351,35	1.720.484,80	1.448.244,09
Movimentação Financeira (R$)	1.177.113,41	1.620.682,17	2.025.992,97	1.958.678,92

Note-se, portanto, que a receita bruta declarada foi de quase *R$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais)* no período acima, auferida, como se viu, pela comercialização de mercadorias introduzidas ilegalmente no país.

Os valores acima, no entanto, não perfazem o total do proveito obtido com a venda dos produtos descaminhados. O relatório de análise elaborado pela Polícia Federal, com base em agendas apreendidas quando do cumprimento dos mandados de busca e apreensão no dia 30 de outubro de 2008, demonstra que a maioria das vendas realizadas pela loja Alba Loyola não eram contabilizadas e nem informadas ao Fisco, mas registradas em agendas como valores "extraoficiais", ou seja, não registradas na contabilidade oficial (fls. 106-121).

Observe-se que na contabilidade paralela da loja, os valores das vendas "extraoficiais" superaram os valores das vendas "oficiais", o que denota que as receitas auferidas no período

representaram mais que o dobro da quantia declarada, isto é, ultrapassaram R$ 12 milhões (doze milhões de reais).

Assim, note-se que os valores apontados tanto na análise financeira dos peritos, quanto na contabilidade "extraoficial" da quadrilha, superam em muito o dos bens que se encontram apreendidos e/ou sequestrados nos autos. Tendo em vista tratarem-se de bens adquiridos com os proventos da infração, *DETERMINO a sua perda em favor da União* e, consequentemente, o seu encaminhamento à leilão, nos termos dos artigos 91, II, b, do Código Penal e 122 do Código de Processo Penal.

4.4.3 Talão de cheques, celular Nextel, duas calças e um vestido de origem nacional: os bens encontram-se no depósito judicial, conforme documentos de fls. 867/872. Tendo em vista que os bens são lícitos e não se enquadram em nenhuma hipótese de perdimento; considerando que não houve pedido de restituição; considerando, com relação ao aparelho celular, o tempo transcorrido desde a sua colocação no depósito, o que macula o seu uso, *DETERMINO a doação de todos eles, exceto do talão de cheques, que deverá ser destruído,* com o encaminhamento à FEAC – Federação das Entidades Assistenciais de Campinas, situada à Rua Odila Santos de Souza Camargo, 34 – Vila Brandina, cep 13.092-540, caixa postal 5611, nesta cidade de Campinas-SP, fone: (19) 3794.3500, a fim de que sejam destinados a entidades assistenciais que trabalhem com reciclagem e/ou que promovam o seu devido aproveitamento.

Todas as deliberações atinentes aos bens apreendidos e/ou sequestrados nos autos deverão ser cumpridas após o trânsito em julgado da sentença, exceto a constante do item 4.4.1, que deverá ser cumprida imediatamente.

4.5 Deliberações finais

Proceda-se a correção do nome da acusada ANA CAROLINA DE BRITO LOYOLA, acrescentando-se, ao final, COLUCCINI, conforme pesquisa *Webservice* anexa.

Após o trânsito em julgado, oficie-se ao departamento competente para fins de estatísticas e antecedentes criminais, remetam-se os autos ao SEDI para as devidas anotações e comunique ao Egrégio Tribunal Regional Eleitoral para os fins do artigo 15, inciso III, da Constituição Federal.

No mesmo momento processual dever-se-á adotar as providências para que o nome do réu seja incluído no Rol dos Culpados, bem como para que seja formado Processo de Execução Penal.

Publique-se, registre-se e intimem-se.

Campinas, 11 de julho de 2017.

Juíza Federal VALDIRENE RIBEIRO DE SOUZA FALCÃO

EXECUÇÃO FISCAL
0014857-61.2010.4.03.6182

Exequente: FAZENDA NACIONAL
Executados: ZIRCÔNIA PARTICIPAÇÕES LTDA. E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA DE EXECUÇÕES FISCAIS DE SÃO PAULO - SP
Juiz Federal: RENATO LOPES BECHO
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/05/2017

Vistos.

Trata-se da cobrança de crédito tributário, relativo ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (CDA de fls. 4 a 23, referente ao período de apuração de junho de 1992 a dezembro de 1995), Imposto de Renda Retido na Fonte (CDA de fls. 24 a 44, referente ao período de apuração de janeiro de 1993 a maio de 1994) e Contribuição ao PIS (CDA de fls. 45 a 52, referente ao período de apuração de julho a dezembro de 1997), execução fiscal ajuizada em 24/03/2010 (fls. 2) em face de ZIRCÔNIA PARTICIPAÇÕES LTDA, no valor de R$ 52.286.093,23 (cinquenta e dois milhões, duzentos e oitenta e seis mil, noventa e três reais e vinte e três centavos), com valor atual de R$ 63.560.486,72 (sessenta e três milhões, quinhentos e sessenta mil, quatrocentos e oitenta e seis reais e setenta e dois centavos), conforme informado a fls. 1680.

Frente à citação negativa pelo Correio (fls. 55/56), a exequente foi instada a demonstrar que ocorrera suspensão do crédito tributário, por aparente prescrição (fls. 57), o que foi atendido (fls. 59 a 115). De fato, a fls. 64 se lê a respeito do "cancelamento parcial da exigência", em 09/01/2004; impugnação administrativa de fls. 65 a 98, datada de agosto de 1997; decisão do Conselho de Contribuintes de 23/02/2001 (fls. 99); decisão administrativa de 16/10/2002 (fls. 100 a 101); e outras que tais (fls. 103 a 115).

Ante a não localização da executada, foi decretada a suspensão do feito, nos termos do art. 40 da LEF (fls. 116).

A exequente, por petição de fls. 118 a 142, frente ao indício de dissolução irregular, pede a caracterização de grupo econômico e a declaração de responsabilidade solidária da PARMALAT BRASIL SA e sua controladora LAEP INVESTIMENTS, com base nos artigos 124, II e 133 do CTN, bem como do art. 233 da Lei nº 6.404/1976 (Lei das SA).

De referida petição, extrai-se dezenas de sucessões empresariais, tendo a exequente destacado a cisão parcial em 30/10/1999 de PARMALAT PARTICIPAÇÕES LTDA e YOPAR EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA, sendo que a primeira teria ficado, em resumo, com os passivos e a segunda com os ativos (fls. 119).

A exequente indica que a PARMALAT SpA (da Itália) cedeu suas quotas da PARMALAT PARTICIPAÇÕES LTDA para CARITAL FOODS, que passou a ser a controladora junto com DANCENT CORPORATION. A PARMALAT PARTICIPAÇÕES LTDA controlaria a PARMALAT INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE LATICÍNIOS LTDA (atual ZIRCÔNIA, ou seja, *a executada*), que por sua vez controlaria a PARMALAT BRASIL SA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS (fls. 120).

Em seguida, destacou que as empresas passaram por reestruturação societária, sendo que CARITAL BRASIL LTDA controlava a PARMALAT INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE LATICÍNIOS LTDA (atual ZIRCÔNIA, ou seja, *a executada*), que incorporara os bens cindidos da PARMALAT BRASIL SA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS (fls. 122).

Apresentou dados da "engenharia organizacional do grupo Parmalat" a fls. 123 a 127, referente ao período de 1998 a 2003, sendo que, em 26/05/2006 "*os credores* da Parmalat Alimentos *aprovaram a venda da companhia para o fundo latino-americano LAEP (Latin America Equity Partners)*" (fls. 128, grifei).

Quanto à LAEP INVESTIMENTS, indica ser a controladora de LÁCTEOS, que por sua vez detém, a partir de julho de 2007, o controle da PARMALAT BRASIL SA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS e a INTEGRALAT (fls. 128 e 129).

Indica que o Fisco teria levantado "interesse comum" entre tais sociedades (fls. 129 a 134), o que caracterizaria o grupo econômico, a sucessão e a solidariedade entre diversas das empresas mencionadas. Juntou documentos (fls. 143 a 300, complementados a fls. 305 a 309). A fls. 303 indicou que PADMA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS SA seria a atual designação de PARMALAT BRASIL SA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS.

Por decisão de fls. 310, foi deferida a inclusão no polo passivo de PADMA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS SA e de LAEP INVESTIMENTS LTD., com fundamento no art. 133 do CTN (sucessão empresarial).

LAEP INVESTIMENTS LTD. foi citada por mandado (fls. 316), sem haver bens (fls. 318). PADMA foi citada (fls. 319), também sem possuir bens (fls. 320).

LAEP INVESTIMENTS LTD. junta procuração aos autos (fls. 321 e documentos de fls. 322 a 353).

A exequente requer a inclusão de LACTEOS DO BRASIL SA (fls. 358), por ser intermediária entre PADMA e LAEP.

Por sua vez, PADMA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS SA e LAEP INVESTIMENTS LTD. apresentaram exceção de pré-executividade (fls. 363 a 391) alegando, em breve síntese, (i) incompetência deste Juízo; e, (ii) LAEP INVESTIMENTS LTD. não ser parte do "Antigo Grupo Parmalat Itália" (fls. 365). Sustentam que o juízo competente seria a 42ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo/SP, onde foi processada a *intervenção judicial* na PARMALAT BRASIL, que acarretou no "*descasamento societário*" entre a PARMALAT BRASIL e suas controladoras (ZIRCÔNIA e CARITAL), bem como alegam que a 1ª Vara de Falências e Recuperação Judicial de São Paulo/SP *reconheceu a inexistência de responsabilidade* entre as excipientes e as anteriores controladoras da PARMALAT BRASIL (ZIRCÔNIA e CARITAL). Juntaram documentos (fls. 392 a 640).

Instada a se manifestar, a exequente (fls. 643 a 651) enfrenta os pontos levantados pelas excipientes, ao sustentar que o Juízo da recuperação judicial é competente apenas para assuntos relacionados à alienação de bens da PARMALAT e que o redirecionamento deste feito para a PADMA decorre de sucessão empresarial. Reitera aspectos já apresentados na peça de fls. 118 a 142 e apresenta outros, tais como a respeito da comparação entre o presente caso e a recuperação judicial da VARIG. Ao final, requer o prosseguimento da execução, a inclusão de LACTEOS DO BRASIL SA, MARCUS ALBERTO ELIAS e RODRIGO FERRAZ PIMENTA DA CUNHA, arresto de bens dos executados via BACENJUD e a expedição de ofício para o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF solicitando relatório de informações financeiras dos executados e de LAEP FUND BRASIL SA, HELOTES EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES SA, LACTEOS INÚDSTRIA DE ALIMENTOS SA e ALBERTO MENDES TEPEDINO, além das pessoas físicas e jurídicas já mencionadas. Juntou documentos (fls. 652 a 731).

Em seguida, a exequente peticiona a fim de "retificar" o pedido anterior, para a inclusão na lide de LAEP FUND BRASIL SA e de ANTONIO ROMILDO, bem como arresto de seus bens e pedido de informações ao COAF também em relação a eles (fls. 732 a 733 e documentos

de fls. 734 a 738).

Este Juízo, diante da decisão do egrégio Superior Tribunal de Justiça pela competência do Juízo da Recuperação Judicial, deixou de analisar as petições de fls. 364/392 e 644/652 e determinou a exclusão de LAEP INVESTIMENTS LTDA da lide (fls. 739).

Dessa decisão, a exequente apresentou embargos de declaração (fls. 741 a 743), sustentando contradição, o que não foi acolhido pelo Juízo (fls. 744). A decisão foi objeto de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo (cópias a fls. 747 a 753).

O feito foi suspenso com base no art. 40 da LEF (fls. 754).

A exequente peticiona nos autos (fls. 756 a 757) sustentando, em síntese, que o Juízo da Recuperação Judicial não analisou a responsabilidade de terceiros pelas dívidas da executada; que a decisão do juízo universal não faz coisa julgada em relação à Exequente *por não lhe ter sido assegurada a participação naquele processo*; e, como fato novo, que a recuperação judicial de PADMA/PARMALAT foi encerrada, requerendo a apreciação de seus pedidos anteriores. Juntou documentos de fls. 758 a 767.

Este Juízo acolheu o pleito da exequente a fls. 768, determinando a inclusão, no polo passivo desta execução, das pessoas físicas e jurídicas já mencionadas.

LAEP INVESTIMENTS LTD peticiona nos autos (fls. 772 a 773), noticiando a oposição de agravo de instrumento com pedido de antecipação de tutela (cópia a fls. 774 a 809). Menciona a juntada de documentos que comprovariam que a decisão de atribuição de competência à Justiça Estadual teria transitado em julgado, bem como apresenta cópia da tradução pública de decisão do Tribunal de Recursos das Ilhas Bermudas que atestaria a não dissolução irregular da excipiente (fls. 815 a 825).

LÁCTEOS DO BRASIL SA apresenta exceção de pré-executividade (fls. 839 a 869) sustentando, em breve síntese, que sua inclusão no polo passivo desta execução ofendeu o quanto decidido na ação de recuperação judicial já mencionada. Juntou documentos (fls. 870 a 879).

Instada a se manifestar, a exequente rebateu os argumentos da excipiente a fls. 887 a 889. Juntou documentos (fls. 890 a 895).

RODRIGO FERRAZ PIMENTA DA CUNHA, por sua vez, apresenta exceção de pré-executividade (fls. 896 a 941) sustentando, em breve síntese, que é parte ilegítima por não ser responsável tributário, que não há sucessão tributária na reestruturação da PARMALAT e indicou "os verdadeiros devedores". Juntou documentos (fls. 942 a 1.195).

Instada a se manifestar, a exequente rebateu os argumentos da excipiente a fls. 1.199 a 1.203. Juntou documentos (fls. 1.204 a 1.234).

RODRIGO FERRAZ PIMENTA DA CUNHA requer a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica (fls. 1.238 a 1.251), nos termos do artigo 133 a 137 do Código de Processo Civil, ao argumento de necessidade de sua aplicação nos casos de responsabilidade tributária (artigos 135 do CTN e 50 do CC); aduz que não exerceu cargo na Zircônia e que deixou o Conselho de Administração da LAEP em junho de 2011, portanto antes de sua alegada dissolução irregular. Juntou documentos (fls. 1.252 a 1.307).

A fls. 1.308, este Juízo reconheceu o equívoco na inclusão de HELOTES EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA, LÁCTEOS – INDÚSTRIA DE ALIMENTOS SA e ALBERTO MENDES TEPEDINO no polo passivo, determinando que sejam excluídos da lide. Determinou vista à exequente que, no particular, concordou com referidas exclusões. Todavia, opôs-se à instauração do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica – IDPJ.

A Fazenda Nacional sustenta, a fls. 1.312 e seguintes, que a inclusão de RODRIGO FER-

RAZ PIMENTA DA CUNHA no polo passivo da execução fiscal, na qualidade de responsável tributário, antecedeu à entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015; que, à luz do regramento processual anterior, não havia qualquer prescrição a ser observada quanto ao redirecionamento da execução para os responsáveis, cabendo-lhe apenas seu requerimento; e que não pode ser surpreendida, agora, com a instauração do indigitado incidente. Requer, além do indeferimento do pedido, a citação de MARCUS ALBERTO ELIAS; a penhora via BACENJUD em face de todos os executados e a inclusão de todos eles no cadastro de inadimplentes previsto no artigo 782, § 3º, do CPC/2015.

A fls. 1.317 e seguintes, RODRIGO FERRAZ PIMENTA DA CUNHA requer o sobrestamento do feito, a seu respeito, até o julgamento do Recurso Especial nº 1.377.019/SP, onde será decidida a possibilidade de responsabilização do sócio que exercia a gerência à época do fato gerador, mas regularmente dela se afastou, sem participar da dissolução irregular.

A fls. 1.326 a 1.328, este Juízo deferiu (1) a suspensão do feito em relação a RODRIGO FERRAZ, (2) a citação de MARCUS ELIAS, (3) indeferiu o pedido de penhora via BACENJUD de todos os executados, (4) indeferiu o pedido de inscrição dos executados em cadastro de inadimplentes nos moldes como estipulado pelo atual Código de Processo Civil e (5) determinou a vinda dos autos à conclusão para apreciação de diversos pedidos.

A fls. 1.329 e seguintes, RODRIGO FERRAZ apresenta embargos de declaração requerendo que o Juízo manifeste-se expressamente sobre se o incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado.

A fls. 1.332 a 1.383, MARCUS ALBERTO ELIAS apresenta sua exceção de pré-executividade, em que aborda diversos pontos já aqui relatados, requerendo, ao final, a declaração de sua ilegitimidade passiva, com a consequente exclusão sua do polo passivo. Juntou documentos (1.386 a 1.669), sendo a maioria ou a totalidade deles cópias do quanto já constava dos autos.

Determinada vista à exequente (fls. 1.670), os autos saíram em carga (fls. 1.671).

Antes que retornassem, LÁCTEOS DO BRASIL noticiou, a fls. 1.674 a 1.676, que a FAZENDA NACIONAL oficiou ao MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL por considerar ter sido constatado, nestes autos, crime de lavagem de dinheiro. Requereu audiência com a PFN. Juntou cópia do referido ofício (fls. 1.677 a 1.679).

A exequente manifesta-se a fls. 1.680 a 1683, informando o valor atual da dívida, reiterando o pedido de não instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica e enfrentou os argumentos trazidos na exceção de pré-executividade de MARCUS A. ELIAS.

Por sua vez, a exequente protocolou embargos de declaração de fls. 1685 a 1688 em face da decisão de fls. 1.326/1.328.

Por decisão de fls. 1.689 e 1.690, o Juízo deu por citado MARCUS ALBERTO ELIAS, indeferiu o pedido de instauração do incidente de desconsideração de personalidade jurídica, revogou a suspensão do curso da execução em relação a RODRIGO FERRAZ, determino que LÁCTEOS DO BRASIL esclarecesse os aspectos da audiência requerida, julgou improcedentes os embargos de declaração da exequente de fls. 1685 a 1688 e determinou a sua manifestação acerca do pedido de designação de audiência.

A fls. 1.697 a 1.699, LÁCTEOS DO BRASIL SA justificou a necessidade de realização da audiência, pautada na compreensão do histórico da sucessão da executada e delimitação dos eventuais corresponsáveis. Apresentou rol de testemunhas.

A fls. 1.704 e 1.705, RODRIGO FERRAZ requereu autorização para participar da audiência requerida por LÁCTEOS.

A fls. 1.709 a 1.710, a exequente manifestou-se nos termos como requerido na decisão de fls. 1.689, discordando da realização de audiência em execução fiscal e requereu a apreciação das exceções de pré-executividade. Juntou notícia publicada por meio de comunicação de pretenso golpe de R$ 5 bilhões por parte de LAEP INVESTIMENTS e MARCUS ALBERTO ELIAS, bem como movimentação processual da ação penal já mencionada (fls. 1.711 a 1.715).

A fls. 1.717 a 1.719, RODRIGO FERRAZ PIMENTA DA CUNHA reitera o pedido de participação na audiência requerida por LÁCTEOS. Juntou documentos (fls. 1.719 a 1.730) relativos a pedido de audiência administrativa junto à PROCURADORIA REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL, que foi indeferido, tendo apresentado recurso administrativo.

Nestes termos, vieram os autos conclusos.

Brevemente relatado, DECIDO.

Conforme estipulado na decisão de fls. 1.326 a 1.328, há que ser enfrentado, de início, os seguintes pontos:

(1) a competência deste juízo diante da intervenção judicial na PARMALAT perante a 42ª Vara Cível e, posteriormente, de sua recuperação judicial, processada perante a 1ª Vara de Falências e Recuperação Judicial, ambas de São Paulo/SP;

(2) a responsabilidade, ou não, de PADMA, LAEP, LÁCTEOS ou outra empresa por débitos do GRUPO PARMALAT ITÁLIA;

(3) dos efeitos do descasamento societário entre PARMALAT BRASIL, ZIRCÔNIA e CARITAL frente à exequente;

(4) os efeitos da declaração judicial de inexistência de responsabilidade entre PADMA e ZIRCÔNIA e CARITAL.

Desde logo, deixo registrado que a apreciação de documentos, juntados no bojo de exceções de pré-executividade, são plenamente aceitos atualmente. Este Juízo, ao analisar o quanto apresentado pelas partes, por óbvio não abriu uma "fase probatória", vedada pelo veículo de defesa utilizado pelos corresponsáveis. Em outras palavras, a análise de documentos juntados para corroborar elementos de defesa, ainda que complexos, são aceitos no ambiente procedimental de defesa conhecido como *exceção de pré-executividade*. Isto posto, passo a considerá-los.

1 – Da intervenção judicial e da recuperação judicial da PARMALAT

O primeiro ponto a ser enfrentado por este Juízo refere-se à intervenção judicial e à recuperação judicial da PARMALAT BRASIL SA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS.

Acredito que todas as partes estão de acordo que ocorreram diversas alterações societárias, inclusive a partir do fato gerador mais antigo aqui em cobro (junho de 1992). Portanto, neste momento, a elas não farei referência. O primeiro dado que destaco, agora, é a intervenção judicial na PARMALAT BRASIL SA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS.

DA INTERVENÇÃO JUDICIAL

Em 11 de fevereiro de 2004, o juiz de direito titular da 42ª Vara Cível do Foro Central da Capital, em São Paulo, Dr. Carlos Henrique Abrão, decretou o "Estado de Crise Econômico-Financeira da Empresa Parmalat Alimentos (sociedade anônima de capital aberto)" (fls. 471, item 1), o que significou a *intervenção judicial na Parmalat*. Os motivos para tal decisão estão muito bem expostos na fundamentada decisão, cuja cópia se encontra a fls. 423 a 479 e outras destes autos.

Considero que algumas passagens da indigitada decisão devem ser aqui reproduzidas,

pois refletem no quanto está sendo decidido. Senão vejamos.

Da lavra do excelentíssimo Juiz de Direito colho que:

> De fato, desde o acontecimento eclodido no exterior, com o afastamento do controlador, sua prisão e de diversos integrantes da diretoria, houve do Governo Italiano a sensibilidade da nomeação de um interventor – Enrico Bondi – que desde o final de dezembro de 2003, juntamente com sua equipe, tem buscado salvar a todo custo a linha industrial de produção, em detrimento das sociedades atingidas pela insolvência do mercado financeiro (fls. 424, p. 2 da decisão).

Sua excelência indica ter havido *concordata preventiva* na 29ª Vara Cível Central (fls. 426), que não logrou bons resultados, posto ter gerado "maior desconfiança do mercado" (fls. 428).

Em seguida, aduz:

> A crise como fato notório que se abateu sobre a empresa italiana Parmalat desencadeou no mês de dezembro de 2003 sérias e enérgicas providências adotadas pelo Governo [italiano] que além de baixar um Decreto cuidando das empresas em crise, concomitante afastou a pessoa física do Controlador – Calixto Tanzi – imediatamente preso – com demais diretores, nomeando Sr. Enrido Bondi para, na condição de interventor, por 180 dias, prorrogáveis por mais 60 – tomar conjunto de medidas que levem ao menos à salvação da empresa industrial (fls. 428, p. 6 da decisão).

Do parágrafo acima citado, chama atenção o aspecto de que a responsabilidade pelos fatos geradores que levaram à expedição das CDAs aqui em cobro (repito, de junho de 1992 a dezembro de 1995) aparentemente repercutem na indigitada decisão judicial, que é de 2004, bem como nos fatos que ensejaram a atuação do Governo Italiano em 2003. Assim, em princípio, atos do tipo "confusão patrimonial" ou práticas fraudulentas havidas até 2003, inclusive quanto as que aqui estão sendo executadas, já foram relatadas em juízo anteriormente e foram realizados sob o comando de CALIXTO TANZI, que foi preso pelo Governo Italiano justamente por tais atos.

O Juízo Estadual mencionou a falta do "nascituro (nova lei de recuperação)", em discussão por mais de uma década (fls. 428, *in fine*). Diz que a Lei nº 7.661/45, então com 60 anos, não mais atendia à "rápida mudança dos padrões da economia" (fls. 429).

Causa espécie, na leitura da referida decisão judicial, a demora da Administração Tributária Federal em ajuizar a presente execução, posto que débitos de 1992 a 1997 tiveram a execução ajuizada em 2010, o que, inclusive, levantou a suspeita de prescrição (fls. 57). Todavia, sem abordar aspectos políticos ou administrativos, o certo que é que referida demora, no quanto compete a este Juízo apreciar, foi superada com o processamento normal do feito, a partir das fls. 116.

Voltando à decisão judicial aqui analisada, destaco que, naquela oportunidade, os débitos tributários não demonstravam preocupação, pois extraio da decisão da 42ª Vara Cível do Foro Central da Capital que:

> Embora fossem diagnosticados *passivos tributário* [sic] *de pequeno relevo* e trabalhista, maior monta, provisionado em torno de 30 milhões de reais, seguro dizer que somente o afastamento dos administradores permitirá a imediata e eficiente, por efetiva, tomada de posição

> para, inclusive, ingressar com as ações e recuperar a passos rápidos a solidez e a estrutura danificada em virtude dos gestos danosos das controladoras (fls. 441 – destaquei).

Ainda que tal declaração cause estranheza, os motivos que ensejaram referida reflexão não fazem parte do objeto desta causa, sendo certo que a Advocacia Pública poderia, por exemplo, ter ajuizado uma ação cautelar fiscal, ainda que os créditos tributários aqui em cobro estivessem com sua exigibilidade suspensa.

Por sinal, o juiz estadual provocou a Administração Federal e sua decisão bem espelha a notoriedade do momento então vivido pela PARMALAT BRASIL SA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS:

> E diante dessa característica ["papel relevante social da empresa que a Constituição sinaliza e o atual Código Civil assimila"], o Governo Federal, assistindo a agonia da empresa propalada pelos meios de comunicação de massa, não editou a esperada medida provisória, a Lei aguarda sua tramitação pelo Senador [sic] Federal, indaga-se seria justo ao Judiciário, como em outras oportunidades, tais como Encol, Casa Anglo Brasileira S/A (Mappin), Casa Centro, Engesa e uma dezenas [sic] de empresas de grande porte, assistir de camarote a derrocada das unidades produtivas, com o sopamento [sic] de sua estrutura, milhares de demissões, e mais grave ainda o problema social incalculável (fls. 445-446).

Diante da inércia do Governo Federal, o juiz estadual asseverou:

> A missão desbravadora caberá, sem sombra de dúvida à atividade intrépida do Judiciário, porquanto em Países avançados, como Itália, Alemanha, França, etc., em casos de repercussão nacional e no exterior, sempre é o Governo – Executivo que toma a primeira iniciativa e submete todos os atos para o controle de legalidade da Justiça (fls. 447).
>
> A situação é dramática e merece uma medida que consigna [sic], em pouco tempo, reestruturar a entidade societária, sua performance, e mais do que tudo ditar ao mercado segurança e certeza da recuperação se acompanhada de mecanismos instrumentais dotados de validade e eficácia. (fls. 448).

A fls. 449 destes autos começa a delineação do quanto foi decidido em 2004:

> Uma vez reconhecido o estado de crise da empresa, determina-se que todos os fornecedores, a partir desta data (11 de fevereiro de 2004) serão considerados extraconcursais, sem qualquer atrelamento ao concurso, ficando, de igual, suspensas quaisquer ações ou execuções tiradas contra a empresa em administração judicial provisória, pelo prazo de 6 (seis) meses, podendo ser prorrogado, não se computando o lapso prescricional. Exceto as ações em andamento, que foram abraçadas pela empresa e as novas a serem intentadas pelo administrador judicial terão regular curso, vez que se sustentam na redução do endividamento, *responsabilização do controlador* [destaquei], rescisão de contratos e despesas consideradas supérfluas, enxugamento de setores manifestamente desnecessários, mas a principal característica, qual seja, a preservação incessante da preservação dos postos de serviços, de funcionários, da folha de pagamento, *numa verdadeira reengenharia societária* [destaquei].

Registro que falta página 29 da indigitada decisão.

Prossegue o Dr. Carlos Henrique Abrão no delineamento do quanto ocorrido que, repita-

se, é anterior aos fatos geradores aqui em cobrança, fazendo com que este Juízo perceba que as alterações societárias e demais atos em desconformidade com o direito refletiram na decisão de fevereiro de 2004:

> No entanto, a punição que vem sendo feita por todos os responsáveis das linhas de crédito e financiamento destinados à empresa, parece ganhar o contorno da perspectiva de confundir administrador com a empresa.
> Seguramente que se punam os responsáveis pela mazelas, dinheiro que foi evaporado pelo ralo e intermináveis redes de intriga, mas que deixe livre a empresa, patrimônio maior da comunidade, dos trabalhadores, do público, da tradição emblemática do nome Parmalat, e que não vivamos apenas de expectativas, mas com a situação incontrastável de por o dedo na ferida e marcar novos tempos.
> Temos a confiança que com o afastamento dos administradores que se interligam com a holding e dela não sofrerão mais negativas influências – sob o olhar nefasto, as autoridades poderão doravante enxergar melhor e separar o joio do trigo entre empresário que agiu sem razão e com o propósito exclusivo de financiar a riqueza do controlador, do marco insuplantável da empresa (fls. 454-455).
>
> Consequentemente, a jurisprudência registra diversos casos do afastamento do sócio dirigente, mormente se o poder controlador é abusivo e contrário à consecução do seu objeto, sem transparência ou articulação de legalidade (fls. 457).

Continuando, o juiz se refere a diversos autores doutrinários que sustentam o afastamento dos dirigentes, em casos que tais, em favor da empresa e da sociedade, bem como descrevendo as providências que estavam sendo tomadas pelas autoridades administrativas da época, inclusive os da esfera federal:

> Consentâneo dizer que corre contra a empresa ação de despejo por falta de pagamento de sua sede social (sci), *há investigações na Polícia Federal e também na Receita, e recentemente o Ministério Público Federal* (Ofício 1333/04) abriu procedimento com o escopo de apurar suposta prática de crime contra a ordem tributária por parte da empresa Parmalat do Brasil S/A, cujas Procuradoras da República Ana Letícia e Anamara Osório solicitaram deste juízo cópias da ação cautelar inominada (fls. 459 – destaquei).
>
> Importante frisar que o processo de administração judicial temporária compreenderá a primeira fase de saneamento, com sua destinação à recuperação e a *derradeira de entrega do poder diretivo aos interessados na aquisição*, sem prejudicar a integração na gestão dos cooperados e demais que se aglutinam na rede de produção, fornecimento e distribuição, até sob a forma de micro empresários cooperativas *formadas com esse escopo* (fls. 460 – destaquei).
>
> Ao lado disso é imprescindível *indisponibilizar os bens dos dirigentes obedecido o lapso de cinco anos*, a fim de resguardar eventuais ações de responsabilidade e a segurança no momento da liquidação do julgado, dês que, a exemplo de Modesto Carvalhosa, traz traços de natureza objetiva e se aplica subsidiariamente a regra do Código Civil, em termos de prescrição, dado o desvio do poder de controle e sua anomalia que datam de pelo menos um lustro (p. 461 – destaquei).

Em seguida, ele determinou a quebra de sigilos bancários, fiscal e eletrônico da empresa, para realizar ampla investigação e averiguação de responsabilidades dos administradores.

Indica que teve apuração da Câmara dos Deputados, com pedido de abertura de CPI.

> Corretamente, deverá a controladora italiana suportar todo endividamento, principalmente da Parmalat Alimentos, *transferindo-se para ela o endividamento*, afora as diversas ações que serão promovidas para redução dos custos, questionamento dos negócios jurídicos, *descasamentos societários*, e as indenizações comporão o Fundo de Recuperação da Empresa (FRE) (p. 466 - destaquei).

Após um longo resumo das medidas que estavam sendo e seriam em seguida tomadas, inclusive o descasamento societário, fixou:

> Com isso se põe um ponto final, verdadeiro basta à grande família italiana que tragou os recursos, inviabilizou praticamente a empresa, deteve monopólio no seu controle e não exibiu transparência e clareza suficientes ao mercado e lesou uma infinidade de investidores (fls. 468-469).
>
> Descortina-se conforme informado pelo Banco Central remessas nos anos de 1998 e 1999, quando dirigia a empresa o Sr. Gianni Grisendi, ademais a partir de 2001 e nos anos seguintes, cerca de 26 milhões de dólares também foram canalizados, sob várias rubricas, em diversos Países, salientando-se valores elevados, um dos quais, na casa de DEZ MILHÕES DE DÓLARES (fls. 470).

Relatado e fundamentado, Sua Excelência decidiu nos seguintes parâmetros, que será aqui reproduzido apenas nas partes que possam ter algum interesse no deslinde desta causa:

> 1) Decretação do Estado de Crise Econômico-Financeira da Empresa Parmalat Alimentos (sociedade anônima de capital aberto), com possibilidade de extensão dos efeitos ao grupo, a contar de 11 de fevereiro de 2004 (fls. 471).
>
> 3) Ficam afastados Conselho Administração e os Diretores da Parmalat Alimentos, diante do abuso do poder de controle, endividamento comprometendo o interesse nacional e as inabilidades de gestão, alcançados pela indisponibilidade dos próprios bens, retroativa a cinco anos, da decisão, sob aplicação por analogia da Lei 6024/76 (fls. 472).

Nesse momento, vai-se delineando que os atos praticados entre 1992 a 1997 (é dizer, os fatos geradores aqui executados) foram abarcados pelas providências da decisão judicial trazida aos autos.

Além desses, destaco brevemente o item 4, com a quebra dos sigilos bancário, fiscal e eletrônico de diretores e administradores nos últimos 5 anos, que ficaram proibidos de se afastar do país (item 5) sem autorização judicial; o item 9 (fls. 473): suspensão das execuções, não contando o prazo prescricional, nos últimos 6 meses; o item 16:

> Nenhuma interferência, direção ou comando será determinada pela Parmalat Administração e Parmalat Holding em relação à Parmalat Alimentos, cuja sobrevivência neste processo é vital para sair dos prejuízos causados pela administração, bloqueando-se mediante sequestro judicial as quotas do controle de primeiro e segundo graus, até que sejam apuradas as responsabilidades societárias do grupo pelos danos causados à controlada (fls. 475 e 476).

O item 19 também merece ser reproduzido:

> Facultam-se eventuais ações contra os responsáveis solidários pelas operações de risco, fraude, ou desvio de finalidade, de natureza "ultra vires societatis" com abuso do poder de controle, como é a realidade atual nos Estados Unidos, e os valores recebidos comporão o fundo de recuperação da empresa Parmalat Alimentos (fls. 476).

Há que se destacar que o Ilustre Magistrado prolator da decisão, naturalmente, estava se referindo aos então sócios e administradores da empresa no Brasil, à época (fevereiro de 2004).

Por fim, reporto-me ao item 21, por conter o convite para a colaboração de diversos órgãos, incluindo-se a "Procuradoria da Fazenda Nacional" com o "*projeto Parmalat Brasil de recuperação*" (fls. 477).

Em breve síntese, extrai-se da decisão supra referida que a empresa PARMALAT ALIMENTOS vivia uma grave crise econômica e financeira, a partir de fatos que ocorreram na sua sede mundial (Itália), com repercussão direta no Brasil. Tais fatos coincidem, grosso modo (sem entrar em detalhamentos desnecessários) com o exposto pela exequente, de quem trago à colação o seguinte:

> Não se logrou efetivar a citação da executada no endereço fornecido de sua sede, donde se pode extrair indício de sua dissolução irregular. Adicione-se a este fato a constatação de que a executada integra o GRUPO PARMALAT, conforme passamos expor, o que torna a inclusão das pessoas jurídicas descritas a seguir.
> Nesta ordem de considerações, primeiramente, é preciso perquirir quem é o Grupo Parmalat do Brasil que teria articulado o "plano de reestruturação societária" e por meio de quais pessoas físicas os negócios jurídicos foram celebrados. Isto porque, para haver responsabilização tributária, por óbvio, é imprescindível haver o detalhamento de toda a estrutura organizacional e institucional do grupo (fls. 118).
>
> Em 23/05/1989 foi constituída PARMALAT BRASIL ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA, CNPJ (...). Já, em 09/01/1992 teve sua razão social alterada para PARMALAT ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA. (...) (p. 119).
>
> Destaque-se que os presentes organogramas se referem ao período de 1998 a 2003 (relatório DOC. 05). Portanto, alheios ao fato de que em 26/05/2006, os credores da Parmalat Alimentos aprovaram a venda da companhia para o fundo latino-americano LAEP (*Latin America Equity Partners*). Com efeito, conforme será delineado a seguir, em última instância, LAEP é a atual controladora de todo o grupo Parmalat (fls. 128).

Pois bem, todo o quanto foi relatado pela exequente entre as folhas 119 a 128 destes autos, com os documentos pertinentes juntados, referem-se a fatos posteriores aos geradores dos tributos aqui em cobro e que fazem parte do conjunto fático que ensejou a intervenção judicial na PARMALAT em 2004, suficientemente reproduzido nos parágrafos acima, com especial destaque para a prisão do presidente mundial do Grupo na Itália e o afastamento de seu corpo diretivo e administrativo no Brasil pela decisão de fls. 423 a 479, sendo certo que, da petição da exequente a partir das fls. 128, LAEP e, por óbvio, acontecimentos posteriores a fevereiro de 2004 não fizeram parte da decisão em comento.

DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA PARMALAT

Dos autos em análise, também consta decisão que concedeu *recuperação judicial à Parmalat Alimentos*, exarada na 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Fórum João Mendes Júnior, assinada pelo Dr. Alexandre Alves Lazzarinni em 2 de fevereiro de 2006.

De referida decisão, destaco: a PARMALAT BRASIL S/A – INDÚSTRIA DE ALIMENTOS requereu a recuperação judicial, nos termos da Lei nº 11.101/05. Foram dispensadas as certidões negativas de débito previstas no art. 57 da referida lei, por afronta aos "princípios que regem o instituto da recuperação judicial, regulado pela mesma lei, bem como a própria Constituição Federal" (fls. 482).

A respeito da dispensa de certidões, Sua Excelência citou o *princípio da proporcionalidade* como "princípio constitucional ou princípio geral de direito", nas palavras de Paulo Bonavides (*Curso de Direito Constitucional*). Citou, também, para afastar a exigência de certidões negativas de débito fiscal, Marcos de Barros Lisboa, que fora Secretário de Política Econômica do Ministério da Fazenda: *A racionalidade econômica da nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas* (*in Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, coord. Luiz Fernando Valente de Paiva, Quartier Latin, 2005, p. 52):

> "o Fisco colabora com a recuperação da empresa mediante o parcelamento dos créditos tributários", fixando norma determinando "que as Receitas de cada ente Federativo criem regras específicas sobre o parcelamento de dívidas tributárias para empresas em recuperação de empresas" [sic], como forma de ajudar a recuperação judicial, já que dela não participa, "estabelecendo uma dilatação dos prazos para pagamento, *aliviando as necessidades de fluxo de caixa da empresa e propiciando a regularização de sua situação fiscal*" (fls. 485).

E aduziu:

> Em face de um aspecto pragmático, com a recuperação judicial o fisco tem a chance de receber os tributos devidos; com a falência, a prática demonstra que nada, ou muito pouco, receberá dos seus créditos (fls. 486).

A esse respeito, tenho que destacar qual foi a ideia que gerou a Lei de Recuperação Judicial, com destaque para o ponto acima citado – "o fisco tem a chance de receber os tributos devidos". A noção é que, se a empresa se recuperar, o fisco passará a receber *principalmente* os tributos devidos pelos atos futuros. Nas hipóteses típicas de falência, como descrito pelo autor, o fisco normalmente nada recebe. Evidentemente que, se a empresa se recuperar com a mesma estrutura que possuía antes, os tributos devidos anteriormente também passam a ter maiores chances de serem recolhidos. Mas, pelo quanto interpreto, o fisco receberá não propriamente da empresa recuperanda em seu eventual insucesso, mas daquela que vier a desenvolver as atividades empresariais da pessoa jurídica anterior.

De qualquer forma, o fato é que, em 2 de fevereiro de 2006, foi decretada a recuperação judicial da PARMALAT:

> Isto posto, com fundamento no art. 58 da Lei nº 11.101/05, concedo a recuperação judicial à PARMALAT BRASIL S/A – INDÚSTRIA DE ALIMENTOS, destacando-se o seu cumprimento nos termos dos arts. 59 a 61 da mesma lei, e do plano aprovado pela Assembleia Geral de Credores (fls. 486).

Este Juízo registra a omissão de tal fato no detalhamento feito pela exequente a fls. 128. Ela passa do quanto relatado entre 1998 a 2003 diretamente para 26/05/2006, sem nada dizer sobre a intervenção judicial e a recuperação judicial da executada, dois dados jurídicos de maior relevo, como visto. Sem os destaques que, a meu ver, seriam devidos por um advogado público, que se sujeita aos princípios constitucionais dispostos no artigo 37 da Constituição da República, a exequente, a fls. 139, menciona a "possível alegação de que a própria PGFN teria se posicionado contra o reconhecimento da sucessão tributária no caso da VARIG". De fato, tal alegação veio aos autos, provocada pelas executadas. Senão vejamos.

Está juntado aos autos, também, parecer da PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL a respeito do plano de recuperação judicial da VARIG (fls. 488 a 497), onde se destaca não haver sucessão tributária quando ocorrer "*alienação judicial de unidade produtiva isolada*". No parecer, está dito que serão segregadas duas empresas ("UNIDADE OPERACIONAL INTEGRAL" e "UNIDADE OPERACIONAL DOMÉSTICA", sendo que a primeiro inclui serviços domésticos e internacionais da antiga companhia aérea). Consta que o art. 47 da Lei 11.101, de 9/2/2005 traz o "vetor exegético", e que a alienação de unidades produtivas isoladas está prevista nos artigos 60, 141 e 142 da lei, que estão de acordo com a Lei Complementar nº 118, do mesmo dia, que deu nova redação ao art. 133 do CTN, cujo § 1º, II, também se refere a "unidade produtiva isolada".

No referido parecer, está citado o professor Eduardo Domingos Bottallo (Revista do Advogado nº 83, p. 30-34), de quem são as seguintes palavras:

> Quer-nos parecer que a expressão "unidade produtiva isolada" (§1º, II) associa-se, em seu significado, ao conceito de estabelecimento de que tratam os artigos 1.142 e 1.143, do Código Civil, ou seja "complexo de bens organizado para o exercício da empresa", capaz de "ser objeto unitário de direito e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza".
> Portanto, a consideração sistemática dos preceitos do Código Civil e da NLF autoriza-nos a entender por "unidade produtiva isolada" o estabelecimento apto a possibilitar, de per si, o desempenho de atividades econômicas, embora não se trate de pessoa jurídica, ou de filial de pessoa jurídica, formalmente constituídas (fls. 494).

Agora palavras dos Excelentíssimos Senhores Procuradores da Fazenda Nacional Doutores Pedro Câmara Raposo Lopes e Patrícia de Seixas Lessa, na qualidade de pareceristas:

> Se assim é, pode-se afirmar que, em sendo a alienação efetivada em sede judicial de acordo com Plano de Recuperação Judicial adrede aprovado, não há se falar, *a priori*, em sucessão tributária, a não ser que reste caracterizada alguma das hipóteses estabelecidas na lei como indiciárias de proceder fraudulento (fls. 495).

Em seguida, passam a distinguir da cisão (que, por sinal, não existia quando da edição do CTN, posto criada pela Lei 6.404/76).

E finalizam indicando que o art. 132 do CTN não se presta para a hipótese estudada (VARIG), já que a alienação judicial "pressupõe adquirente já existente à época da transmissão onerosa do ativo, jamais pessoa jurídica *in fieri*" (fls. 496).

Neste ponto, naturalmente, este Juízo, aparentemente, deveria abordar, desde logo, a discussão sobre as diferenciações entre "alienação de unidade isolada" e "alienação de unidade integral", no âmbito da Lei 11.101/2005. Entretanto, a continuação da verificação dos demais

documentos juntados por PADMA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS LTDA e LAEP INVESTIMENTS LTD. talvez indiquem em sentido contrário. Vejamos.

Dos autos, consta importante decisão, também da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Fórum João Mendes Júnior e assina pelo Dr. Alexandre Alves Lazzarinni, de 21 de novembro de 2006, DECLARANDO que a LÁCTEOS não é sucessora de qualquer obrigação da recuperanda (fls. 500 a 504). A recuperanda, no caso, é a aqui executada ZIRCÔNIA. Confira-se:

> Postula a LÁCTEOS, na condição de adquirente da Parmalat Brasil S/A – Indústria de Alimentos, devidamente autorizada por assembleia de credores, em 26/5/2006, instituindo, inclusive, nova administração, pois passou a condição de controladora, a "declaração judicial de que a Recuperanda não se constitui como sucessora de qualquer obrigação de quaisquer outras empresas terceiras que não a própria recuperanda" (fl. 7398, item 10), inclusive com a finalidade de publicar edital com a forma indicada no art. 36 da Lei nº 11.101/05 (fls. 500).

LÁCTEOS, conforme consta inclusive na petição da exequente de fls. 128 e 129, é controlada pela LAEP INVESTIMENTS e detém, a partir de julho de 2007, o controle da PARMALAT BRASIL SA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS (fls. 128 e 129).

Pois bem, referida DECLARAÇÃO JUDICIAL requerida foi dada em 21 de novembro de 2006, conforme cópia juntada a fls. 501, de onde extraio o seguinte:

> Isto posto, declaro, que nos termos do art. 61, "caput" e parágrafo único, da Lei nº 11.101/05, a empresa LÁCTEOS DO BRASIL S/A (atual denominação de Agord S/A) não se constitui como sucessora de *qualquer obrigação*, de quaisquer outras empresas terceiras, que tiveram como origem a unidades por ela adquiridas, com ou sem a manutenção da marca Parmalat, eis que se constitui em outra empresa. Autorizo o edital requerido.

A fls. 502 a 528 há documentos relacionados à referida declaração, mas cuja descrição me parece, ao menos neste momento, despicienda.

Já a fls. 529 e 530 destes autos, constam cópias de ofícios da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo, que repassaram à 5ª Vara Federal de Execuções Fiscais deste fórum, para instruírem diversas execuções fiscais que tiveram as mesmas partes que compõem este feito que ora julgo as exceções de pré-executividade propostas, o conteúdo da indigitada declaração judicial de ausência de sucessão entre LÁCTEOS e a antiga Parmalat, o que inclui, como referidos ofícios expressamente consignam, a aqui executada ZIRCÔNIA. Em outras palavras, por ato judicial de 21 de novembro de 2006, os adquirentes da PARMALAT ALIMENTOS não foram considerados sucessores da ZIRCÔNIA ou nenhuma das pessoas jurídicas que controlavam a Parmalat. Trazido esse importante dado para as execuções fiscais federais, apesar de referida declaração ter sido divulgada até mesmo em jornal de ampla circulação, passou a ser de conhecimento da exequente.

Para a boa compreensão do que depreendi do quanto relatado desde o item anterior desta decisão interlocutória, resumo o que até aqui observo: a) por atos de descontrole econômico e financeiro que culminaram com o afastamento da administração anterior da PARMALAT, bem como com a prisão, em 2003, na Itália, de seu então presidente, foi decretada a intervenção judicial na PARMALAT BRASIL SA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS, no Brasil; b) depois da intervenção judicial, foi publicada a Lei nº 11.101/2005, que instituiu a Recuperação Judicial de empresas entre nós; c) no curso de processo de Recuperação Judicial da PARMALAT, no

Brasil, ocorreu o "descasamento societário" por ordem judicial. Esse "descasamento" significou que, de um lado, ficariam as pessoas jurídicas que, até 2003, controlavam a Parmalat, e de outro lado ficaria a própria Parmalat, então sob intervenção judicial. Para o quanto importa para este processo, de um lado ficaram ZIRCÔNIA e CARITAL, e de outro ficou PARMALAT ALIMENTOS. Registro, por oportuno, que primeiro ZIRCÔNIA e CARITAL ficaram proibidas de continuar administrando a PARMALAT, conforme a decisão judicial de 2004; em seguida, em 2006, a PARMALAT foi leiloada judicialmente, sendo adquirida por LÁCTEOS DO BRASIL SA. A partir de 26/05/2006, com a aprovação por parte dos credores da alienação judicial da Parmalat para a LÁCTEOS, a ZIRCÔNIA continuou com todos os débitos fiscais, *inclusive os referentes às certidões de dívida ativa em execução nestes autos*, enquanto a LÁCTEOS, na condição de adquirente da Parmalat, não foi considerada sucessora tributária de ZIRCÔNIA ou de CARITAL; d) tais informações foram repassadas pela Justiça Estadual de São Paulo à Justiça Federal, nos termos dos ofícios a fls. 529 e 530. Se até então a exequente não tinha conhecimento do quanto havia ocorrido, a partir de 2010, ela o teve.

Chegados neste ponto, surge o momento de se discutir se a decisão dada na Justiça Estadual vincula a exequente e este Juízo. Ao longo deste feito, a PFN alega que não está vinculada à decisão proferida na esfera estadual (fls. 1.681-v).

Também neste ponto, antes de tecer minhas próprias considerações, é prudente prosseguir na exposição dos documentos que constam dos autos.

Relembrando, a fls. 529 a 534 constam cópias dos ofícios da Justiça Estadual à Justiça Federal noticiando a declaração de ausência de sucessão entre as empresas acima indicadas. A fls. 535 a 540 consta ofício no mesmo sentido para a Junta Comercial do Estado de São Paulo – JUCESP.

A partir das fls. 541, consta uma série de decisões exaradas pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça, cujo interesse para a presente decisão é patente. Antecipando brevíssima síntese, o STJ decidiu que "deferida a recuperação judicial da empresa e aprovada pelo Comitê de Credores, como um dos meios de recuperação judicial, o trespasse de estabelecimento, compete ao respectivo juízo decidir acerca da sucessão dos ônus e obrigações. Precedente" (fls. 542, liminar; 546, decisão; 553, acórdão; 561). Senão vejamos.

A primeira dessas decisões foi uma liminar dada pela Ministra Nancy Andrighi em 15 de agosto de 2012 (Conflito de Competência nº 123.934 - fls. 541 a 544). Tratou-se de conflito positivo de competência suscitado por PADMA entre a 5ª Vara Federal de Execuções Fiscais e a 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central, ambas da Capital de São Paulo, cuja ementa foi assim vazada:

> PROCESSO CIVIL. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ALIENAÇÃO DO CONTROLE DE UNIDADE DE NEGÓCIOS INTEGRANTE DO GRUPO DA RECUPERANDA. SUCESSÃO DOS ÔNUS E OBRIGAÇÕES. ART. 60, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 11.101/05. ALEGAÇÃO DE BURLA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO EM QUE SE PROCESSA A RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRECEDENTE.
> - Deferida a recuperação judicial da empresa e aprovada pelo Comitê de Credores, como um dos meios de recuperação judicial, o trespasse de estabelecimento, compete ao respectivo juízo decidir acerca da sucessão dos ônus e obrigações. Precedente.
> - O prosseguimento de execuções fiscais objetivando a alienação do patrimônio de sociedade alienada em conformidade com plano de recuperação judicial é ato que, em princípio, invade a competência do juízo da recuperação.
> - Liminar deferida para suspensão das execuções fiscais, atribuindo-se a competência do juízo da recuperação judicial para as medidas urgentes.

No corpo da liminar dada, sua Excelência indica a similitude do ali decidido com o Conflito de Competência nº 116.036/SP (rel. Min. Nancy Andrighi, 2ª Seção, DJe de 09/03/2011), também referente à recuperação judicial da PARMALAT, bem como do Conflito de Competência nº 109.400, DJe 01º/02/2010. Da liminar transcrevo:

> A exemplo do que ocorre aqui, a matéria de fundo dizia respeito à responsabilização de empresa que adquirira o controle de uma das sociedades que compunha o grupo em recuperação judicial. Tal alienação, do mesmo modo como ocorre neste processo, fora autorizada pela assembleia de credores e estaria, ao menos em princípio, protegida pelas regras do art. 60, parágrafo único, 141 e 142 da Lei 11.101/2005.
> A solução dada por esta Corte em outro conflito de competência suscitado pela Parmalat (CC 109.400, DJe 01º/02/2010) foi a de declarar a competência do juízo da recuperação judicial para definir a existência de sucessão nas dívidas, sob o fundamento, entre outros, de que seria "indubitável que até mesmo a possível extensão dos efeitos e responsabilidades à suscitante, em virtude da alegação de sucessão da suscitante pela empresa Zircônia ou de que ambas pertenceriam ao mesmo grupo econômico, será, à luz dos fatos que ensejaram a crise empresarial, melhor analisada pelo juízo em que tramita a recuperação da suscitante" (fls. 543).

A decisão final foi relatada pela Min. Nancy Andrighi em 31 de outubro de 2012 (fls. 545 a 549), cuja ementa foi assim redigida:

> CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. JUÍZO FEDERAL FISCAL E JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EMPRESA SUSCITANTE EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FALIMENTAR PARA TODOS OS ATOS QUE IMPLIQUEM RESTRIÇÃO PATRIMONIAL. PRECEDENTES.
> - *Deferida a recuperação judicial da empresa e aprovada pelo Comitê de Credores, como um dos meios de recuperação judicial, o trespasse de estabelecimento, compete ao respectivo juízo decidir acerca da sucessão dos ônus e obrigações*. Precedente (destaquei).
> - O prosseguimento de execuções fiscais objetivando a alienação do patrimônio de sociedade alienada em conformidade com plano de recuperação judicial é ato que, em princípio, invade a competência do juízo da recuperação.
> - Há manifesta incompatibilidade entre o cumprimento do plano de recuperação judicial previamente aprovado e homologado e o prosseguimento das execuções individuais ajuizadas em face da empresa em recuperação.
> - Respeitadas as especificidades da falência e da recuperação judicial, é competente o juízo universal para prosseguimento dos atos de execução, tais como alienação de ativos e pagamento de credores, que envolvam créditos apurados em outros órgãos judiciais. Precedentes.
> - Aprovado e homologado o plano de recuperação judicial, é do juízo de falências e recuperações judiciais a competência para quaisquer atos de execução relacionados a execuções fiscais movidas contra a empresa suscitante. Precedentes.
> - O prosseguimento de execuções fiscais objetivando a alienação do patrimônio de sociedade alienada em conformidade com plano de recuperação judicial é ato que, em princípio, invade a competência do juízo da recuperação.
> - Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito 1ª Vara Cível de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central de São Paulo/SP (fls. 545).

Do julgado, destaco o que segue: "[...] Em se tratando de recuperação judicial, o destino dos bens da empresa seguirá o que estiver fixado no plano aprovado, cujo cumprimento é fiscalizado pela Justiça Cível" (fls. 547 e 548).

A Fazenda Nacional apresentou agravo regimental, que não foi suficiente para inverter o julgamento (fls. 551 a 552, bem como fls. 553 a 560). *Destaco que os dois primeiros parágrafos da liminar dada são novamente reproduzidos no agravo regimental, principalmente – para esta causa – o que diz que "compete ao respectivo juízo decidir acerca da sucessão dos ônus e obrigações".*

Consoante andamento processual do referido Conflito de Competência disponibilizado no site do STJ (consulta em 12/05/2017), verifico que a Fazenda Nacional interpôs recurso extraordinário, o qual não foi admitido por decisão do Vice-Presidente do STJ proferida em 06/05/2013.

Conforme consulta realizada ao site do STF em 12/05/2017, registro que a União Federal interpôs Agravo contra a decisão que não admitiu o recurso extraordinário, autuado sob nº ARE 757.856. Inicialmente, por decisão proferida pelo relator Min. Celso de Mello, foi negado provimento ao agravo em 27/05/2014. A União Federal ainda interpôs Agravo Regimental, o qual não foi provido, em julgamento realizado em 24/06/2014, cuja ementa transcrevo.

> EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – ALEGADA VIOLAÇÃO A PRECEITOS INSCRITOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – AUSÊNCIA DE OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO – APELO EXTREMO DEDUZIDO TAMBÉM COM FUNDAMENTO EM SUPOSTA OFENSA AO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO – ACÓRDÃO QUE NÃO DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DE QUALQUER ATO ESTATAL – INVIABILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO – AGRAVO IMPROVIDO.

Do Conflito de Competência nº 110.941-SP, rel. Min. Nancy Andrighi, entre a 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo/SP e a 17ª Vara Cível de Manaus/AM, também envolvendo a PARMALAT, destaco o quanto segue:

> Na hipótese em exame, duas realidades merecem destaque. A primeira é o deferimento do processamento da recuperação judicial da suscitanda em 04/07/2005 e sua concessão em 02/02/2006, após a aprovação do pedido, por mais de 99% (noventa e nove por cento) de seus credores, permitindo a continuação da sua atividade econômica (e-STJ fls. 178/184).
> A segunda observação reside no fato de haver o Juízo de Direito da 17ª Vara Cível de Manaus-AM, em momento posterior aos acontecimentos acima mencionados, ter ordenado a penhora de numerário da suscitante – apontada como a antiga denominação da executada – e de outras empresas que seriam integrantes do Grupo Parmalat, ante a infrutífera tentativa de bloqueio de numerário da própria executada, *Zircônia Participações* Ltda. (destaquei)
> Com a edição da Lei 11.101/05, esta Corte firmou o entendimento de que a partir da data de deferimento da recuperação judicial, todas as questões relacionadas à recuperanda ficarão afetas ao juízo da recuperação. Prevalece, assim, a lógica de que é preciso preservar, na sua integralidade, o sistema instituído por esse diploma legal, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.
> A adoção desse entendimento para a hipótese sub judice ocorre pelo fato de ter sido noticiada nos autos a aquisição do controle da recuperanda por outra empresa, a Lácteos do Brasil S/A, aquisição essa devidamente autorizada por assembleia de credores realizada em 26/05/06 e verificada no bojo de recuperação judicial, a justificar-lhe um tratamento diferenciado.
> A questão da sucessão da empresa recuperanda pelo adquirente da empresa é, indubitavelmente, umas das mais instigantes do direito falimentar. Como salienta Fábio Ulhoa Coelho (Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperações de Empresas. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 364) "se o adquirente da empresa anteriormente explorada pela falida tiver de honrar todas as dívidas dessas, é evidente que menos empresários terão interesse no negócio".

> Por essa razão, o diploma legal em questão liberou, no art. 60, parágrafo único, o objeto da alienação de qualquer ônus, estabelecendo, ainda, que não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observadas as condições estabelecidas no parágrafo 1º do art. 141.
> Assim, não remanescem dúvidas que a competência, para decidir acerca da sucessão dos ônus e obrigações cabe ao juízo universal da recuperação, conforme já assinalou esta Corte no julgamento do AgRg no CC 93.788/RJ (2ª Seção, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe de 09/12/2009).
> Destaca-se ainda que, mesmo que não houvesse ocorrido a alienação do controle da suscitante pela empresa Lácteos, a prudência recomenda concentrar no juízo da recuperação judicial todas as decisões que envolvam o patrimônio da recuperanda. Com efeito, é indubitável que *até mesmo a possível extensão dos efeitos e responsabilidades à suscitante, em razão da alegação de sucessão da suscitante pela empresa Zircônia ou de que ambas pertenceriam ao mesmo gruo econômico, será, à luz dos fatos que ensejaram a crise empresarial, melhor analisada pelo juízo em que tramita a recuperação da suscitante, o qual pode esclarecer, dentre outros aspectos, em quais das formas do art. 141 da Lei 11.101/05 se processou, bem como situar temporalmente tal alienação* (destaquei).
> Na linha do entendimento acima exposto, a 2ª Seção, no julgamento do CC 68.173/SP (Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, DJe de 04/12/2008), por unanimidade, conheceu do conflito para declarar competente o juízo da recuperação judicial para decidir acerca do patrimônio da empresa recuperanda e também acerca "*da eventual extensão dos efeitos e responsabilidades aos sócios, especialmente após aprovado o plano de recuperação*", visto que nos autos da reclamação trabalhista foi determinado a desconsideração da personalidade jurídica da recuperanda. (destaques do original).
> Por conseguinte, uma vez reconhecido, pelo juízo da recuperação judicial, a responsabilidade solidária da suscitante, da mesma forma será ele competente para o prosseguimento dos atos de execução.
> Tem prevalecido nesta Corte a orientação no sentido de que, com a edição da Lei 11.101/05, a partir da data de deferimento da recuperação judicial "é competente o respectivo Juízo para o prosseguimento dos atos de execução, tais como alienação de ativos e pagamento de credores, que envolvam créditos apurados em outros órgãos judiciais, inclusive trabalhistas, ainda que tenha ocorrido a constrição de bens do devedor" (CC 90.160/RJ, 2ª Seção, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 05/06/2009) (voto da Min. Nancy Andrighi, fls. 566 a 568).

Sua Excelência esclarece que sua decisão é fundamentada no art. 47 da Lei 11.101/05, *in verbis*:

> A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

O parecer do Ministério Público Federal, juntado a fls. 572 a 590 destes autos, foi exarado no mesmo sentido que, afinal, julgado à unanimidade pelo egrégio STJ.

Deixo registrado, em atenção ao quanto contido no artigo 489, § 1º, inciso V, do Código de Processo Civil de 2015, que o quanto decidido pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça nos conflitos de competência acima reportados se ajustam integralmente à situação destes autos. Afinal, apartando-se para os aspectos formais dos conflitos de competência (disputa entre dois juízos pelo dever de julgar a causa), os dados materiais aqui em jogo (cobrança de dívida ativa) são os mesmos que colocaram, em lados opostos, a Justiça Estadual, na recuperação judicial,

e a Justiça Federal (5ª Vara de Execuções Fiscais), sendo que a Corte com competência para dirimir o litígio não apenas declarou a competência do primeiro sobre o segundo, como fixou a questão central da força do descasamento societário praticado, sob a égide da lei, pelo juízo competente.

Dos excertos acima transcritos, conclui-se que a decisão proferida pelo Juízo da Recuperação Judicial vincula a exequente e este juízo, haja vista que àquele juízo cabe a competência para apreciar todas as questões relacionadas à recuperanda, inclusive acerca de eventual sucessão dos ônus e obrigações decorrentes do trespasse de estabelecimento, conforme precedentes citados do STJ.

Ao que parece, essa conclusão vai no mesmo sentido do parecer de autoria do Professor José Rogério Cruz e Tucci (fls. 591 a 640). Nele, o parecerista inicia com histórico dos problemas enfrentados pela PARMALAT a partir da Itália e das soluções alcançadas no Brasil, quer quanto aos aspectos relacionados aos processos judiciais já aqui mencionados, quer quanto à sucessão empresarial ocorrida após o início da recuperação judicial.

Em seguida, inicia a "análise dogmática das questões" (fls. 608), abordando a eficácia preclusiva da coisa julgada, nos termos do art. 471 do CPC/73; a recuperação judicial, nos termos do art. 47 da Lei 11.101/05; a questão da "unidade produtiva isolada" (art. 60 da Lei 11.101/05) etc.

O parecerista, à evidência, destacou a relevância da declaração judicial de ausência de sucessão entre a PARMALAT (em recuperação judicial), posteriormente LÁCTEOS, e a PARMALAT BRASIL, a devedora originária (fls. 601 a 606).

Quanto à questão da "unidade produtiva isolada", destaco a explicação colacionada, da lavra de Eduardo Secchi Munhoz:

> [...] Trata-se do tardio reconhecimento pela lei brasileira da distinção entre *empresa* e *empresário*; os ônus e obrigações assumidos por este ao longo do exercício da atividade empresarial devem permanecer sob a sua responsabilidade, não sendo de se admitir que a sucessão destes comprometa a continuidade da empresa sob o comando de terceiro (*Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*, coord. Francisco Satiro de Souza Júnior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo, São Paulo, Ed. RT, 2005, pág. 215-216. V., no mesmo sentido, MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO*, Lei de recuperação de empresas e falência comentada*, 6ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2009, pág. 160). (fls. 615).

O parecerista indica, também, que a competência por prevenção atende à celeridade processual e à harmonia de julgamentos (fls. 620), sendo também de se destacar:

> Sensível a esse importante aspecto, assevera, mais uma vez, EDUARDO RIBEIRO DE OLIVEIRA, que os pronunciamentos judiciais, proferidos no bojo do processo de recuperação judicial e, em especial, relacionados com a *unidade produtiva isolada*, não podem, em hipótese, alguma, ser contraditórios: "Ora, aceitar que cada juiz competente, em tese, possa proferir decisão sobre a matéria, seria consagrar a completa insegurança". (fls. 622 e 623)

José Rogério Cruz e Tucci aborda o *leading case* (processo VARIG e o Conflito de Competência nº 61.272/RJ, rel. Min. Ari Pargendler), seguido de outros (CC 79.170-SP-PR, rel. Min. Castro Meira; CC 73.380-SP, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa; e outros).

Indo, agora, direto às conclusões, citamos:

> a) a decisão monocrática, de natureza substancial, proferida, em 11 de dezembro de 2006, nos já mencionados autos de recuperação judicial (proc. Nº 583.00.2005.068090-1), pelo Juízo de Direito da 1ª Vara de Falência e Recuperação Judicial do Foro Central da Comarca de São Paulo-SP, faz coisa julgada nos limites do que foi decidido, *particularmente no que concerne à inexistência de sucessão em relação à unidade produtiva isolada ("nova Parmalat Brasil"), e, por via de consequência, à sua atual controladora;*
> *b)* o Juízo de Direito da 1ª Vara de Falência e Recuperação Judicial do Foro Central da Comarca de São Paulo-SP, que homologou o plano de recuperação judicial tempestivamente apresentado pela referida empresa, é o competente – *absolutamente competente* – para conhecer e julgar eventuais demandas que tenham por objeto o cumprimento daquele, ainda que o argumento fulcral seja o de que a unidade produtiva isolada é responsável pelos débitos da empresa recuperanda, bem como de quaisquer discussões que envolvam desconsideração da personalidade jurídica ou que possa afetar os ativos da "nova Parmalat Brasil";
> *c)* tendo em vista a competência, por força de prevenção, do apontado Juízo de Direito da 1ª Vara de Falência e Recuperação Judicial, *nenhum* outro órgão judiciário é competente para apreciar e decidir medidas constritivas, de natureza cautelar ou satisfativa isolada ("nova Parmalat Brasil"), com fundamento em débitos anteriores da aludida empresa em recuperação, ou, em débitos presentes e/ou futuros de terceiros;
> *d)* os credores que pretenderem questionar o plano de recuperação judicial, procurando imputar responsabilidade à unidade produtiva isolada, deverão aforar a demanda que entenderem cabível perante o indigitado Juízo de Direito da 1ª Vara de Falência e Recuperação Judicial de São Paulo –SP; e, por fim,
> *e)* diante do disposto nos arts. 60, parágrafo único, da Lei 11.101/05, e 133, § 1º, II, do Código Tributário Nacional, depois de alterado pela Lei Complementar nº 118/05 (editada quase simultaneamente à Lei nº 11.101/05), é inequívoca a conclusão de que a "nova Parmalat Brasil": (i) não é sucessora de débitos tributários com fatos geradores ocorridos anteriormente à alienação da já apontada unidade produtiva isolada; e (ii) não é, nem poderia, ser sucessora de empresas do Antigo Grupo Parmalat, especificamente as empresas Carital Brasil Ltda. e Zircônia Ltda. (fls. 636 a 639. Os destaques são do original).

A Procuradoria da Fazenda Nacional, de seu turno, sustenta, na exceção de pré de PADMA e LAEP (fls. 643 e segs.), que a "argumentação é falaciosa e tendenciosa", pois "apenas assuntos relacionados à alienação de ativos da PADMA devem ser tratados de forma exclusiva pelo juízo da recuperação". Há "sucessão decorrente da aquisição do controle integral da PADMA/PARMALAT, por meio da LACTEOS DO BRASIL S/A". Apresenta ilustrativo esquema que, *ao meu modo*, reproduzo:

Parmalat SpA → Carital Foods Distributors NV + Dancent Corporation → Parmalat Participações (atual Carital Brasil) → Parmalat Indústria e Comércio (atual Zircônia) → Parmalat Brasil (adaptação do quanto consta a fls. 643-v).

Relata a venda de ativos e as sucessões de 2000 a 2003 da Parmalat, de onde destaco:

> Ora, os fatos geradores dos tributos em cobro neste feito são de 1993, momento anterior a toda a reestruturação, caracterizando o interesse comum existente por parte da PARMALAT BRASIL S.A. INDÚSTRIA DE ALIMENTOS, pois a Zircônia financiava sua estrutura enquanto não pagava seus débitos que, aliás, foram constituídos apenas em 1997, por meio de auto de infração. Com uma atividade conjunta, o interesse comum no fato gerador fica patente, devendo haver a responsabilização nos termos do artigo 124, I do CTN (fls. 644 e 644-v)

Também destaco:

> O argumento de que a PADMA não pode ser responsabilizada por conta da existência de uma recuperação judicial em andamento é bastante falacioso, sobretudo por partir de uma premissa equivocada: a de que a PADMA/PARMALAT BRASIL é uma empresa isolada das demais e que não ocorreu qualquer fraude antes do início do processo de recuperação judicial (fls. 644-v. Os destaques são do original).

A PFN aborda a alienação da VARIG e cita decisão do TJRJ, contrária à tese de venda de "unidade produtiva isolada"; diz que a PFN não integrou o plano de recuperação judicial, reforça que o crédito tributário não é sujeito à habilitação na recuperação judicial, inclusive citando decisão do TRF/3R; pugna pela inaplicabilidade das decisões do STJ, "*porquanto se tratam de alegações diversas*" (fls. 648-v), por haver grupo econômico e aquisição completa do controle da PARMALAT. Considera, à luz das decisões do STJ que os atos de alienação de bens ficaram com o juízo da recuperação, sendo que, "*a contrario sensu, os demais atos, como o reconhecimento de responsabilidade solidária, podem continuar sendo praticados pelo juízo da execução fiscal*" (fls. 649. Os destaques são do original).

A PFN diz que há "*indícios de fraude na gestão*" da LAEP, com a prática de atos ilegais que fundamentam a aplicação do art. 50 do Código Civil (desconsideração da personalidade jurídica, a ensejar a responsabilidade de pessoas físicas) (fls. 649-v. Os destaques são do original).

A PFN apresenta como prova o "fato relevante" (fls. 653) a decisão do CARF de anular um auto de infração que a empresa não se considerava devedora; a "nota explicativa" e pareceres de fls. 655 a 671, em que destacou que a LAEP controla diretamente a LÁCTEOS e indiretamente a PADMA, que tem "acordo de licenciamento de marca com a Parmalat SpA" e o sublicenciamento com a Leitbom, deixando de "operar diretamente no setor lácteo" etc.

Juntou, ainda, fichas cadastrais (fls. 671 a 704), "aviso ao mercado" em que a LAEP anuncia a liquidação antecipada de créditos, requerida ao juízo da recuperação judicial (fls. 706); decisão judicial (fls. 708 e 709) que defere a penhora de bens de MARCUS ALBERTO ELIAS e da LAEP; "fato relevante" e notícia de jornal de fls. 711 e 712 a respeito da liquidação judicial, nas Bermudas, da LAEP; e outros dados cadastrais (fls. 713 a 731).

Em que pesem os judiciosos argumentos levantados pela exequente, este Juízo não considera elementos falaciosos os apresentados pelos excipientes, cujas argumentações e documentos acima mencionados acabaram por ser reproduzidos mais de uma vez nos autos (assim, por exemplo, os documentos de fls. 1.394 a 1.519).

Conforme ficou claro desde o início deste tópico, a eventual relação entre a ZIRCÔNIA, ora executada, a LÁCTEOS DO BRASIL e sua controladora LAEP, advém da compra da PARMALAT ALIMENTOS/ PADMA, no bojo da recuperação judicial, consoante documentação acostada aos autos.

O fato de a recuperação judicial ter chegado ao seu término não representa óbice a essa conclusão, ainda mais se considerado que aquele juízo de recuperação judicial expressamente declarou que a PARMALAT BRASIL SA – INDÚSTRIA DE ALIMENTOS não é sucessora de dívidas de natureza tributária de ZIRCÔNIA PARTICIPAÇÕES LTDA. (fls. 529). Declarou, ainda, que a LÁCTEOS DO BRASIL SA não se constitui como sucessora de qualquer obrigação de empresas terceiras que tiveram relação com as unidades adquiridas (fls. 532). Não é por outro motivo que foram expedidos os ofícios à 5ª Vara Federal de Execuções Fiscais, cujas cópias encontram-se juntadas às fls. 529/530.

Assim, diferentemente do alegado pela exequente (fls. 643 e seguintes), não são apenas os assuntos relacionados à alienação de ativos da PARMALAT ALIMENTOS/ PADMA que devem ser tratados de forma exclusiva pelo juízo da recuperação.

A própria caracterização ou não da sucessão empresarial, o descasamento societário e a responsabilidade tributária e de outras naturezas (cível, comercial, trabalhista etc.) dos antigos administradores e controladores da empresa recuperanda são de competência do Juízo da Falência e Recuperação Judicial, ainda que, por escolha legislativa, tal juízo seja da Justiça Estadual. E não há o mínimo indício na legislação de regência que as decisões da Justiça Estadual tivessem valor e aplicação para todas as partes envolvidas, exceto a Procuradoria da Fazenda Nacional. Se tal regra excepcional tivesse sido adotada pelo legislador, o que se menciona apenas a título de ilustração, significaria, em última análise, que a legislação de regência valesse apenas para as dívidas privadas e públicas, restritas essas aos Estados, Distrito Federal e Município, ao provável arrepio dos princípios constitucionais da igualdade e federativo.

Menciono, para melhor fundamentar, que até mesmo indícios de que possa ter havido *fraude* na recuperação judicial que reflete nestes autos deveria ter sido levantada – se é que não o foi – e provada pela exequente perante a Justiça Estadual, ambiente jurídico competente para tanto. Assim, por exemplo, destaco o quanto segue de petição da exequente:

> A Lácteos do Brasil S/A foi criada no final de 2004. Todavia, sua estrutura demonstra claramente que era apenas uma "start up", isto é, uma empresa criada com capital mínimo e sócios contadores ou advogados para ser utilizada, posteriormente, em casos de planejamento tributário. Já em 2006, antes da aquisição da PADMA pela LAEP, mas depois da deflagração do processo de recuperação judicial, Marcus Elias foi eleito presidente da companhia e, em 2009, Rodrigo Ferraz Pimenta da Cunha e Othiniel Rodrigues Lopes passaram a ocupar cargos de diretoria. Em 2010 foi a vez de Alberto Mendes Tepedino ser eleito.
> É verdade que o conluio pode ter sido posterior às operações societárias, mas é fato que dois ex-dirigentes da PADMA/PARMALAT passaram a ocupar cargos de administração da LACTEOS/LAEP e, futuramente, ajudaram a desviar o patrimônio para o exterior, como descreveremos adiante. (...) (p. 647-v).

Pois bem, desta citação, resta evidente que a exequente indica *planejamento tributário* provavelmente em sentido atípico, pois este Juízo desconhece que a criação de empresa para, posteriormente, participar da aquisição de outras seja ocorrência vedada pela legislação brasileira. E a menção à infração legal *conluio* é feita superficialmente, sem boa caracterização e sem o regular acompanhamento de prova, exceto a mera juntada de ficha empresarial expedida pela Junta Comercial.

De qualquer forma, entendo que tais menções, levantadas quase que "de passagem" em petição, desacompanhada de provas, em nada altera o curso deste julgamento. Acaso a exequente tivesse mais do que indícios, e considerando que o processo de recuperação judicial onde as práticas de atos que ferem o direito eventualmente ocorreram já tivesse sido encerrado quando de sua percepção, caberia à exequente propor outras medidas judiciais, como uma ação cautelar fiscal, mas não para cobrar Certidões de Dívida Ativa que sejam devidas por outra pessoa jurídica, mas para a cobrança de outros créditos fiscais que, porventura, estivessem em aberto.

Em outras palavras, o fato de que uma pessoa jurídica foi criada e, posteriormente, participou da arrematação judicial de empresa em recuperação judicial, bem como a possibilidade de que dirigentes daquela empresa passaram a ser dirigentes dessa não parece infringir

nenhuma legislação em vigor, muito menos ter a força para desconstituir ou destruir atos jurídicos e judiciais do passado, notadamente aqueles protegidos pela *coisa julgada*, de que se cuidará no próximo item.

Esclareço que, se a interpretação desejada pela exequente (de que os atos da Justiça Estadual, contra os quais ela recorreu o quanto pode e perdeu) de que o descasamento societário decidido pela Justiça Estadual não lhe é aplicável, o Pacto Federativo constitucionalmente estabelecido ficaria abalado. Havia o efeito jurídico de que uma Procuradoria Fazendária poderia cobrar seus créditos fiscais contra quaisquer pessoas envolvidas, antes, durante e depois da intervenção judicial e da recuperação judicial, enquanto as demais Procuradorias Fazendárias teriam que fazer a distinção entre fatos geradores anteriores a tais decisões e posteriores a elas, realizando cobranças completamente distintas.

Não vislumbro no Texto Constitucional elementos que afastem o Princípio Federativo em confronto com a Lei nº 11.101/2005, sendo certo que, historicamente, a competência da Justiça Federal exclui as causas falimentares. Por certo, não desconheço o artigo 109, I, da Constituição da República, *in verbis*:

> Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
> I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, *exceto as de falência*, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho (destaquei).

Quero crer, e entendo que essa foi a *ratio decidendi* do quanto decidido pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça no Conflito de Competência nº 123.934/SP, entre as mesmas partes do direito material aqui *sub judice* (ZIRCÔNIA e etc, de um lado; e PFN, de outro), que se está a fazer interpretação sistemática do Texto Constitucional para abarcar, dentro da falência, também a recuperação judicial. Nessa linha, desconhecemos que, à luz do dispositivo constitucional em comento, tenha a União sido afastada da concordata judicial, ou que tenha ela, em algum momento após 1988, sido transferida para a competência da Justiça Federal quando o interessado for a Administração Tributária Federal.

2. Da coisa julgada

Consoante disposto no art. 502 do Código de Processo Civil, "Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso".

Segundo magistério de Cássio Scarpinella Bueno, em sua obra Manual de Direito Processual Civil – volume único, São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 362:

> A chamada "coisa julgada material", por sua vez, representa a característica de indiscutibilidade e imutabilidade do quanto decidido para "fora" do processo, com vistas a estabilizar as relações de direito material tais quais resolvidas perante o mesmo juízo ou qualquer outro. Trata-se, a bem da verdade, da concepção da coisa julgada a que geralmente se faz referência e que é a albergada pelo próprio art. 502.

A coisa julgada material impede que um novo julgamento seja realizado, ou seja, o juiz está impedido de conhecer de novo a matéria em razão do chamado efeito negativo da coisa julgada.

Nesse ponto, faz-se necessário analisar se os requisitos legais, que, em nosso sistema

jurídico, conformam o fenômeno processual da *res judicata* estão presentes para o reconhecimento da coisa julgada: em outras palavras, há de ser uma decisão jurisdicional com análise de mérito e exauriente, bem como que tenha havido a preclusão máxima.

A doutrina de Humberto Theodoro Junior, citada na Ementa de julgamento da Rcl. 4421/DF , Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 23/02/2011, define os contornos da coisa julgada, *in verbis:*

> É na conjugação dos atos das partes e do juiz que se chega aos contornos objetivos da coisa julgada. São, pois, as pretensões formuladas e respectivas causa de pedir (questões litigiosas) julgadas pelo Judiciário (questões decididas) que se revestirão da eficácia da imutabilidade e indiscutibilidade de que trata o art. 468 do CPC. (...) Ressalte-se, mais uma vez, que o dispositivo da sentença não se confunde com o texto final do julgado, mas deve ser localizado em todos os momentos da sentença em que o julgador deu solução às questões que integram a causa petendi, seja da demanda do autor, seja da defesa do réu, como adverte Liebman na seguinte passagem: "Em conclusão, é exata a afirmativa de que a coisa julgada se restringe à parte dispositiva da sentença. A expressão, entretanto, deve ser entendida em sentido substancial e não apenas formalístico, de modo que compreenda não apenas a fase final da sentença, mas também tudo quanto o juiz porventura tenha considerado e resolvido acerca do pedido feito pelas partes. Os motivos são, pois, excluídos por essa razão, da coisa julgada, mas constituem amiúde indispensável elemento para determinar com exatidão o significado e o alcance do dispositivo" (*in* "Notas sobre a sentença, coisa julgada e interpretação", Revista de Processo nº 167, ano 34, janeiro de 2009).

No caso *sub judice,* entendo que há coisa julgada ("*res judicata*") na decisão proferida pelo STJ no Conflito de Competência nº 123.934-SP, o que significa dizer que a ZIRCÔNIA, ora executada, segue como devedora de *tudo* quanto devido até a assembleia de credores realizada em 26/05/2006.

O argumento da exequente no sentido de que o reconhecimento de responsabilidade solidária pode ser analisado pelo juízo da execução fiscal (fls. 649) vai de encontro ao decidido no referido Conflito de Competência. Nesse sentido, destaco a seguinte assertiva constante da ementa da decisão final proferida na referida ação: "Deferida a recuperação judicial da empresa e aprovada pelo Comitê de Credores, como um dos meios de recuperação judicial, o trespasse de estabelecimento, compete ao respectivo juízo decidir acerca da sucessão dos ônus e obrigações." (fls. 545).

Melhor sorte não assiste à exequente no que tange a sua alegação de que a referida decisão não faz coisa julgada com relação a ela, por não ter sido assegurada a participação naquele processo. Essa parte poderia ter ingressado com ação rescisória, na qualidade de terceiro juridicamente interessado (art. 487, inciso II, CPC/1973, correspondente ao art. 967, II, CPC). Registre-se que a Fazenda Nacional figura como exequente na execução fiscal nº 0049683-21.2007.403.6182, em tramitação na 5ª Vara Federal de Execuções Fiscais, e para o qual foi expedido o ofício pela 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais, em 07/07/2010, informando que a alienação em questão teria ocorrido nos termos da Lei 11.101/05 e que a Recuperanda (Parmalat Brasil S/A – Indústria de Alimentos) não seria a sucessora de dívidas de natureza tributária de Zircônia Participações Ltda. (fls. 529).

E era fato notório, amplamente divulgado pela Mídia nacional e, ao menos, também a italiana, todos os grandes passos judiciais relacionados à PARMALAT. Assim, quero crer que, tanto oficial quanto extraoficialmente, a FAZENDA NACIONAL tinha informações do quanto se passava nas ações em curso na Justiça Estadual.

Em outras palavras, a exequente têm notícias desde o ano 2010 da decisão mencionada, sendo a execução fiscal é via inadequada para eventual manifestação de inconformismo quanto ao decido no Conflito de Competência.

Ademais, eventuais indícios de fraude na gestão da LAEP, perpetradas pelo Sr. Marcus Alberto Elias, a partir do ano de 2008, conforme notícia acostada pela exequente a fls. 1711/1712, que é corroborada pelo extrato da decisão juntada a fls. 708/709, não tem o condão de invalidar os efeitos do trespasse ocorrido no bojo da recuperação judicial no ano de 2006.

O documento de fls. 653 ("fato relevante"), no qual a LAEP divulga a decisão do CARF de anular parcialmente um auto de infração que a empresa não se considerava devedora em nada influi o quanto exposto. Nem, tampouco, o "aviso ao mercado" em que a LAEP anuncia a liquidação antecipada de créditos, requerida ao juízo da recuperação judicial (fls. 706), até mesmo porque não está claro nos autos se a referida liquidação se deu em razão da contrapartida devida pela LÁCTEOS pela compra da PARMALAT ALIMENTOS.

Observo que o documento de fls. 655/670 ("nota explicativa") que detalha o contexto operacional das empresas que compõem o Grupo LAEP, especificamente no que tange à alegação da exequente de fls. 646-v sobre o licenciamento da marca PARMALAT de propriedade da PARMALAT Spa (companhia italiana), não evidencia que houve fraude na compra da PARMALAT ALIMENTOS no bojo da recuperação judicial. Na linha do quanto já dito anteriormente, tais ocorrências, se caracterizaram fraude ao processo de recuperação judicial da então recuperanda, deveriam ter sido apresentados ao juízo competente (Justiça Estadual) na época própria, qual seja, no curso do referido processo ou até mesmo em ação rescisória. Se nenhuma dessas providências foi tomada pela exequente no momento juridicamente adequado, nos dá suporte a doutrina de Cândido Rangel Dinamarco sobre *eficácia preclusiva*. Senão vejamos:

> Chama-se *eficácia preclusiva* o poder que a própria coisa julgada tem de impedir qualquer discussão sobre os pontos cuja solução (entre os motivos da sentença) constitui a base que dá apoio e legitima o julgamento da causa (Chiovenda). Ela é instrumento de defesa da própria coisa julgada, na medida em que impede a remoção de sua base sustentadora: seria mera ilusão declarar estável o *decisum* mas permitir que se rediscutissem, com efeitos sobre a estabilidade dele, os motivos que o embasam. (*in Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 6 ed., tomo II. São Paulo: Malheiros, 2010, p.1162.

Por todo o exposto, entendo que a decisão proferida nos autos do Conflito de Competência nº 123.934-SP, com trânsito em julgado, obsta o reconhecimento da sucessão tributária alegada pela exequente nestes autos, eis que foi definida a competência da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais, pelo STJ, para decidir, repita-se, acerca da sucessão dos ônus e obrigações do trespasse de estabelecimento ocorrida no bojo da recuperação judicial.

No exercício dessa competência, o juízo das recuperações judiciais declarou expressamente que PARMALAT BRASIL SA – INDÚSTRIA DE ALIMENTOS não é sucessora de dívidas de natureza tributária de ZIRCÔNIA PARTICIPAÇÕES LTDA, bem como que LÁCTEOS DO BRASIL SA não se constitui como sucessora de qualquer obrigação de empresas terceiras que tiveram relação com as unidades adquiridas (PARMALAT BRASIL SA – INDÚSTRIA DE ALIMENTOS, atual denominação PADMA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS SA). Assim, o reconhecimento da ilegitimidade de ambas as empresas para figurarem no polo passivo desta execução é medida que se impõe.

Do mesmo modo, considerando que LAEP INVESTMENTS LTD, LAEP FUND BRASIL

S/A, RODRIGO FERRAZ PIMENTA DA CUNHA e MARCUS ALBERTO ELIAS foram incluídos no polo passivo em razão da ligação deles com a LÁCTEOS DO BRASIL S.A. e ao GRUPO DA LAEP, são partes ilegítimas para figurarem no polo passivo.

3 – Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica e da audiência requerida

Chegado a esse ponto, é dizer, a partir da firme convicção por parte deste Juízo de que o descasamento societário determinado pela Justiça Estadual resultou na manutenção da ZIRCÔNIA e CARITAL, de um lado, como responsáveis tributários pelas dívidas da PARMALAT até a Assembleia de Credores havida em 26/05/2006; e, de outro lado, LACTEOS DO BRASIL S/A e sua controladora pelos fatos geradores de tributos que surgiram na empresa recuperanda a partir de 26/05/2006, não há mais razão em se decidir, nestes autos, eventual desconsideração da personalidade jurídica de empresas que não a ZIRCÔNIA (devedora originária).

Isto porque, é útil que fique bem claro, nestes autos se cobram débitos tributários federais surgidos entre 1992 e 1995, portanto muito anteriores a 26/05/2006. Caso tenha havido alguma participação das pessoas físicas aqui relacionadas em tais débitos, na linha do quanto fundamentado no item anterior, esses atos estiveram na competência da Justiça Estadual durante a intervenção judicial e a recuperação judicial da PARMALAT, de todo em todo alheio à competência deste Juízo Federal.

Quanto à argumentação de que não é possível a realização de audiência em execução fiscal, não é como penso. Sob a ótica do Código de Processo Civil de 2015, notadamente ao estabelecer a instauração e trâmite do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica – IDPJ, sobre o qual já decidi a fls. 1689/1690 que considero plenamente possível e até desejável a realização de audiências no âmbito da competência do Juízo das Execuções Fiscais, desde que não o seja – ao menos por enquanto – em exceção de pré-executividade, instrumento de defesa que não comporta fase probatória. Todavia, o IDPJ comporta fase probatória, por expressa determinação legislativa (CPC/2015, artigo 135). Por sinal, acaso o IDPJ tivesse sido instaurado neste feito, teria sido de grande aproveitamento para o Juízo e para as partes, na mais rápida elucidação dos fatos e no melhor manuseio dos autos. Assim, o eventual trânsito em julgado desta decisão, por exemplo, já manteria a execução fiscal apenas com as petições e documentos relacionados à ZIRCÔNIA, com economia de tempo e ganho de produtividade para os serviços públicos relacionados (Justiça e Advocacia Pública).

Decisão

Diante de todo o exposto, acolho as exceções de pré-executividade opostas por PADMA INDUSTRIA DE ALIMENTOS S/A LAEP INVESTMENTS LTD (fls. 363 a 391), LACTEOS DO BRASIL S/A. (fls. 839 a 869), RODRIGO FERRAZ PIMENTA DA CUNHA (fls. 896/941) e MARCUS ALBERTO ELIAS (fls. 1332/1383) e determino a exclusão dos referidos coexecutados, bem como de LAEP FUND BRASIL S/A do polo passivo. Remetam-se os autos ao SEDI.

Condeno a exequente ao pagamento dos honorários advocatícios dos patronos dos coexecutados PADMA INDUSTRIA DE ALIMENTOS S/A, LAEP INVESTMENTS LTD, LACTEOS DO BRASIL S/A., RODRIGO FERRAZ PIMENTA DA CUNHA e MARCUS ALBERTO ELIAS, os quais fixo, na forma do artigo 85 c.c. art. 87 do Código de Processo Civil em R$ 334.511,80 (trezentos e trinta e quatro mil, quinhentos e onze reais e oitenta centavos) para cada parte, que corresponde a proporção de 1/7 de R$ 2.341.582,60, que, por sua vez, resulta da aplicação dos percentuais mínimos previstos no art. 85 do Código de Processo Civil sobre o valor do débito atualizado (fls. 1.680).

Registro que a questão ora decidida não se confunde com a tratada no REsp 1.358.837/SP (Tema 961), submetido ao regime de recursos repetitivos (art. 1.037, II, CPC), qual seja,

"possibilidade de fixação de honorários advocatícios, em exceção de pré-executividade, quando o sócio é excluído do polo passivo da execução fiscal, que não é extinta", eis que as partes ora excluídas não são sócias da executada originária.

Comunique-se ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, onde foram opostos os Agravos de Instrumento nº 0015939-10.2014.4.03.0000 e 0017013-65.2015.4.03.0000, instruindo-se com cópia desta decisão.

Int.

São Paulo,

Juiz Federal RENATO LOPES BECHO

USUCAPIÃO
0016945-56.2012.4.03.6100

Autora: KATIA LISBOA DE ALMEIDA
Réus: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF E EMPRESA GESTORA DE ATIVOS - EMGEA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 21ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Juiz Federal: HERALDO GARCIA VITTA
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/12/2016

Relatório

Trata-se de usucapião especial urbano, com pedido de liminar, para que seja declarada a aquisição de propriedade pela autora, do imóvel descrito na matrícula 108.526, do 18º Ofício de Registro Imobiliário.

Narra a inicial, em síntese, em dezembro de 2001, a autora firmou contrato de locação com os antigos proprietários; entretanto, em junho de 2007, foi notificada, pelas rés, quanto à *arrematação, a favor da Emgea, decorrente de execução extrajudicial de financiamento imobiliário.*

A autora diz ter deixado de pagar o aluguel e o condomínio e que teria notificado as rés, a fim de exercer o direito de preferência na compra do imóvel, nos termos da Lei 8.245/91.

No entanto, as rés mantiveram-se inertes; passados mais de cinco anos do início da posse direta do bem, que seria justa, pacífica e contínua, faz jus à aquisição da propriedade.

Por decisão de fls. 210/212 foi indeferido o pedido de liminar.

Agravo de instrumento interposto pela parte autora (fls. 223/224).

Citadas, as rés contestaram o feito (fls. 287/294), juntando documentos (fls. 295/329).

À fls. 330/334 noticia o E. TRF3 ter sido negado seguimento ao agravo interposto pela parte autora.

A fls. 337 determinou-se a citação dos confinantes e a intimação dos representantes da Fazenda Pública da União, do Estado e do Município, para se manifestarem quanto ao interesse na causa; e procedeu-se à abertura de vista ao Ministério Público Federal.

Edital para citação de eventuais interessados à fls. 362, 366 e 367.

A Municipalidade de São Paulo manifesta seu desinteresse no feito (fl. 383).

O Ministério Público Federal manifesta-se pela improcedência do pedido de autor (fls. 387/389).

A fls. 430 houve indeferimento do pedido de acesso a cadastros públicos, especialmente a Receita Federal, visando à localização dos confinantes Carolina Martins Lucio Marcelino e Lyani Vieira do Prado; foi determinada a expedição de Edital; e à fls 467, rejeitados os embargos de declaração opostos (fls. 455/464).

Edital expedido (fl. 433).

Por decisão de fls. 503, deu-se por sanada a citação dos confinantes, e determinada a manifestação da autora sobre a contestação apresentada. Determinou-se a especificação de provas.

Réplica a fls. 508/522.

A fls. 507, a parte autora requer a produção de prova testemunhal (visando demonstrar o *animus domini* e demais requisitos da usucapião) e documental. Pugnou, ainda, pela expedição de ofício à "Central Registradores de Imóveis", para que informe se há registro de propriedade imobiliária, em nome da autora, oficializando as informações constantes dos autos.

É o relatório. Passo a decidir.

Preliminarmente, anoto a legitimidade passiva da CEF, tendo em vista estar autorizada a promover a alienação de bens da EMGEA, bem como porque todas as providências relacionadas ao leilão estão ao seu encargo.

Desde já, indefiro a produção de prova testemunhal requerida pelo autor, consistente na oitiva de testemunha "visando demonstrar o *animus domini* e demais requisitos" bem como a expedição de oficio à Central Registradores de Imóveis, por serem despicienda, tendo em conta que, como se verá abaixo, as provas requeridas são desnecessárias, inúteis (art.370, parágrafo único, CPC), porque evidenciadas, pela *lógica dos fastos e das provas suficientemente produzidas,* a *ausência* do "*animus domini*".

Pois bem. Arguiu-se a *impossibilidade jurídica do pedido*, pois o bem imóvel seria de empresa pública federal, (Emgea), portanto, não poderia ser objeto da usucapião, nos termos do artigo 183,§2º, da CF, segundo o qual *imóveis públicos* não podem ser usucapidos. Do mesmo teor o artigo 191, parágrafo único, da CF, bem como o artigo 102, do Código Civil Brasileiro. No âmbito federal, dispõe o artigo 20, do D.L.9.760/46: "Os bens imóveis da União, seja qual for a natureza, não são sujeitos a usucapião."

Nesse sentido, a Súmula 340, do STF, na seguinte dicção: "Desde a vigência do Código Civil [antigo], os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião."

Assim, o atual Código Civil Brasileiro, no artigo 98, conceitua bens públicos os pertencentes a *pessoas jurídicas de direito público*; os demais bens [pertencentes a pessoas jurídicas de direito privado] seriam, necessariamente, bens particulares.

Mas esse dispositivo "civilístico" é insuficiente para abranger todas as *categorias de bens públicos*, mesmo porque empresas públicas são pessoas jurídicas de *direito privado*, *cujo capital é totalmente público* (cf.art.3º, da L.13.303/16) Logo, há *bens públicos* pertencentes a pessoas jurídicas de *direito privado.*

Além disso, a Constituição Federal estabelece a distinção entre estatais que prestam *serviços públicos e estatais que atuam na atividade econômica*. As primeiras estão submetidas ao *regime de direito público*, enquanto as segundas, *basicamente*, ao *direito privado*; escrevemos:

> Existem empresas públicas e sociedades de economia mista que atuam na atividade econômica e, por conseguinte, pelos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência [art.170, "caput", e inc.IV], devem estar no mesmo polo de atuação das demais pessoas jurídicas de direito privado, sem qualquer distinção. Aplica-se, aqui, a regra inserida no §2º, do art.173, da CF/88.[1]

É a própria *Constituição* que delimita, circunscreve, a atividade das empresas públicas e sociedades de economia mista, segundo o *regime de direito público* (prestadoras de serviços públicos) ou de *direito privado* (atividade econômica).

Assim esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello:

1 Heraldo Garcia Vitta, "Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista em face do art. 173 da Constituição", *in RTDP*, 10/95, p. 203 e ss.

> Há, portanto, *dois tipos fundamentais de empresas públicas e sociedades de economia mista*: exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviços públicos ou coordenadoras de obras públicas e demais atividades públicas. Seus regimes jurídicos não são, nem podem ser, idênticos...[2]

Dessa forma, em princípio, as estatais da *atividade econômica* podem ter seus bens penhorados – e até excutidos, pelos seus credores; inclusive, sujeitam-se, linhas gerais, aos ditames da Lei de Falências (L.11.101,2005). De outra parte, as *prestadoras de serviços públicos* não estão submetidas àqueles e nem a esta. Como os regimes jurídicos são distintos, as consequências [jurídicas] só podem ser diferentes.

A Emgea é *empresa pública federal*, que atua na gestão de ativos, de natureza não-financeira, que tem objetivo adquirir bens e direitos da União e demais entidades integrantes da Administração Pública Federal. Administra operações originárias da CEF e de outros agentes financeiros, vinculadas à área habitacional e à área comercial; sua carteira compõe-se de contratos de pessoas físicas decorrentes de financiamentos habitacionais originárias da CEF e de outros agentes financeiros. Portanto, ele é gestora de carteira de crédito imobiliário com pessoas físicas e jurídicas – setor público e privado (fonte: Emgea, 07.07.2011).

Normalmente, a Emgea atua no caso de bens imóveis, cuja aquisição, pelos particulares, ocorre mediante *recursos vinculados ao SFH*; isso não transmuda o regime jurídico, pois essa verba não é pública; trata-se de dinheiro captado de aplicações financeiras, e emprestado aos mutuários. Atividade, portanto, *bancária*, submetida ao regime do *Direito Privado*, com "supervisão" do órgão estatal competente, mediante o *Poder de Polícia Administrativa*.[3]

De todo modo, o imóvel – que está em nome da Emgea – pode-se dizer *dominical*, porque integrante de seu patrimônio administrativo, sem uso especial.

Assim, embora a Emgea atue na *atividade econômica*, é *empresa pública federal*, de *natureza privada*, mas cujo *capital é totalmente público*; sua origem é governamental. Conforme expõe Celso Antônio Bandeira de Mello, o capital das empresas públicas é formado "unicamente por recursos de pessoas de Direito Público interno ou de pessoas de suas Administrações Indiretas..."[4]

Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles, segundo o qual "o *patrimônio* dessas empresas [estatais] é constituído com recursos públicos (na empresa pública) ou públicos e particulares (no caso de sociedade de economia mista)."[5]

Porém, justamente pelo fato de atuar no âmbito da economia, na livre concorrência, os bens da Emgea podem sofrer penhora e demais consectários do regime de Direito Privado, inclusive com a possibilidade de *usucapião de seus bens imóveis*.

É que os bens da Emgea não *são afetados ao serviço público*; à atividade pública, mas à *atividade empresarial, econômica*, cujo regime é de direito privado. Não há *relação de administração pública* tendente a *paralisar o direito subjetivo* (referente à propriedade). Expõe o jurista gaúcho Cirne Lima:

> ... no Direito Administrativo, a relação de administração *domina e paralisa* a de direito subjetivo. Relação de administração, *exempli gratia*, é a que estabelece, segundo o Direito Administrativo, sobre os bens destinados ao *uso público*.[6]

---

2 *Curso de Direito Administrativo*, p. 203, 33ª ed., 2016, Malheiros. Grifos originais.
3 Heraldo Garcia Vitta, *Poder de Polícia*, p. 40 e ss., Malheiros, 2010.
4 *Curso de Direito Administrativo*, p. 191. Grifos originais.
5 *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 361. Grifo original, 32ª ed., Malheiros, 2007.
6 *Princípios de Direito Administrativo*, 7ªed., p. 107, Malheiros, 2007; rev. e reel. por Paulo Alberto Pasqualini. Grifos não originais.

De efeito, nas palavras do mesmo autor, noutra obra:

> Na verdade, ao passo que o *direito subjetivo* vincula os fatos e os bens do mundo exterior imediatamente a um sujeito, a *administração* vincula-os imediatamente a um *fim*.[7] [*público*]

Portanto, entendo pertinente a *usucapião sobre bens imóveis de empresas públicas que atuam na atividade econômica*, caso dos bens da Emgea.

Já, a questão, propriamente, da presença dos requisitos da usucapião, o resultado é outro.

Note-se, o artigo 1201, do Código Civil, prevê: "é de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa" e; "a intenção de possuir como dono manifesta-se pelos atos inerentes aos praticados pelo proprietário, desde o momento em que o possuidor se apossa do bem."

A boa-fé é *princípio geral de Direito*; aplica-se a todas as searas jurídicas, mesmo porque não teria sentido o Direito acobertar situações em que as partes não tenham agido conforme os *padrões normais de comportamento* na sociedade. A boa-fé decorre do *princípio da segurança jurídica*, fundamento do *regime democrático de Direito e da República brasileira*.

No caso vertente, a autora não desconhecia os titulares do direito de propriedade, *tampouco ignorava as circunstâncias que obstavam e impediam a aquisição de propriedade originária*, já que firmou contrato de locação e, unilateralmente, rompeu o pacto, porque *notificada da arrematação do imóvel pelo agente financeiro.*

Além disso, a própria autora manifestou interesse pela compra do bem, com base no exercício do direito de preferência de que trata a lei da locação imobiliária urbana.

O Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em sede de agravo de instrumento, pertinente a este caso (fl. 330/334), decidiu:

> Ao que se apresenta, a agravante nunca possuiu o imóvel com *animus domini*. Ao contrário, de que ocupava o imóvel na condição de locatária, relação locatícia essa que foi reafirmada pela agravante inclusive quando notificou a Emgea. A posse advinda de contrato d e locação não se caracteriza como posse "ad usucapionem".
> (...)

Por fim, em 22/08/2007, a EMGEA notificou a ocupante do imóvel – a agravante – a desocupá-lo no prazo de 10 dias, contados do recebimento da notificação (fls. 162/163).

Em resposta, a agravante emitiu notificação (fls. 164/166), alegando que o contrato de locação continuaria vigente e que deveria ter sido notificada a exercer seu direito de preferência.

Nesse sentido, os seguintes precedentes dos Tribunais Regionais Federais, citados no mesmo julgado:

> PROCESSUAL CIVIL – USUCAPIÃO – LOCATÁRIO – POSSE PRECARIA – ARTIGO 497 DO CÓDIGO CIVIL – IMPOSSIBILIDADE JURÍICA DO PEDIDO EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO (ART. 267 DO CPC) LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.
> 1. O locatário não possui com ânimo de dono (*animus domini*), sendo titular apenas da posse direta da coisa enquanto vigorar o contrato de locação. Sua posse é precária e nunca convalesce. 2. Os atos de mera permissão ou tolerância não induzem posse (art. 497 do Código

7 *Preparação à Dogmática Jurídica*, p. 57. s/ed., Porto Alegre, 1949. Grifos não-originais.

> Civil). 3. – Portanto, o locatário não pode requerer o usucapião, pois está obrigado a devolver o imóvel quando do término do contrato. 4. Pedido juridicamente impossível. 5. Reputa-se litigante de má-fé aquele que alterar a verdade dos fatos (artigo 17 do Código de Processo Civil). 6. Apelação improvida, sentença mantida.
> (TRF3, 2ª Turma, AC 09027236919864036100, Rel. Des. Fed. Sylvia Steiner, j. 11/11/1997, DJ 18/02/1998)

Verifica-se, deste modo, que a autora entrou na posse do imóvel em razão de contrato de locação; e ali permaneceu, mesmo após tomar conhecimento da arrematação do bem, restando ausente o "animus domini". Numa palavra; a posse da autora é precária, efêmera.

O autor germânico Savigny, numa passagem de sua monumental obra, expôs:

> De outro lado, a expressão *conscientia rei alienae* não pode ser interpretada de forma muito restrita, porque isso poderia entender-se como exclusivamente a consciência da *propriedade* de outrem; assim, o desonesto conhecimento do direito de garantia do adversário, da sua enfiteuse, da posse proibida, seriam indiferentes. Antes, deve-se entender-se por ela toda desonestidade relativa a qualquer relação de posse estabelecida, isto é, que se refira a uma restituição requerida.[8]

Ao referir igualmente ao *Direito romano,* Edílson Pereira Nobre Júnior explica:

> Coincidente com a *usucapio*, logo se partiu para qualificar a posse suscetível de proteção, requerendo-se a *boa-fé* do seu titular, ou seja, *o seu desconhecimento da real situação de quem lhe transferiu o objeto possuído.*[9]

Nessa linha, o Código de Processo Civil [embora não precisaria dizê-lo], no artigo 5º: "Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé." Parece óbvio, mas consta como reforço ao bom-senso.

Maria Helena Diniz afirma:

> Ter-se-á a posse de boa-fé se o possuidor estiver convicto de que coisa, realmente lhe pertence, ignorando que está prejudicando direito de outra pessoa, por não saber da existência de vício que lhe impede a aquisição da coisa ou do direito.[10]

Ao contrário, mesmo que o possuidor detiver título jurídico, se tiver ciência da ilegitimidade do seu direito de posse, "em virtude de vício ou obstáculo impeditivo de sua aquisição, *surgirá a má-fé*", nas palavras da mesma autora.[11]

---

8 *Sistema del Diritto Romano Attuale*, Vol.V, p.384-5, 1893, trad.original tedesco para o italiano por Vittorio Scilaloji, Unione Tipografico-Editrice. Grifo do autor tedesco. No original: "Da un altro lato invece l'espressione conscientia rei alinae non può interpretarsei tropo ristrettamente, poichè per essa potrebbe intendersi pure exclusivamente la coscienza dela proprietà altrui, sicchè la desonesta consapevolezza del diritto di pegno dell'avvversario, della sua enfiteuse, del possesso interditale, ecc. sarebbe indiferente. Ma anzi deve intendersi per essa ogni disonestà relativa ad un qualunque rapporto di possesso del convenuto, cioè che si riferisca ad una restituzione richiestagli."

9 *O Princípio da Boa-fé e sua Aplicação no Direito Administrativo Brasileiro*, p.74, item II - , 1. Direito romano, Sérgio Antônio Fabirs Editor, 2002. Grifos nossos.

10 *Código Civil Anotado*, p.836. Saraiva, 2004.

11 *Idem, ibidem*, mesma página. Grifos não-originais.

Não foi demonstrado, ainda, o lapso temporal à aquisição do bem, pois, conforme mencionado, a posse da autora sempre foi *precária*, na medida em que ela decorreu de contrato de locação com os antigos proprietários, tendo havido, posteriormente, arrematação do imóvel.

Posto isso, JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO, *extinguindo o processo, com resolução do mérito*, nos termos do artigo 487, I do NCPC.

Condeno a parte autora ao pagamento das custas e honorários advocatícios, fixados estes últimos em 10% sobre o valor da causa atualizado.

Ressalto que não obstante a prolação da sentença já sob a vigência do Novo Código de Processo Civil, as normas relativas aos honorários são de natureza mista, visto que fixam obrigação em favor do advogado, portanto direito material, além de se reportarem à propositura da ação, momento em que se firma o objeto da lide, que demarca os limites da causalidade e sucumbência, cuja estimativa é feita pelo autor antes do ajuizamento.

Nesse sentido é a doutrina de Marcelo Barbi Gonçalves, em *"Honorários Advocatícios e Direito Intertemporal", http://jota.uol.com.br/honorarios-advocaticios-e-direito-intertemporal*:

> Ora, se a causalidade é dotada de referibilidade ao ajuizamento da petição inicial, é natural que se aplique a regra tempus regit actum, de sorte que os honorários sejam disciplinados não pela lei em vigor ao tempo de prolação da sentença/acórdão, senão por aquela vigente àquele primeiro momento. Dessa forma, pode-se dizer que o capítulo condenatório, à semelhança do lançamento tributário (art. 144, CTN), reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação, qual seja, a propositura da ação, e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente revogada.
> Veja-se, ainda, que a celeuma doutrinária quanto à natureza jurídica do ato de lançamento – se declaratório da obrigação, ou se constitutivo do crédito tributário -, é despicienda para a questão ora em debate. Com efeito, a despeito da natureza que se lhe queira atribuir, a obrigatoriedade de que os atos substanciais sejam regidos pela lei em vigor ao tempo de seu aperfeiçoamento é uma decorrência da tutela ao ato jurídico perfeito (art. 5º, inc. XXXVI, CRFB), de maneira que não se pode retroagir o NCPC para colher sob seu manto de eficácia ato já consumado.
> (...)
> E, deveras, outra solução não é possível em um código que busca, incessantemente, evitar as decisões-surpresa. Como é cediço, a decisão de *terza via*, incompatível com o modelo processual comparticipativo preconizado pelo novo código,[12] é aquela que, em desrespeito aos deveres de cooperação processual, surpreende as partes quanto a aspectos fáticos ou jurídicos da demanda. Ora, se assim o é, o que dizer de uma decisão que frustra a legítima expectativa de despesa decorrente da improcedência do pedido? Essa calculabilidade também não está coberta pelo modelo cooperativo de processo?
> De fato, o custo *ex ante* de se utilizar um método de resolução de conflitos é um primado ínsito a um bom sistema jurisdicional, de forma que apenas em sociedades de subterrâneo capital institucional os cidadãos socorrem-se do aparelho estatal para compor litígios sem poder antever as consequências possíveis de seu comportamento.
> Em palavras outras, o prêmio de risco de um litígio judicial deve, em um sistema constitucional que abraça o princípio da segurança jurídica, assim como em um modelo processual que resguarda as partes de decisões-surpresa, ser um dado prévio à propositura da ação, de modo que o jurisdicionado não seja surpreendido com uma despesa-surpresa que não podia antever quando calculou o custo envolvido.

Assim, em atenção à segurança jurídica, aplica-se o princípio *tempus regit actum*, reportando a origem dos honorários e a avaliação da causalidade e dos riscos de sucumbência à inicial, pelo que as novas normas sobre essa matéria só devem incidir para processos ajuizados após sua entrada em vigor.

Oportunamente, ao arquivo.

P.R.I.

São Paulo, ___ de Novembro de 2016.

Juiz Federal HERALDO GARCIA VITTA

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

AÇÃO PENAL
0002015-57.2013.4.03.6113

Autor: JUSTIÇA PÚBLICA
Réus: ADEMIR ANDRADE DE OLIVEIRA E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE FRANCA - SP
Juiz Federal: MARCELO DUARTE DA SILVA
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/04/2017

Vistos.

Cuida-se de ação penal ajuizada pelo *Ministério Público Federal* contra *Ademir Andrade de Oliveira, Francisco Raimundo Cassimiro e Miguel Ferreira de Almeida* na qual se imputa aos dois primeiros, em concurso de pessoas (art. 29, CP), as condutas tipificadas no artigo 207, § 1º c/c § 2º; em concurso material (art. 69, CP) com o artigo 203, § 1º, inciso I, c/c § 2º; em concurso material (art. 69, CP) com o artigo 149, *caput*, c/c § 2º, inciso I, todos do Código Penal; ao terceiro acusado se increpa, em concurso de pessoas (art. 29, CP), a conduta tipificada no artigo 207, § 1º c/c § 2º do Código Penal.

Segundo a acusação, no dia 18 de julho de 2013, em fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego em conjunto com o Ministério Público do Trabalho, foram resgatados 28 trabalhadores rurais na Fazenda Ouro Verde, localizada no Município de Itirapuã-SP, que estava submetidos a condições degradantes de trabalho.

Afirma-se que tais trabalhadores, oriundos de Julião, Distrito de Malhada, no Estado da Bahia, foram aliciados pelos acusados para trabalharem na referida fazenda, de propriedade do acusado Ademir, na colheita de café.

Em suma, afirma-se que Ademir contactou Miguel, nascido na Bahia e morador de Ibiraci-MG, mesma cidade de Ademir, para reunir trabalhadores para a colheita de café. Miguel, conterrâneo de Francisco, mais conhecido pelo apelido de "Assis", ligou para o mesmo e solicitou os trabalhadores, com a promessa de um bom salário.

Assis teria arregimentado 26 trabalhadores, fretando um ônibus que os trouxe até Ibiraci-MG, onde indicou um mercado para que adquirissem mantimentos e utensílios.

Na seqüência, Ademir providenciou o transporte dos rurícolas até a fazenda em Itirapuã-SP em um caminhão de sua propriedade, onde os trabalhadores foram alojados em casas em estado precaríssimo.

A colheita foi iniciada em 21 de junho de 2013, mas foi encerrada no dia 18 de julho de 2013, quando houve a mencionada fiscalização e resgate dos trabalhadores, que foram alojados em um hotel na cidade de Franca-SP, próximo à Delegacia Regional do Trabalho, onde foram regularizados os contratos de trabalho e pagas as verbas rescisórias acrescidas de indenização por danos morais.

Os trabalhadores, então, puderam retornar à Bahia.

A denúncia relata, além da redução dos trabalhadores à condição análoga a de escravo, vários direitos trabalhistas que foram frustrados pela ação do empregador Ademir e do empreiteiro Assis, bem ainda o crime de aliciamento de trabalhadores de outra unidade da Federação.

Os corréus Ademir e Miguel foram presos em flagrante e soltos mediante fiança arbitrada judicialmente (fls. 201/215).

A denúncia foi recebida em 08/11/2013, às fl. 216.

Citados às fls. 294 e 296, os corréus Ademir e Miguel constituíram os mesmos defensores (fls. 227/228), apresentando defesa preliminar, onde sustentou que a inobservância das normas trabalhistas não implicava o crime de redução a condição análoga a de escravo, uma vez que não houve sujeição a prestação de serviços forçados e nem restrição ao direito de locomoção. Também não houve qualquer intenção manifesta de subjugar os trabalhadores. Pediram a absolvição e arrolaram testemunhas (fls. 244/253 e 264/273).

Citado às fls. 354/355, o corréu Francisco apresentou resposta à acusação escrita, onde alegou inépcia da denúncia em razão da forma genérica como foi acusado. No mérito, alegou que Miguel, a pedido de Ademir, solicitou que reunisse uma turma de 25 trabalhadores para a colheita de café em Ibiraci-MG. Esclareceu que tinha amizade com Miguel, que era seu conterrâneo, e que lhe disse que a safra estava boa, prometendo bons ganhos. O acusado reuniu 24 trabalhadores e tomaram o ônibus rumo a Ibiraci-MG, não tendo conhecimento sobre as condições da fazenda de Ademir. Pediu a absolvição, arrolou testemunhas e juntou documentos (fls. 298/317).

Rejeitada a preliminar de inépcia e não vislumbrada hipótese de absolvição sumária, foi designada audiência de instrução para oitiva das testemunhas de acusação residentes em Franca e determinada a expedição de carta precatória para a oitiva das testemunhas de acusação de fora da terra (fl. 318), redesignada pelos despachos de fls. 320 e 338.

Na primeira audiência, realizada neste Juízo em 28/08/2014, foram ouvidas três testemunhas presencialmente e uma por videoconferência com a Subseção de Ribeirão Preto-SP, todas arroladas pela acusação (fls. 477/482).

Na segunda audiência, realizada em 17/06/2015 na Comarca de Carinhanha-BA, foram ouvidas duas testemunhas arroladas pela acusação (fls. 611/613).

Na terceira audiência, realizada em 05/10/2015 na Comarca de Ibiraci-MG, foram ouvidas duas testemunhas arroladas pela defesa de Ademir e Miguel (fls. 653/656).

Na quarta audiência, realizada neste Juízo em 16/06/2016, foram tomados os interrogatórios de Ademir e Miguel (fls. 724/727).

Na quinta audiência, realizada neste Juízo em 23/09/2016, foram ouvidas três testemunhas arroladas pela defesa de Francisco e tomado o interrogatório do mesmo, todos por videoconferência com a Subseção de Guanambi-BA; foi noticiado o óbito do corréu Miguel e não foi requerida nenhuma diligência instrutória, sendo, portanto, agendados os prazos para alegações finais (fls. 775/778).

Alegações finais do *parquet* às fls. 783/799, onde sustenta o pedido condenatório em face dos corréus Ademir e Francisco, tal qual pedido na denúncia, requerendo, ainda, a extinção de punibilidade pela morte do corréu Miguel. Assevera que restaram comprovados os três delitos imputados na exordial.

A defesa de Ademir apresentou suas alegações finais às fls. 818/837, sustentando o pedido de absolvição, uma vez que para a configuração do delito do artigo 14989 do Código Penal há que se ter, de alguma forma, a restrição da liberdade de locomoção dos trabalhadores, o que não houve no caso. Asseverou que não houve exposição a trabalhos forçados, tampouco de jornadas exaustivas, bem como as condições precárias dos alojamentos configurariam, no máximo, ilícito trabalhista.

A defesa de Francisco, em suas alegações finais, reiterou a alegação de atipicidade em sua conduta, afirmando ser mais uma vítima das promessas de Miguel e Ademir, pedindo sua absolvição (fls. 838/845).

É o relatório do essencial. Passo a decidir.

Ao cabo da instrução probatória, restou suficientemente comprovado que *Ademir Andrade de Oliveira*, proprietário da Fazenda Ouro Verde (antiga Fazenda Mundo Novo), localizada na zona rural do Município de Itirapuã-SP, solicitou a *Miguel Ferreira de Almeida* que providenciasse uma turma de trabalhadores para a colheita de café em junho de 2013.

Ademir Andrade de Oliveira e *Miguel Ferreira de Almeida* residiam em Ibiraci-MG, cidade vizinha a Itirapuã-SP. Miguel, embora aposentado, prestava serviços esporádicos de turmeiro de trabalhadores rurais.

Miguel Ferreira de Almeida residia em Ibiraci-MG mas era nascido na Bahia, sendo conhecido de *Francisco Raimundo Cassimiro,* que trabalhava e residia na Bahia, mais precisamente em Julião, distrito de Malhada.

Miguel efetuou ligação telefônica para *Francisco Raimundo Cassimiro*, mais conhecido como *"Assis"*, solicitando que reunisse uma turma de trabalhadores da Bahia para a colheita do café da fazenda de Ademir.

Tais fatos foram revelados nos interrogatórios dos três réus e confirmados pela *testemunha Betinha de Jesus Silva* (fls. 51/54 e 611/613).

Conquanto Ademir tenha ressalvado que pedira uma turma bem menor, cerca de 8 a 10 trabalhadores, no máximo, e Miguel tenha afirmado ter visto, quando da chegada da turma, somente os 10 trabalhadores que combinara com Assis, este trouxe 24 trabalhadores da Bahia.

Como Miguel confessou que viu a lavoura previamente, bem como foi ele quem ligou para Assis, concluo que não faz sentido Assis ter trazido, a seu bel prazer, 24 trabalhadores quando havia serviço somente para 8 a 10.

É voz uníssona entre as testemunhas que o combinado era trabalho por três meses, de modo que a vinda de 24 trabalhadores reduziria o tempo de serviço para cerca de hum mês apenas, o que certamente não compensaria economicamente para os trabalhadores.

Se fosse verdadeira tal alegação de Ademir e Miguel, Assis trairia a confiança dos demais trabalhadores, os quais residem no mesmo arraial que Assis, certamente provocando uma revolta que não se viu nos testemunhos dos trabalhadores.

Pelo contrário, os testemunhos dos trabalhadores resgatados, tanto no momento do resgate, quanto em Juízo, demonstraram não haver ressentimento em face de Assis, confirmando a alegação deste de que se sujeitara às mesmas condições dos demais.

Ademais, mesmo com 28 trabalhadores resgatados após 28 dias de serviço ainda tinha bastante café para ser colhido. Se o trabalho fosse suficiente para apenas 8 ou 10 trabalhadores, certamente todo o café estaria colhido após esses 28 dias!

Embora os trabalhadores tenham chegado da Bahia no dia 19/06/2013, os testemunhos são fartos em esclarecer que os trabalhos foram iniciados somente no dia 21/06/2013, de modo que o dia da fiscalização era o 28º dia de trabalho.

Também restou fartamente comprovado que os trabalhadores oriundos da Bahia foram encontrados na Fazenda Ouro Verde pela fiscalização do Ministério do Trabalho e do Ministério Público do Trabalho, com apoio da Polícia Federal e da Polícia Militar, no dia 18/07/2013.

Há relatos de que tal fiscalização se deu a partir de denúncia anônima; outros disseram que foi fiscalização de rotina. Há quem diga ter partido dos dois ou de um dos dois trabalhadores que saíram antes da Fazenda; há suspeita de que tenha sido o caseiro da Fazenda, empregado formal de Ademir, quem tenha denunciado a situação ao Ministério do Trabalho e

também há relato de que partira do sindicato dos trabalhadores rurais.

Todavia, essa questão quer me parecer irrelevante, porquanto agentes dos órgãos mencionados estiveram lá e constataram toda a situação a que estavam submetidos os trabalhadores resgatados.

Além dos autos de infração lavrados pelo Ministério do Trabalho (CD ROM de fls. 197), existem os depoimentos dos trabalhadores resgatados (fls. 47/102); o auto de prisão em flagrante de Ademir e Miguel (fls. 02/35); as fotografias tiradas pelos auditores do Ministério do Trabalho (fls. 103/142) e o laudo fotográfico (exame de local) elaborado pela Perícia Criminal da Polícia Federal (fls. 143/169), tudo a confirmar a materialidade e a autoria dos fatos sob julgamento.

Em Juízo foram ouvidas testemunhas, vítimas e réus (fls. 477/482; 611/613; 653/656; 724/727 e 775/778).

Com efeito, Ademir e Francisco foram acusados pelos crimes de redução a condição análoga à de escravo (artigo 149, *caput*, c/c § 2º, inciso I, CP), frustração de direitos trabalhistas (artigo 203, § 1º, inciso I, c/c § 2º, CP) e aliciamento de trabalhadores (artigo 207, § 1º c/c § 2º, CP); Miguel apenas de aliciamento de trabalhadores (artigo 207, § 1º c/c § 2º, CP).

Antes de mais nada, é preciso deixar bem claro acerca da independência das responsabilidades trabalhista e criminal. Alguns fatos, conquanto possam ser considerados ilícitos no âmbito trabalhista, podem não constituir crime.

Um bom exemplo dessa afirmação é a jornada de trabalho: não é porque uma jornada pode ser reconhecida como ilegal segundo a legislação trabalhista que será, necessariamente, reconhecida como exaustiva no julgamento do aspecto penal da mesma conduta, o que poderia levar à tipificação ou não do crime do artigo 149 do Código Penal.

À toda evidência que os parâmetros da legislação trabalhista devem ser considerados, mas não são determinantes ou suficientes para se concluir pela tipificação penal.

Diz o artigo 149 do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003:

> Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:
> Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.
> § 1º. Nas mesmas penas incorre quem:
> I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;
> II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.
> § 2º. A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:
> I - contra criança ou adolescente;
> II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Trata-se, pois, de crime de ação múltipla, consumando-se com a prática de uma das condutas descritas no tipo penal, não havendo a necessidade da prática de todas elas.

A primeira figura típica é submeter alguém a trabalhos forçados. No presente caso tal conduta não está configurada, porquanto é voz uníssona dos trabalhadores resgatados que os mesmos iam para as frentes de trabalho em grupo, sem a presença do fazendeiro Ademir, do caseiro Joel ou de qualquer funcionário ou capataz do empregador.

Não havia ninguém que vigiasse ou constrangesse os trabalhadores a trabalhar em determinado ritmo, nem armado e nem sem armas.

Apenas o corréu Francisco foi designado para fazer os apontamentos da produção de cada trabalhador, mas sem qualquer constrangimento, muito menos forçando a trabalhar em determinado ritmo.

Logo, não havia trabalhos forçados.

Também não havia jornadas exaustivas, do ponto de vista criminal, a configurar condição análoga à de escravo.

Com efeito, é voz uníssona entre os trabalhadores que os mesmo saíam por volta das 6:00 horas e retornavam por volta das 17:00 horas.

À toda evidência que se trata de uma jornada puxada, cansativa, configurando ilícito trabalhista, porquanto o limite diário é de oito horas e mais duas horas extras, totalizando dez horas por dia, no máximo.

Como a jornada era de cerca de 11 horas diárias, o ilícito trabalhista é evidente.

Ocorre que os trabalhadores foram contratados apenas para a colheita do café, a qual é realizada apenas entre os meses de abril e outubro, de acordo com a produtividade de cada lavoura, variando ano a ano.

O combinado é que receberiam por produção, ou seja, por balaio colhido. Por isso é que Assis anotava a quantidade de balaios colhida de cada trabalhador, a fim de individualizar a respectiva remuneração.

Não havia imposição de horários e nem fiscalização. Todavia, como era do interesse dos trabalhadores, os mesmos aproveitavam o máximo do dia para colherem o café enquanto havia luz natural.

Tanto é verdade, que os testemunhos variam muito em relação à duração do intervalo para o almoço, indo de dez minutos até trinta minutos, revelando que cada trabalhador fazia o horário conforme sua conveniência ou capacidade física.

Alguns trabalhadores afirmaram ter laborado em todos os domingos. Outros afirmaram ter trabalhado em um ou nenhum domingo. A maioria trabalhou aos sábados fazendo o mesmo horário do resto da semana. Outros fizeram uma jornada reduzida.

O fazendeiro Ademir comparecia alguns dias da semana e ali permanecia por pouco tempo, de sorte que não havia imposição ou fiscalização quanto ao cumprimento de horário de trabalho. Assim, não se pode considerar que o ilícito trabalhista ora verificado se traduz em redução a condição análoga à de escravo, porquanto não havia restrição à liberdade de cada trabalhador laborar por mais ou menos tempo.

Também não havia restrição da locomoção dos trabalhadores em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.

Com efeito, a dívida foi contraída com o mercado localizado na cidade de Ibiraci-MG, não havendo qualquer menção que tal estabelecimento fosse de propriedade do fazendeiro Ademir ou de algum preposto seu.

A prova em relação a esse fato é bastante pulverizada, havendo divergência em alguns detalhes.

Segundo a maioria dos depoimentos que tratou desse assunto, os trabalhadores vieram da Bahia em um ônibus, descendo na cidade de Ibiraci-MG, onde foram recepcionados pelo corréu Miguel.

Alguns trabalhadores foram até o Mercado Ipiranga juntamente com Assis para fazer umas compras. Estas foram anotadas em nome dos compradores e "avalizadas" por Assis.

Tal "aval" se deu em razão de Assis já ter trabalhado na colheita de café na safra do ano anterior, quando conheceu o referido mercado, passando a contar com a confiança da respectiva proprietária Luciana.

Veja-se que a lista com o valor total das compras de cada trabalhador demonstra valores bem distintos, revelando que cada um comprava o que queria.

Há relatos de que alguns trabalhadores trouxeram parte de seus alimentos da Bahia, assim como travesseiros, cobertores, fogareiros, entre outros produtos.

As compras seguintes foram feitas da seguinte forma: cada trabalhador interessado pedia a Assis, que fazia as anotações e entregava a Ademir ou ao caseiro Joel. O pedido era repassado ao mercado, não ficando bem provado se era Ademir quem trazia as compras em sua camionete ou vinham na camionete do próprio mercado: há relatos nos dois sentidos.

Aparentemente não havia nenhum veículo à disposição dos trabalhadores para efetuarem as compras no exato momento em que desejassem, mas também não houve relatos reclamando de demora ou mesmo negativa de Ademir em providenciar os mantimentos.

O asfalto mais próximo ficava há cerca de dois a três quilômetros da fazenda, o que não inviabilizava o deslocamento à pé. Mas naquela pista não passava ônibus para Ibiraci-MG, cidade mais próxima; apenas a linha Cássia-Franca.

Não havia nenhum funcionário do fazendeiro Ademir que vigiasse e impedisse a saída da fazenda, seja armado ou sem arma.

Não houve qualquer reclamação quanto a preços abusivos.

Assim, ainda que houvesse alguma restrição à liberdade de compras, em nenhum momento houve menção a que as compras somente poderiam ser feitas naquele mercado. Tudo leva a crer que a indicação daquele estabelecimento era apenas por conveniência, centralizando-se apenas nele, muito mais pela confiança adquirida por Assis no ano anterior do que por qualquer outro motivo.

Não se olvida que o valor das compras seria descontado da remuneração, conforme combinado entre as partes. Tal sistemática beneficiaria apenas o estabelecimento comercial, uma vez que não foi sequer mencionada qualquer relação mais próxima do fazendeiro Ademir com a proprietária do mercado.

Ninguém era obrigado a comprar nada. Alguns trouxeram seus mantimentos da Bahia. Ninguém reclamou de preços abusivos. Portanto, não restou comprovada a alegação de que havia submissão dos trabalhadores com dívidas que restringissem sua liberdade de locomoção, retendo os mesmos junto ao trabalho para saldá-las.

Até porque não houve prova – e nem mesmo menção – de que o estabelecimento comercial fosse de propriedade do fazendeiro ou de algum preposto seu, tampouco que houvesse qualquer conluio com a proprietária do mercado.

Em suma, a liberdade dos trabalhadores não foi significativamente restringida pelo empregador no tocante às compras.

Embora não se tenha imputado a prática das formas derivadas do § 1º do art. 149 do CP, não custa observar que não houve o cerceamento do uso de qualquer meio de transporte por parte dos trabalhadores, com o fim de retê-los no local de trabalho, assim como não havia vigilância ostensiva no local de trabalho e nem se apoderava de documentos ou objetos pessoais

dos trabalhadores, com o fim de retê-los no local de trabalho.

Outra conduta imputada pelo Ministério Público Federal, mas que não restou comprovada, é a retenção de pagamento como forma de manutenção do trabalhador no local da prestação dos serviços.

Com efeito, é voz unânime entre os depoimentos dos trabalhadores que foi combinado que os pagamentos seriam feitos mensalmente.

Da mesma forma, todos os trabalhadores que tocaram no assunto disseram que não receberam porque não havia se completado o primeiro mês, ou os primeiros 30 dias.

Não há dúvida de que os trabalhadores chegaram em 19/06/2013, mas começaram a trabalhar somente em 21/06/2013, sendo que a fiscalização chagou no 28º dia de trabalho.

Observo que nenhum dos trabalhadores manifestou irresignação com esse fato em particular, abonando a alegação dos acusados de que havia sido combinado o pagamento a cada 30 dias.

O Ministério do Trabalho entendeu que a legislação trabalhista fora vulnerada nesse particular, porquanto o § 1º do artigo 459 da Consolidação das Leis do Trabalho determina que o pagamento do salário deverá ser efetuado, o mais tardar, até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido.

Portanto, o salário parcial do mês de junho deveria ter sido pago até o quinto dia útil do mês de julho, sendo que até o dia 18/07/2013 não havia sido pago nada.

Esse é mais um exemplo de um claro ilícito trabalhista não configurar, a meu sentir, o delito do artigo 149 do Código Penal. Com efeito, a objetividade jurídica desta figura penal é a proteção à liberdade pessoal e a dignidade da pessoa humana.

Conquanto o primeiro salário, ainda que parcial, não tenha sido pago no prazo legal, ainda não havia vencido o prazo combinado entre as partes. Não me parece correto afirmar que o acordo de pagamento a cada 30 dias efetivos seja fato de extrema gravidade a configurar retenção de pagamento, com o fim de reter o trabalhador no local de trabalho e, por conseguinte, vulnerar sua liberdade pessoal e sua dignidade.

Tanto é verdade, que dois trabalhadores desse grupo foram embora antes da fiscalização, tendo recebido a remuneração combinada, sem qualquer obstáculo por parte do empregador.

Ocorreu apenas o desconto do valor das compras, o que também era combinado e não se alegou nenhum abuso nesse particular.

O que foi relatado é que os valores efetivamente recebidos eram muito baixos, mas isso ocorreu por dois motivos distintos: a) o valor da remuneração era por balaio colhido, sendo R$ 8,00 para o café novo (mais fácil de se panhar) e R$ 10,00 para o café velho. No entanto, foi constatado que o balaio utilizado pelo fazendeiro Ademir comportava 80 litros de café, quando a medida padrão na região é de 60 litros; os trabalhadores trabalharam poucos dias.

Tenho que a atitude maliciosa do empregador vulnerou direito trabalhista consistente no salário correto, o que configura, à toda evidência, ilícito de natureza trabalhista e, eventualmente, o delito do artigo 203 do Código Penal, o que será tratado adiante.

Mas não restou vulnerada a liberdade e a dignidade do trabalhador enquanto pessoa humana, demonstrando, ao revés, que os trabalhadores não eram retidos no local de trabalho, conservando a liberdade de sair do trabalho quando bem entendessem.

Este Magistrado fez questão de perguntar às testemunhas da forma mais direta possível: esses dois trabalhadores saíram fugidos da fazenda? Todas as respostas foram negativas.

Das condutas nucleares do tipo penal em debate restou somente uma: a sujeição a condições degradantes de trabalho.

Ao contrário das demais condutas típicas, a prática desta restou bem comprovada. Com efeito, as condições a que o empregador submeteu os trabalhadores oriundos da Bahia eram efetivamente degradantes.

Bastaria a observação das fotografias que instruem os autos para se chegar a essa conclusão (fls. 103/142 e fls. 143/169). Mas aprofundemos a análise das provas, começando pelos testemunhos e declarações das vítimas.

O auditor-fiscal do Ministério do Trabalho *Alex Muniz Santos*, embora não tenha participado da diligência na fazenda, auxiliou nos serviços burocráticos de apuração e pagamento dos direitos trabalhistas. Relatou, de mais relevante, o sentimento de gratidão que os trabalhadores expressaram por terem sido resgatados pelo Ministério do Trabalho, havendo comoção na despedida para a Bahia (audiência de 28/08/2014; fls. 477/482).

A auditora-fiscal do Ministério do Trabalho *Ana Paula Alves Salvador* esteve na fazenda no momento da fiscalização, relatando que ao chegar na propriedade encontrou alguns trabalhadores parados, desolados, sem saber o que fazer, pois não tinham recebido nada. Disse que havia dois menores trabalhando. Observou que os dois trabalhadores que saíram antes receberam uma mixaria pois quase tudo fora descontado para o mercado. Não sabe porque compraram chuveiro já quando chegaram a Ibiraci-MG.

Afirmou que Assis ficava com os demais trabalhadores, mas não colhia café.

Relatou as condições precárias em que estavam instalados. Havia agrotóxico no quarto o lado do quarto dos filhos dos caseiros, os quais também estavam sujeitos àquelas condições precárias.

O auditor-fiscal do Ministério do Trabalho *Carlos André de Carvalho Fávero* esteve na fazenda, descrevendo que o sentimento que mais lhe marcou foi a repulsa pelas circunstâncias em que os trabalhadores estavam. Alguns estavam parados, achando o depoente que eles já esperavam pela fiscalização. Achou grave a falta de vedação das portas e janelas, já que estava muito frio.

Confirmou que dois trabalhadores saíram antes, mas receberam valores muito baixos. Um deles teve até que vender o celular para poder voltar à Bahia.

Afirmou que Ademir fiscalizava e indicava qual o talhão a ser colhido. Assis estava alocado no galpão junto com os demais trabalhadores. Assis não colhia, só anotava. Acredita que Assis já tenha trabalhado na região, mas não pode afirmar que tenha sido para o mesmo fazendeiro.

O agente da Polícia Federal *Luiz Fernando Pancini Nunes*, que participou da operação de resgate, afirmou que a situação era totalmente precária. Afirmou que os trabalhadores estavam revoltados, porquanto tinham sido trazidos do Nordeste com a promessa de ganhos razoáveis, cerca de R$ 2.000,00 a R$ 4.000,00, mas estavam endividados.

Betinha de Jesus Silva, ouvida na Comarca de Carinhanha-BA em 17/06/2015 (fls. 611/613), era uma das trabalhadoras resgatadas na operação. Afirmou que eram os próprios trabalhadores que compravam e preparavam suas refeições. A casinha onde ficou não era asseada. Não usava a privada porque era encardida. Trouxe o seu fogão de duas bocas da Bahia. Não tinha geladeira.

Afirmou que Assis ficava misturado com os demais trabalhadores.

Raimundo Nonato Nascimento da Paz, outro trabalhador resgatado, afirmou que os

alimentos eram comprados pelos trabalhadores.

Assis não colhia. Ele era o encarregado e só anotava.

Joilson Silvério Silva, ouvido na Comarca de Ibiraci-MG em 05/10/2015 (fls. 653/656), afirmou que presenciou Assis fazendo a medição do café junto com o tratorista Joel, para depois fazer o acerto; que presenciou também o Assis, por muitas vezes, medindo e quando sobrava um pouquinho, Assis diria que era dele. Era Assis quem escolhia a rua de café que o trabalhador ia entrar. Assis era o fiscal da turma.

José Raimundo Barbosa dos Santos, ouvido por este Juízo em videoconferência com a Subseção de Guanambi-BA em 23/09/2016 (fls. 775/778), afirmou que Miguel chamou o Assis para organizar os trabalhadores. Assis fiscalizou os trabalhos, mas não era chefe. O Assis ia para trabalhar, mas chegando lá botaram ele para fiscalizar.

Ademir era o dono e quem media o café era o rapaz que trabalhava lá. Era uma casa velha, tudo jogada. Praticamente a comida era feita no chão. Quem levou o depoente na casa foi o Ademir e o rapaz que morava lá. Teve um dia que Ademir chegou valente, falando que tava ficando grãos para trás e ia mandar embora.

Teve dois trabalhadores que saíram antes porque queriam. Saíram por conta própria. Não saíram fugidos.

Anedino Guedes de Souza, outro trabalhador resgatado, afirmou que Ademir era o dono da fazenda, achando que Miguel fosse seu gerente. Assis dormia junto com os demais e não sabia o que iam encontrar, ao contrário de Miguel. Ademir foi lá uns 3 dias depois. Ademir foi lá umas cinco vezes. Miguel sabia das coisas e não avisou Assis. Ademir xingava quando via o serviço mal feito. Ademir não tinha relacionamento próximo com Assis. Ademir cobrava de Assis também. O Assis não conhecia a fazenda antes, mas Miguel sim. Viu aquela situação e teve vontade de chorar. O colchão estava sujo de sangue.

Etelvi Guedes de Souza disse que Assis ficava na roça e fiscalizava, mas não cobrava e não fazia pagamentos. Moravam numa casinha simples, sendo que Assis dormia na mesma, não tendo privilégios. Só viu Ademir uma ou duas vezes. Ele estava nervoso, mas não agredia. Era Assis quem media e fiscalizava a panha. Ademir reclamava quando ficava café para trás, mas não xingou. Tanto o depoente quanto Assis não conheciam a fazenda antes. Acha que Miguel já conhecia.

Teve um que foi embora antes. Ele pediu para sair. O patrão pagou ele. Acha que pagou certinho.

Examinados os depoimentos supra, bem como aqueles prestados na fase investigativa, chega-se à conclusão de que Assis não participou do delito de redução a condição análoga à de escravo, porquanto estava submetido às mesmas condições dos demais trabalhadores.

Restou evidenciado pelo conjunto probatório que Assis fora contactado, por telefone, pelo seu amigo e conterrâneo Miguel, a pedido do fazendeiro Ademir.

Assis trabalharia como os demais, porém, como Miguel estava trabalhando com outra turma, não poderia tomar conta da turma reunida e trazida por Assis. Dessa forma, Assis foi designado para tomar conta da turma, sendo que sua principal função era anotar a produção de cada trabalhador, a fim de individualizar a remuneração, que era por balaio colhido.

Em seu interrogatório *Assis* afirmou que Miguel pediu 25 trabalhadores. Vieram em 24, sendo que dias depois Ademir levou mais 5 trabalhadores oriundos da Bahia, mas que já estavam na região fazendo o mesmo tipo de trabalho, interando os 29, sendo que 28 que foram resgatados pelo Ministério do Trabalho (Assis foi excluído dessa conta)

Assis afirmou que já trabalhou uma vez em Ibiraci-MG, no ano anterior, para outro fazendeiro, onde as condições eram melhores.

Nessa oportunidade passou perto da fazenda de Ademir, mas não entrou nela. Não sabia das condições de alojamento.

Afirmou que os banheiros não funcionavam. Eram tão ruins que os trabalhadores preferiam ir no mato. Não tinha cobertores. As casas eram decadentes.

Assis panhava um pouco de café e fiscalizava os demais, falando com eles "numa boa". Só olhava. Quem cobrava era Ademir e Joel.

Ademir tinha o nervosismo dele, mas não agravava os trabalhadores. Ademir foi umas 5 ou 8 vezes. Só fazia uma visita e via o que estava faltando e ia embora. Não viu Ademir agredir ninguém.

Ademir afirmou que não conhecia Assis. Conhecia Miguel havia uns 7 anos na cidade de Ibiraci-MG. Foi Miguel quem chamou Assis. Era Assis e Joel quem anotava a produção.

Miguel afirmou que conhecia Ademir da cidade de Ibiraci-MG, mas nunca trabalhou com ele. Foi Miguel quem perguntou a Ademir se ele tinha trabalho, pois Assis havia pedido, pois estavam parados na Bahia. Miguel fez apenas um favor para Assis, pela amizade, pois são conterrâneos. Quando os trabalhadores chegaram em Ibiraci-MG, Miguel foi encontra-los após receber uma ligação. Então, ligou para Ademir, que chegou em cerca de 10 minutos. Apresentou Assis para Ademir e foi embora. Não sabe o que Ademir combinou com Assis.

Miguel afirmou que foi na fazenda antes para ver como estava a lavoura, olhando as casas somente por fora. Disse que para 8 ou 10 pessoas estava bom. Tudo funcionava.

Quando ligou para Assis, falou que o trabalho era bom e comentou qual era o preço praticado na região, esclarecendo que ele tinha que ver o café para combinar aqui. Se eles ficaram é porque gostaram. É assim o costume da região.

Dessa forma, e não existindo nenhuma prova em contrário, tenho que Assis não conhecia Ademir; nunca havia trabalhado para ele e não tinha conhecimento das condições da Fazenda Ouro Verde, não podendo ser responsabilizado pelas condições degradantes lá encontradas.

O único ponto em que divergem, Assis de um lado e Ademir e Miguel do outro, é quanto ao número de trabalhadores solicitados: Ademir e Miguel afirmaram que foram solicitados entre 8 e 10 trabalhadores; Assis disse que foram pedidos de 25 a 30.

Vejo que não há qualquer documento que trate desse assunto. Nenhuma testemunha ou vítima depôs sobre esse ponto em particular.

No entanto, é voz uníssona que a promessa de trabalho era para três meses. Praticamente vencido o primeiro mês, ainda havia muito café para ser colhido, como se vê de alguns relatos. O contrário, ninguém disse.

De outro lado, não há sentido em Assis trazer três vezes mais o número de trabalhadores que o necessário para, depois de concluir-se tal trabalho, arrumar outra fazenda que absorvesse essa quantidade de trabalhadores. Todavia, ninguém mencionou esse suposto "plano".

Ademais, o investimento com passagens, mantimentos, equipamentos como fogareiro, para somente um mês certamente não compensaria, além da própria viagem, que é longa, cansativa e perigosa.

Assim, tudo leva à conclusão de que Ademir e Miguel inventaram esse fato para tentarem se furtar à responsabilidade.

O argumento principal da defesa de Ademir e Miguel é que se viessem somente os 8 ou

10 trabalhadores solicitados, os mesmos seriam melhor acomodados.

Ocorre que esse argumento não convence. Absolutamente.

Com efeito, restou comprovado que os trabalhadores ocuparam todos os imóveis existentes na fazenda, ou seja, 4 casas e um galpão.

É evidente que se viessem menos trabalhadores, eles teriam mais espaço. Todavia, não é este o problema! A questão é que todos os imóveis que serviram de "alojamento" para os trabalhadores estavam em péssimas condições.

Na verdade, a expressão "péssimas" é eufemismo. As condições eram degradantes, aviltantes, repulsivas, humilhantes, indignas.

Era indiferente que tivessem 10 ou 30 trabalhadores. Qualquer que fosse a quantidade de trabalhadores, as condições eram comparáveis às de uma pocilga, um chiqueiro.

Apenas uma das casas tinha vaso sanitário. Porém, os respectivos detritos eram jogados ao lado da casa, ao ar livre, provocando mau cheiro e toda a sorte de doenças ligadas à falta de saneamento básico.

Os trabalhadores que estavam nessa casa preferiam fazer suas necessidades fisiológicas no mato, pois o mau cheiro era muito intenso. Os demais trabalhadores - a maioria – não tinham essa "opção": tinham que fazer no mato mesmo! E ainda tiveram que engolir a ironia do fazendeiro quando, perguntado onde fariam suas necessidades, respondera: "vocês não estão vendo o mato aí ó.... tanto mato?", como relataram alguns trabalhadores.

Nenhuma das casas tinha chuveiro. Os trabalhadores é que tiveram que comprar e instalar.

Não havia água potável, de fonte confiável. Vinham de uma cisterna e tinha mau cheiro. Por esse motivo os trabalhadores acabaram por "optar" em pegar água de um açude, a qual era turva, de coloração amarelada e com acúmulo de impurezas no fundo das garrafas. Mas também apresentava odor, sendo ingerida sem passar por qualquer processo de purificação ou filtragem.

Não havia fogão para o preparo de alimentos. Não havia geladeira para a conservação de alimentos. Não havia armários para a armazenagem dos alimentos, o que devia ser uma festa para ratos e baratas.

Não havia cestos de lixo.

Muitas portas e janelas ou não existiam ou estavam quebradas, expondo os trabalhadores ao frio intenso dos meses de junho e julho daquela região, agravado pelo fato de serem oriundos da Bahia, mais precisamente da área da caatinga, caracterizada pelo clima quente.

Pelo mesmo motivo, os trabalhadores ainda ficavam expostos a animais, sobretudo cobras, gambás, aranhas, já que estavam cercados de vegetação.

As camas, quase todas do tipo beliche, tinham colchões extremamente finos. Alguns deles sujos de sangue e com mau cheiro, sem qualquer roupa de cama (lençol, travesseiro e cobertor).

Como não havia refeitório ou qualquer arremedo de refeitório, os trabalhadores tinham que comer os alimentos frios e tinham que contar com a sorte para não azedar. O empregador não foi capaz de armar uma tenda de plástico com uma caixa conservadora e um fogareiro nas proximidades das frentes de trabalho para permitir refeições minimamente dignas.

Não havia banheiro nas frentes de trabalho, tendo os trabalhadores que fazer suas necessidades ali mesmo, no meio do cafezal, onde estavam misturados homens e mulheres.

O fazendeiro não foi capaz de ao menos alugar um banheiro químico, de baixo custo e

fácil transporte por entre os talhões do cafezal. Em rápida pesquisa na *Internet* verifica-se que o aluguel mensal de um banheiro químico varia entre R$ 125,00 e R$ 200,00. Para a compra, um banheiro novo custa entre R$ 1.580 e R$ 1.880,00.

Ademir não forneceu equipamentos de proteção individual, nem os mais básicos, como luvas e botas. Os trabalhadores é que tiveram de adquiri-los!

Havia fertilizantes, agrotóxicos e venenos armazenados em uma das casas – no quarto ao lado do quarto dos filhos do caseiro – e no galpão, onde também tinha uma máquina de beneficiamento de café, com cheiro de óleo.

Enfim, sem qualquer higiene e salubridade. Na verdade, sem qualquer dignidade.

Embora tenha constado na denúncia que os réus não prestaram socorro a trabalhadores acidentados, vejo que alguns depoimentos negam a ocorrência de qualquer acidente e outros afirmam que foi um acidente sem gravidade, tendo as vítimas sofrido não mais que pequenos arranhões.

Também não se pode olvidar que o crime foi praticado, entre outras vítimas, contra dois adolescentes, já que Uoston de Sousa Vicente, nascido em 27/09/1995 e Paulo Ramos dos Santos, nascido em 13/10/1995, tinham somente 17 anos e, segundo o inciso I do artigo 405 da CLT, ao menor de 18 anos não será permitido o trabalho nos locais e serviços perigosos ou insalubres.

Em um exercício extremamente forçado de acreditar que Assis desembarcou em Ibiraci-MG com três vezes mais o número de trabalhadores solicitados, Ademir, ao aceitar o excedente, poderia (na verdade, deveria), por uma questão de humanidade, providenciar condições mínimas para acolhê-los.

Se as casas não tinham esgoto e nem fossa séptica, que alugasse ou comprasse banheiros químicos. Se não tinha chuveiros, que comprasse e instalasse. Se não tinha água tratada, que comprasse galões ou garrafas. Ou pelo menos filtros de barro! Tudo isso tem custo baixo e não pode ser sonegado a qualquer trabalhador, sobretudo ao trabalhador braçal, que ficava cerca de 11 horas diárias sob o sol, sem uma alimentação minimamente decente.

Os trabalhadores chegaram à fazenda no dia 19/06/2013 e foram resgatados no dia 18/07/2013, de modo que houve tempo hábil para que o empregador ao menos providenciasse itens básicos como os que foram acima mencionados.

Na pior das hipóteses, o empregador deveria ter providenciado estadia em um hotel e o transporte diário à fazenda.

De outro lado, não convence o argumento de Ademir de que as casas estavam em boas condições e que foram os trabalhadores que destruíram. Primeiro porque a única testemunha que disse isso era o filho do caseiro. Segundo, porque o fazendeiro ia lá com frequência e poderia demiti-los ou registrar um boletim de ocorrência pelo crime de dano, o que, confessadamente, não fez.

Ademais, Miguel, em seu interrogatório judicial, primeiramente afirmou que as casas estavam em boas condições e, depois de mostradas as respectivas fotos, não as reconheceu. Ora, as fotos demonstram que as casas são velhas, sendo que a deterioração vista é de longos anos, o que retira qualquer credibilidade das palavras de Ademir e do próprio Miguel.

Enfim, esse conjunto de situações precárias configura, sem qualquer dúvida, as condições degradantes de trabalho que se assemelham ao trabalho escravo, enquadrando-se no tipo penal descrito no artigo 149 do Código Penal.

À toda evidência que muitas outras infrações à legislação trabalhista foram cometidas. Mas, na seara criminal, importam mais essas situações graves que ferem violentamente a

dignidade da pessoa humana, violando, ainda, a liberdade pessoal em relação às condições degradantes do trabalho, não dando alternativas para que os trabalhadores tivessem condições minimamente dignas.

Diante do exposto, não resta qualquer dúvida acerca da autoria por parte de Ademir, pois é o proprietário da fazenda; foi ele quem solicitou a turma de trabalhadores da Bahia; foi ele quem deixou de oferecer condições mínimas de higiene e salubridade para os trabalhadores; foi ele quem deixou de reparar ou ao menos minimizar essas condições degradantes; ele é quem lucraria com a redução dos respectivos custos.

Como já exposto, Assis não tinha qualquer relação com Ademir e acabou assumindo a supervisão dos trabalhos em função do conhecimento que tinha com Miguel. Foi submetido às mesmas condições degradantes de trabalho dos demais trabalhadores e, ainda, foi o único que não recebeu a remuneração. Enfim, não há prova de sua participação, de seu conluio com Ademir na redução dos trabalhadores a condição análoga à de escravo por meio da sujeição a condições degradantes de trabalho.

Com efeito, a presente sentença não destoa da orientação de nossos Tribunais (grifos meus):

> Ementa
> PENAL. CRIME DE REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. ART. 149 DO CÓDIGO PENAL. RESTRIÇÃO À LIBERDADE DO TRABALHADOR NÃO É CONDIÇÃO ÚNICA DE SUBSUNÇÃO TÍPICA. TRATAMENTO SUBUMANO AO TRABALHADOR. CONDIÇÕES DEGRADANTES DE TRABALHO. REVALORAÇÃO DA PROVA. FATO TÍPICO.
> 1. O artigo 149 do Código Penal dispõe que configura crime a conduta de "reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto".
> 2. *O crime de redução a condição análoga à de escravo pode ocorrer independentemente da restrição à liberdade de locomoção do trabalhador, uma vez que esta é apenas uma das formas de cometimento do delito, mas não é a única.* O referido tipo penal prevê outras condutas que podem ofender o bem juridicamente tutelado, isto é, a liberdade de o indivíduo ir, vir e se autodeterminar, dentre elas submeter o sujeito passivo do delito a condições degradantes de trabalho. Precedentes do STJ e STF.
> 3. A revaloração das premissas fáticas adotadas pelo próprio acórdão impugnado imputa *o cenário desumano e degradante de trabalho e a conduta abusiva por parte do recorrente (alojamentos precários, ausência de instalações sanitárias; não fornecimento de equipamento de proteção individual; falta de local adequado para refeições; falta de água potável, etc.), descrevendo situação apta ao enquadramento no crime do art. 149 do Código Penal.*
> 4. Agravo regimental não provido.
> (Processo AGRESP 201400639986; Relator Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca; STJ; Órgão julgador Quinta Turma; Fonte DJE Data:29/02/2016)

> Ementa
> PENAL. ART. 149 DO CÓDIGO PENAL. REDUÇÃO DE TRABALHADOR A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO DESMONSTRADOS. TIPICIDADE. READEQUAÇÃO DAS PENAS. *Configura o crime do art. 149 do Código Penal a conduta de reduzir alguém a condição análoga à de escravo, submetendo-o a condições degradantes de sobrevivência e atividade laborativa, tais como:* a) alojamento em barracas de lona sem paredes laterais, *sem camas ou cobertas, bem como de local adequado para refeições ou instalações sanitárias*; b) *inexistência de local adequado para guarda*

> *de mantimentos, que ficavam expostos, sem refrigeração*, bem como da água, armazenada em recipientes usados, de diversos tipos, até mesmo de óleo combustível; c) cobrança pela alimentação em valores que não eram informados claramente aos trabalhadores; d) *falta de fornecimento de equipamentos de proteção individual* para trabalho perigoso, de corte de madeira; e) *falta de registro de empregados*; f) *utilização de terceiros para arregimentação e contratação de trabalhadores*; g) inexistência de transporte regular ou fornecido para a localidade mais próxima, distante cerca de 30 quilômetros, inviabilizando, na prática, a saída dos trabalhadores; h) falta de assistência à saúde, mesmo com a presença de trabalhadora doente, que veio a ser hospitalizada por intervenção da Fiscalização do Trabalho. A redução à condição análoga à de escravo, na forma básica, será criminosa quando consistir *em uma das quatro* modalidades abaixo: a) submissão a trabalhos forçados; b) submissão a jornada exaustiva; *c) sujeição a condições degradantes de trabalho*; d) restrição da liberdade de locomoção, em razão de dívida contraída com o empregador. *O tipo é misto alternativo, ou de conteúdo variado, configurando-se o crime mediante qualquer das modalidades acima, não se exigindo, necessariamente, a privação da liberdade*. Respondem pelo crime tipificado no art. 149 do Código Penal o empregador, prepostos e contratados dos prepostos (empreiteiros e subempreiteiros), que submetem os empregados *a condições degradantes de trabalho que ultrapassam o mero descumprimento de normas trabalhistas*. Comprovada a materialidade do delito pelos documentos oriundos da fiscalização elaborada pelo Ministério do Trabalho em conjunto com a Delegacia Regional do Trabalho, na qual resultaram em laudo técnico de interdição e em relatório da fiscalização, acompanhado de cópias de fotografias, dos procedimentos adotados ao longo da fiscalização e da quantidade de empregados na época. Também está comprovada a materialidade pela prova oral produzida, consistente nos depoimentos de alguns dos réus, dos auditores que participaram da fiscalização e das vítimas. No delito em questão, a sujeição de mais de cem pessoas a condições desumanas, somada ao fato de ter ocasionado uma exaustiva fiscalização pelo Ministério Público do Trabalho, legitima, na dosimetria da pena, o reconhecimento como desfavorável da circunstância judicial pertinente às consequências do crime. Todavia, exclui-se o trato negativo dessa vetorial, visto que a submissão do trabalhador a condições inadequadas é inerente ao tipo penal, enquanto a quantidade de vítima deve ser considerada na terceira fase da dosimetria (concurso formal) - evitando daí indevido *bis in idem*.
> (Processo ACR 00062512720064047000; Relator José Paulo Baltazar Junior; TRF da 4ª. Região; Órgão julgador Sétima Turma; Fonte D.E. 16/08/2013)

A segunda imputação diz respeito à frustração de direito assegurado por lei trabalhista, previsto no artigo 203 do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 9.777, de 1998:

> Art. 203 - Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho:
> Pena - detenção de um ano a dois anos, e multa, além da pena correspondente à violência.
> § 1º. Na mesma pena incorre quem:
> I - obriga ou coage alguém a usar mercadorias de determinado estabelecimento, para impossibilitar o desligamento do serviço em virtude de dívida;
> II - impede alguém de se desligar de serviços de qualquer natureza, mediante coação ou por meio da retenção de seus documentos pessoais ou contratuais.
> § 2º. A pena é aumentada de um sexto a um terço se a vítima é menor de dezoito anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental.

Primeiramente, observo que se trata de tipo bastante aberto, sendo que as formas derivadas do § 1º trazem grande semelhança com o artigo 149 do Código Penal. Aparenta, na

verdade, ser um tipo mais brando quando as violações aos direitos trabalhistas não alcançam a gravidade do artigo 149, CP.

Dessa maneira, reputo que o enquadramento no artigo 149 do Código Penal absorve o delito do artigo 203 do mesmo diploma legal, porquanto todas as violações aqui reconhecidas se enquadrariam em ambos os tipos penais, não podendo ocorrer *bis in idem*.

Ademais, ainda que por ação do Ministério do Trabalho e do Ministério Público do Trabalho, os direitos trabalhistas dos trabalhadores resgatados – e também daqueles que saíram antes – foram plenamente reparados, inclusive com a correção da produtividade com a consideração do balaio regulamentar de 60 litros e com o pagamento de indenização por danos morais.

A esse propósito, vejo que a reparação foi imediata, sendo que o empregador pagou, também, a hospedagem e alimentação em hotel de Franca, enquanto os acertos e as providências burocráticas eram tomadas e o transporte, tanto da viagem de vinda quando a da volta à Bahia.

Diante desse quadro, entendo que tanto Ademir quanto Assis não devem ser responsabilizados pelo delito previsto no artigo 203 do Código Penal.

A última increpação diz com o artigo 207 do Código Penal, ou seja, o crime de aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional, com a redação dada pela Lei nº 9.777, de 1998:

> Art. 207 - Aliciar trabalhadores, com o fim de levá-los de uma para outra localidade do território nacional:
> Pena - detenção de um a três anos, e multa.
> § 1º. Incorre na mesma pena quem recrutar trabalhadores fora da localidade de execução do trabalho, dentro do território nacional, mediante fraude ou cobrança de qualquer quantia do trabalhador, ou, ainda, não assegurar condições do seu retorno ao local de origem.
> § 2º. A pena é aumentada de um sexto a um terço se a vítima é menor de dezoito anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental.

O conjunto probatório revela que Ademir, por intermédio de Miguel, solicitou a Assis um grupo de trabalhadores oriundos da Bahia para a colheita de café, por três meses.

A criminalização do aliciamento tem como objetivo evitar o êxodo de trabalhadores de uma região para outra, influenciando, artificiosamente, na organização do trabalho de ambas as localidades: a de execução do trabalho e a da residência dos trabalhadores.

Em outras palavras, a lei quer evitar o desequilíbrio econômico dessas populações, porquanto a importação de mão-de-obra mais barata de fora pode levar ao empobrecimento dos trabalhadores do local de execução do trabalho.

Ocorre que essa transferência também pode ser necessária em vista de eventual escassez de mão-de-obra no local de execução do labor, ou mesmo se traduzir em oportunidade de trabalho fora da localidade de residência, o que poderia ser considerado lícito em razão da livre iniciativa.

Logo, o aliciamento, por si só e enquanto fato tipificado na lei penal, deve ser sopesado com muita cautela.

Aliciar significa atrair, seduzir, angariar. É um processo de convencimento, que pode ou não estar contaminado de má-fé, fraude ou interesses escusos encobertos por uma falsa apresentação da realidade.

Como a imputação feita na denúncia não envolve a figura do *caput* , mas, somente a do

§ 1º do artigo 207 do Código Penal, há que se provar a fraude ou cobrança de qualquer quantia do trabalhador, ou, ainda, que não tenha sido asseguradas as condições do seu retorno ao local de origem.

A última figura, desde já deve ser descartada, porquanto a jurisprudência exige que se tenha esgotada a prestação do serviço para se configurar a omissão quanto à assistência ao retorno ao local de origem.

Ademais, não há qualquer elemento que faça ao menos supor que o empregador tivesse qualquer interesse em reter os trabalhadores em sua fazenda e não cumprisse a promessa de garantir a compra das passagens de volta, até porque elas seriam descontadas do pagamento dos trabalhadores, condição aceita por todos.

Ocorre que os trabalhadores foram recrutados com a promessa de bons ganhos, algo que não ocorreria não fosse a atuação eficiente do Ministério do Trabalho e do Ministério Público do Trabalho.

Tanto é verdade que dois trabalhadores saíram antes e receberam remuneração com base na forma fraudulenta de medição do trabalho: a utilização de baldes de 80 litros, quando a norma convencional da região tem como padrão o balaio de 60 litros. Portanto, os trabalhadores resgatados seriam prejudicados como foram os dois que saíram antes, com uma redução de 1/3 na sua produção e consequente remuneração.

E, como já dito, foram remunerados corretamente apenas porque a fiscalização estatal foi eficiente.

É voz uníssona entre as vítimas que a conversa é que a safra estava muito boa, tendo alguns trabalhadores mencionado que foi comentado ser possível a colheita de até 20 balaios por dia, quando se verifica que eram poucos os dias em que se ultrapassava a marca de 9 balaios, conforme as anotações de Assis que se encontram no CD-ROM do relatório do Ministério do Trabalho.

Conforme já examinado nesta sentença, Assis reuniu os trabalhadores com base na conversa que teve, por telefone, com seu antigo amigo e conterrâneo Miguel.

Assis não esteve presente na fazenda antes de vir da Bahia. Miguel confirmou, em seu interrogatório judicial, que o café era bom. Realmente os valores combinados eram aqueles praticados na região. O engodo estava na qualidade do café, pois muitos dos trabalhadores afirmaram que o mesmo estava difícil, custoso para ser colhido, o que diminuiu muito a produtividade.

Ademais, foi prometido o fornecimento dos equipamentos de trabalho, os quais poderiam otimizar a produtividade, o que não aconteceu, sendo que alguns dos trabalhadores acabaram comprando os seus.

De outro lado, foi cobrada dos trabalhadores a passagem de vinda e, segundo o combinado, também seria cobrada a passagem de volta. Assim, configurada a segunda forma prevista no § 1º do art. 207 do Código Penal.

Portanto, o recrutamento se deu mediante fraude e cobrança das passagens, além de equipamentos básicos de segurança (botas, luvas, etc.) e outros itens de responsabilidade do empregador, como chuveiros, fogareiros, gás, etc.

Assim, resta configurado o delito do § 1º do artigo 207, CP.

Quanto a sua autoria, resta claro que Ademir enganou os trabalhadores quando utilizou dos baldes de 80 litros para aferição da produtividade, reduzindo em 1/3 a respectiva remuneração.

Ademir também cobrou pelas passagens e, indiretamente, pelo não fornecimento de equipamentos e utilidades para o desenvolvimento do trabalho.

Miguel enganou os trabalhadores prometendo ganhos maiores, falseando acerca da qualidade da safra.

Assis, embora tenha repassado as informações aos demais trabalhadores, também foi enganado pelas promessas e também teria suas passagens e equipamentos cobrados por Ademir.

Com efeito, o engodo em relação ao tamanho do balaio também repercutia negativamente em sua remuneração, porquanto receberia uma porcentagem ou um valor fixo por balaio colhido. Sendo colhidos menos balaios, menor seria sua comissão. Logo, ele não tinha interesse em enganar os demais trabalhadores.

Portanto, restou configurado o presente crime apenas por Ademir.

Com efeito, tal é a orientação jurisprudencial (grifos meus):

> Ementa
> PENAL. ALICIAMENTO DE TRABALHADORES E REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. CÓDIGO PENAL, ARTIGOS 149 E 207. CRIMES CONFIGURADOS. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA REFORMADA. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO EM PARTE.
> 1. Comprovada a prática do delito previsto no artigo 149 do Código Penal, é de rigor a reforma da sentença absolutória proferida em primeiro grau de jurisdição.
> 2. Os réus contrataram trabalhadores procedentes de localidade diversa e distante, para trabalharem na lavoura de cana-de-açúcar, cobrando indevidamente pelas despesas de transporte e condicionando-os a morarem em casa alugada por eles indicada e a comprarem víveres em determinado mercado, procedendo ao desconto dos respectivos valores e entregando-lhes sobra insuficiente, até mesmo, ao custeio do retorno deles à origem. Assim procedendo, os réus geraram quadro de dependência econômica para os trabalhadores e restringiram o direito de locomoção, incidindo, destarte, nas penas do artigo 149 do Código Penal.
> 3. Evidenciada também a prática, por um dos corréus, do delito previsto no artigo 207, § 1º, do Código Penal, deve ele ser condenado. *A prova revelou que o agente recrutou trabalhadores em localidade diversa daquela em que seria executado o serviço, deles cobrando pelas despesas de transporte e, por conseguinte, contrariando o disposto no artigo 207, § 1º, do Código Penal.*
> 4. Recurso ministerial parcialmente provido.
> (Processo ACR 00054636520044036109; Relator Desembargador Federal Nelton Dos Santos; TRF da 3ª. Região, Órgão julgador Segunda Turma; Fonte e-DJF3 Judicial 1 Data:12/07/2012)

Concluo, portanto, que o acusado *Ademir Andrade de Oliveira* praticou fatos considerados crime pela lei, em desacordo com os mandamentos da ordem jurídica, sendo culpável, pois que era maior de idade, tinha completa consciência da ilicitude de seus atos e dele se poderia exigir conduta diversa. *Assim, deverá submeter-se às penas que passo a individualizar.*

Primeiramente, *com fundamento no art. 149, caput, do Código Penal*, aplico a pena privativa de liberdade na modalidade reclusão mais a pena de multa.

Passo, pois, a estabelecer a quantidade das penas aplicadas.

Considerando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, vejo que a culpabilidade, as circunstâncias, os antecedentes, bem como o comportamento das vítimas não trazem nada de especial, digno de nota, não podendo pesar contra o réu.

Embora a quantidade de vítimas implique consequências mais graves, tal circunstância será considerada na terceira fase da dosimetria da pena, dado o concurso formal de crimes.

Assim, fixo a pena-base em dois anos de reclusão.

Não há circunstâncias atenuantes do artigo 65 do Código Penal. Deixo de reconhecer a incidência da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea "b", do Código Penal, pois ao réu é cabível a causa de redução de pena do artigo 16 do Código Penal.

Não há circunstâncias agravantes previstas no art. 61 do Código Penal. O crime não foi praticado contra crianças e, sim, contra dois adolescentes de 17 anos, circunstância que constitui causa de aumento de pena e será devidamente considerada na fase oportuna.

Portanto, a pena-base fica mantida em dois anos de reclusão.

Reconheço a causa de diminuição prevista no artigo 16 do Código Penal, ou seja, o arrependimento posterior. Como o crime não foi praticado com violência e nem grave ameaça à pessoa, bem como os danos – inclusive os morais – foram integral e imediatamente reparados, a causa de diminuição incide em sua razão máxima, ou seja, em 2/3.

Assim, a pena é diminuída para 8 meses de reclusão.

Incidem duas causas de aumento da pena: uma da parte geral, que é o concurso formal (art. 70, CP), e a outra na parte especial, qual seja, o crime ter sido praticado contra adolescente (art. 149, § 2º, inciso I, CP).

Como foram resgatados 28 trabalhadores em condições degradantes de trabalho, foram cometidos 28 crimes com uma só ação. Assim, tenho que o aumento deva ser no patamar máximo, ou seja, pela metade. Logo, devem ser acrescentados 4 meses à pena.

Como o crime foi praticado, entre outras pessoas, contra dois adolescentes, a pena deve ser aumentada de metade. Portanto, devem ser acrescidos mais 4 meses.

Assim, fixo a pena de reclusão definitivamente em hum ano e quatro meses, cujo cumprimento deverá iniciar-se no regime aberto, pois o condenado não é reincidente e sua pena é inferior a quatro anos, consoante estabelece o art. 33, § 2º, letra "c", do Código Penal.

Substituo a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, nos exatos termos do art. 44, incisos I, II e III, do Código Penal, considerando que tal substituição é medida suficiente para reeducar o condenado.

Fixo como primeira pena restritiva de direitos a prestação pecuniária, devendo o réu entregar 16 (dezesseis) cestas básicas do Modelo Construção Civil (mínimo 35kg) a entidades assistenciais idôneas definidas pelo MM. Juízo das Execuções Penais, podendo tal entrega ser feita de uma só vez ou parceladamente, desde que dentro do prazo de 16 (dezesseis).

Fixo como segunda pena restritiva de direitos a prestação pecuniária, devendo o réu entregar 16 colchões de solteiro, densidade 33, a entidades assistenciais idôneas definidas pelo MM. Juízo das Execuções Penais, podendo tal entrega ser feita de uma só vez ou parceladamente, desde que dentro do prazo de 16 (dezesseis) meses.

No tocante à pena de multa, considerando as circunstâncias judiciais minuciosamente analisadas, fixo-a em 10 dias-multa. Cada dia-multa é fixado em 1/2 salário mínimo, tendo em vista a situação econômica do condenado, tudo sem olvidar do caráter punitivo dessa pena. Deverá ser considerado o salário mínimo vigente ao tempo da prisão em flagrante, com a devida atualização monetária.

Agora, *com fundamento no art. 207, § 1º c/c § 2º, do Código Penal*, aplico a pena privativa de liberdade na modalidade detenção mais a pena de multa.

Passo, pois, a estabelecer a quantidade das penas aplicadas.

Considerando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, vejo que a culpabilidade, as

circunstâncias, os antecedentes, bem como o comportamento das vítimas não trazem nada de especial, digno de nota, não podendo pesar contra o réu.

Embora a quantidade de vítimas implique consequências mais graves, tal circunstância será considerada na terceira fase da dosimetria da pena, dado o concurso formal de crimes.

Assim, fixo a pena-base em hum ano de detenção.

Não há circunstâncias atenuantes do artigo 65 do Código Penal. Deixo de reconhecer a incidência da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea "b", do Código Penal, pois ao réu é cabível a causa de redução de pena do artigo 16 do Código Penal.

Não há circunstâncias agravantes previstas no art. 61 do Código Penal. O crime não foi praticado contra crianças e, sim, contra dois adolescentes de 17 anos, circunstância que constitui causa de aumento de pena e será devidamente considerada na fase oportuna.

Portanto, a pena-base fica mantida em hum ano de detenção.

Reconheço a causa de diminuição prevista no artigo 16 do Código Penal, ou seja, o arrependimento posterior. Como o crime não foi praticado com violência e nem grave ameaça à pessoa, bem como os danos – inclusive os morais – foram integral e imediatamente reparados, a causa de diminuição incide em sua razão máxima, ou seja, em 2/3.

Assim, a pena é diminuída para 4 meses de detenção.

Incidem duas causas de aumento da pena: uma da parte geral, que é o concurso formal (art. 70, CP), e a outra na parte especial, qual seja, o crime ter sido praticado contra menor de 18 anos (art. 207, § 2º, CP).

Como foram aliciados 28 trabalhadores, foram cometidos 28 crimes com uma só ação. Assim, tenho que o aumento deva ser no patamar máximo, ou seja, pela metade. Logo, devem ser acrescentados 2 meses à pena.

Como o crime foi praticado, entre outras pessoas, contra dois menores de 18 anos, a pena deve ser aumentada de metade. Portanto, devem ser acrescidos mais 2 meses.

Assim, fixo a pena de detenção definitivamente em oito meses, cujo cumprimento deverá iniciar-se no regime aberto, pois o condenado não é reincidente e sua pena é inferior a quatro anos, consoante estabelece o art. 33, § 2º, letra "c", do Código Penal.

Substituo a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos, nos exatos termos do art. 44, incisos I, II e III, do Código Penal, considerando que tal substituição é medida suficiente para reeducar o condenado.

Fixo como pena restritiva de direitos a prestação pecuniária, devendo o réu entregar 16 (dezesseis) jogos de lençóis (de três peças cada) a entidades assistenciais idôneas definidas pelo MM. Juízo das Execuções Penais, podendo tal entrega ser feita de uma só vez ou parceladamente, desde que dentro do prazo de 16 (dezesseis) meses.

No tocante à pena de multa, considerando as circunstâncias judiciais minuciosamente analisadas, fixo-a em 10 dias-multa. Cada dia-multa é fixado em 1/2 salário mínimo, tendo em vista a situação econômica do condenado, tudo sem olvidar do caráter punitivo dessa pena. Deverá ser considerado o salário mínimo vigente ao tempo da prisão em flagrante, com a devida atualização monetária.

Diante dos fundamentos expostos, *julgo:*

1 – *extinta a punibilidade de Miguel Ferreira de Almeida*, tendo em visa a sua morte comprovada às fls. 778, o que faço nos termos do artigo 107, inciso I, do Código Penal;

2 – *improcedente a presente ação penal em relação a Francisco Raimundo Cassimiro*,

absolvendo-o de todas as acusações feitas nestes autos, o que faço nos termos do artigo 386, V, do Código de Processo Penal;

3 – *parcialmente procedente a presente ação penal em relação a Ademir Andrade de Oliveira,* para condená-lo a hum ano e quatro meses de reclusão, a iniciar-se no regime aberto, substituída por duas penas restritivas de direito acima especificadas, mais 10 dias-multa, cada um no valor de 1/2 salário mínimo, por ter praticado o crime previsto no artigo 149, *caput*, c/c § 2º, inciso I, do Código Penal; bem ainda para condená-lo a oito meses de detenção, a iniciar-se no regime aberto, substituída por uma pena restritiva de direito acima especificadas, mais 10 dias-multa, cada um no valor de 1/2 salário mínimo, por ter praticado o crime previsto no artigo 207, § 1º c/c § 2º do Código Penal.

Após o trânsito em julgado da sentença, seu nome deverá ser lançado no rol dos culpados. O condenado poderá apelar em liberdade, pois, tecnicamente, é primário e tem bons antecedentes. Ademais, conforme jurisprudência do STF, toda prisão antes do trânsito em julgado tem natureza cautelar, de modo que, no presente caso, não vislumbro a necessidade de sua imposição.

P.R.I.C. Franca, 07 de abril de 2017.

Juiz Federal MARCELO DUARTE DA SILVA

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

PROCEDIMENTO COMUM
0010569-86.2015.4.03.6120

Autores: JUDITE DO CARMO PESSOA E OUTROS
Réus: DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES - DNIT E UNIÃO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA - SP
Juiz Federal: MÁRCIO CRISTIANO EBERT
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/12/2016

I – RELATÓRIO

Trata-se de ação proposta por Judite do Carmo Pessoa, Genilzo do Carmo Pessoa, Elqui Maria da Silva Pessoa, Gilson do Carmo Pessoa, Sabrina Antunes Pessoa, Dinéia do Carmo Pessoa de Souza, Márcio Alexandre de Souza, Jailma do Carmo Pessoa e Josiane do Carmo Pessoa contra o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes — DNIT e a União, por meio do qual os autores buscam a condenação dos réus ao pagamento de indenização por danos materiais e morais decorrentes da morte de José Ribeiro Pessoa. O falecido era esposo, pai e sogro dos demandantes, e em 06/05/2015 caiu em um poço localizado em terreno que pertence ao DNIT, vinculado à rede ferroviária, e onde se localizava a antiga estação férrea Tutoia.

Segundo a inicial (fls. 2-15, acompanhada dos documentos das fls. 16-120), José Ribeiro trabalhava nas imediações, e teria adentrado o terreno no horário de almoço para colher frutas, como era costume dele e de seus colegas. O terreno em questão apresentava estado de abandono, com vegetação alta e várias falhas na cerca que permitiam o livre acesso de qualquer pessoa. Contudo, o problema mais grave é que o no local possui poços profundos que não são sinalizados e estão precariamente cobertos, apenas por vegetação e tábuas podres. José Ribeiro caiu num desses poços e acabou falecendo por asfixia mecânica. Estima-se que o acidente ocorreu no início da tarde, porém seu corpo só foi encontrado cerca de cinco horas depois.

Na visão dos autores, os réus são responsáveis pela morte de José Carlos, dado que a causa do acidente foi o desleixo na conservação do local onde ocorreu o crime, em especial pela falta de tampa nos poços existentes no local, falha que está na linha de desdobramento do evento danoso, destacando que a hipótese é de responsabilidade objetiva. Ainda de acordo com a inicial, os danos morais dos autores são evidentes e devem ser ressarcidos por meio de indenização a ser arbitrada pelo juiz. Ponderam também que como José Carlos era o provedor do lar, sua esposa faz jus a pensão de um salário mínimo, a ser paga desde a data do evento danoso até a data em que o falecido completaria 65 anos.

A contestação do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte – DNIT foi juntada às fls. 130-142 e veio acompanhada dos documentos encartados às fls. 143-174. De largada, o réu sustentou a ilegitimidade dos autores que não são herdeiros diretos de João Carlos, no caso os cônjuges dos filhos do falecido. No mérito, argumentou que a área da antiga estação de Tutoia encontra-se, como se encontrava à época dos fatos, cercada e com várias placas indicando que aquela área pertence ao Governo Federal e que é proibida a entrada de pessoas não autorizadas pelo DNIT. Logo, o acidente com João Carlos só ocorreu da forma que ocorreu porque a vítima, de forma consciente, descumpriu a proibição de ingresso no terreno. Segundo o réu, o evento ocorreu por culpa exclusiva da vítima, de modo que não há nexo causal entre a suposta omissão do DNIT na guarda e conservação do terreno — alegação dos autores que o réu também repele — e o evento danoso. Com base nisso, requereu o julgamento

de improcedência do pedido ou, alternativamente, que se reconheça a culpa concorrente da vítima como elemento para calibrar a indenização devida a título de danos morais. Insurgiu-se contra o pedido de fixação de pensão, sob o argumento de que "... o pagamento de pessoal do DNIT somente pode ser efetuado para os servidores da autarquia federal que são admitidos no seu quadro mediante a aprovação em concurso de provas e títulos".

Em contestação (176-184), a União começou levantando a sua ilegitimidade, bem como a dos cônjuges dos filhos de João Carlos. No mérito, argumentou que a responsabilidade dos órgãos públicos com o acidente que vitimou João Carlos decorre de conduta omissiva — desleixo na guarda e conservação do terreno onde se passaram os fatos — hipótese em que o caso se resolve pelas regras da responsabilidade subjetiva. Defendeu que no caso não foi comprovada a culpa da Administração, sendo que o desfecho resulta de imprudência da própria vítima.

Em réplica (fl. 188-194) os autores se insurgiram contra a preliminar de ilegitimidade ativa. Argumentou que "... os cônjuges dos herdeiros-filhos da vítima devem permanecer no polo em questão, tendo em vista que todos são casados no Regime de Comunhão Parcial de Bens e, qualquer indenização porventura devida a eles, seus respectivos cônjuges terão direito a esta". No mais, revisitaram as questões articuladas na inicial, destacando que o rompimento de cerca a que alude o réu DNIT não foi causado pela vítima, e nem foi por essa via que João Carlos ingressou no terreno. Na verdade, esse rompimento foi providenciado pelos bombeiros que atenderam a ocorrência, a fim de facilitar a retirada do cadáver. Juntaram fotografias que teriam sido tiradas no dia dos fatos (fls. 195-231) e certidão de sinistro emitida pelo Corpo de Bombeiros (fl. 233).

Com vista, o DNIT disse que os documentos não infirmam a tese de defesa do órgão (fl. 236), ao passo que a União (fls. 237-239) insistiu na preliminar de ilegitimidade.

É a síntese do necessário.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Começo pelo exame das preliminares de ilegitimidade passiva arguida por ambos os réus e de ilegitimidade passiva levantada pela União, sendo que ambas devem ser acolhidas.

De fato, como bem observado pelos réus, os cônjuges dos filhos de João Carlos não são seus herdeiros diretos, de modo que não possuem legitimidade para pleitear indenização decorrente de sua morte. A simples circunstância de os filhos de João Carlos serem casados em regime de comunhão parcial de bens não torna os respectivos cônjuges titulares do direito que está em jogo nesta ação, sequer na perspectiva da solidariedade entre os consortes. Por conseguinte, em relação aos autores Elqui Maria da Silva Pessoa, Sabrina Antunes Pessoa e Márcio Alexandre de Souza a ação deve ser extinta sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, VI do Código de Processo Civil.

A narrativa da inicial não deixa dúvida de que o acidente que vitimou João Carlos ocorreu em terreno do DNIT, e que o evento teria sido causado pela falha do órgão na conservação do imóvel. Logo, como o DNIT possui personalidade jurídica e não há qualquer elemento que vincule a morte de João Carlos à União, esta também é parte ilegítima para integrar o feito. Sendo assim, quanto à União o feito deve ser extinto sem resolução do mérito, também com fundamento no art. 485, VI do CPC.

Superado o ponto, passo ao exame da questão de fundo.

Inicialmente destaco que o evento que deflagrou o abalo moral que os autores buscam ver indenizado é fato incontroverso. Os documentos que instruem a ação comprovam a morte de José Ribeiro Pessoa, marido e pai dos autores. Conforme se depreende das peças do inquérito

policial instaurado para apurar as circunstâncias da morte, no início da tarde de 06/05/2015, durante seu horário de almoço, José Ribeiro ingressou no terreno do DNIT que compreende o complexo da antiga estação férrea do Tutoia, e circulando por ali acabou caindo em um poço profundo, vindo a morrer por asfixia.

A narrativa desse trágico episódio revela que o dano é incontestável. Subitamente os autores se viram desfalcados da companhia do marido e do pai, que de manhã saiu para trabalhar e dali a cerca de seis horas encontrou a morte num acidente dos mais estúpidos. Dito em uma linha, o dano moral veiculado nesta ação é daqueles que prescindem de demonstração.

Resta saber se de alguma forma o DNIT concorreu para a ocorrência do dano, e nisso reside a maior dificuldade a ser superada nesta sentença.

Na visão dos autores, o estado de abandono da área onde ocorreu o acidente (a cerca estava rompida em diversos pontos, o mato estava alto e o poço estava coberto de forma precária) contribuiu de forma decisiva para a ocorrência do fato. E como a conservação desse espaço compete ao DNIT, este deve ser responsabilizado pelos danos morais suportados pela esposa e filhos da vítima fatal.

Por outro lado, o DNIT argumenta que o desastre só ocorreu porque a vítima ingressou em área proibida, tendo ciência de que não poderia circular naquele local, conforme advertiam as várias placas colocadas pelo órgão. O réu destacou que o local está cercado, o que faz supor que para ter acesso ao terreno José Carlos rompeu a cerca. Em uma linha, o DNIT defende que o acidente ocorreu por culpa exclusiva da vítima, de modo que o órgão não pode ser responsabilizado pela morte de José Carlos.

Pois bem.

O desenho dos fatos que sustentam a pretensão dos autores revela que a ação trata da hipótese de responsabilidade da Administração em decorrência de ato omissivo, qual seja: o dever de vigiar e conservar o patrimônio público. E em se tratando de responsabilidade por ato omissivo, deve-se investigar a natureza da omissão, se genérica ou específica. É o resultado desse exame que informará se a Administração pode ou não ser responsabilizada pela prática do ilícito.

A propósito da distinção entre omissão genérica e omissão específica, a lição de Sérgio Cavalieri Filho:

> No ponto em exame, a questão nodal é distinguir omissão genérica do Estado e omissão específica. Observa o talentoso jurista Guilherme Couto de Castro, em excelente monografia com que brindou o nosso mundo jurídico, "não ser correto dizer, sempre, que roda hipótese de dano proveniente de omissão estatal será encarada, inevitavelmente, pelo ângulo subjetivo. Assim o será quando se tratar de omissão genérica. Não quando houver omissão específica, pois aí há dever de individualizado de agir" (A responsabilidade civil objetiva no Direito Brasileiro, Forense, 1997, p. 37). Mas, afinal de contas, qual a distinção entre omissão genérica e omissão específica? Haverá omissão específica quando o Estado, por omissão sua, crie a situação propícia para a ocorrência do evento em situação que tinha o dever de agir para impedi-lo. Assim, por exemplo, se o motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições. Isso seria responsabilizar a Administração por omissão genérica. Mas se esse motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve o veículo parado, mas os policiais, por alguma razão, deixaram-no prosseguir viagem, aí já haverá omissão específica que se erige em causa adequada do não impedimento do resultado. Nesse segundo caso haverá responsabilidade objetiva do Estado.

> Outro exemplo: veículo muito velho, sem condições normais de trânsito, causa acidente por defeito de freio ou falta de luz na traseira. A administração não pode ser responsabilizada pela omissão genérica. Mas se esse veículo foi liberado numa vistoria, ou passou pelo posto de fiscalização sem problemas, aí já teremos omissão específica.
> Em suma, no caso de omissão é necessário estabelecer a distinção entre estar o Estado obrigado a praticar uma ação, em razão de específico dever de agir, ou ter apenas o dever de evitar resultado. Caso esteja obrigado a agir, haverá omissão específica e a responsabilidade será objetiva; será suficiente para a responsabilização do Estado a demonstração de que o dano decorreu da sua omissão. (Programa de responsabilidade civil. 9 ed. — São Paulo: Atlas, 2010, p. 252.)

Descendo para a hipótese dos autos, começo pela análise do local onde se passaram os fatos, no caso o terreno da Estação Ferroviária do Tutoia. Esse imóvel já foi palco de diversas ações de caráter possessório que tramitaram neste juízo. É que a despeito de ser área federal e necessária sob o ponto de vista operacional para a construção do anel ferroviário de Araraquara, o terreno onde há muitos anos funcionou a Estação Ferroviária do Tutoia servia de moradia para dezenas de famílias, que ali levantaram suas casas ou ocuparam imóveis construídos para atender as demandas da rede ferroviária. Parte dessas famílias era de ferroviários ou seus descendentes, e parte de invasores que foram tomando conta do espaço. Depois de muito esforço, construiu-se uma solução para a desocupação do terreno; as famílias que preenchiam determinados requisitos (longo tempo de ocupação, condições econômicas que os classificavam como aptos a programas sociais de moradia, entre outras condições) foram inseridas em programas habitacionais do município e realocadas em outros imóveis; as que não se enquadravam nos critérios do programa de desocupação (por exemplo, porque não atendiam aos critérios socioeconômicos do programa municipal de habitação ou que haviam invadido o terreno após a primeira decisão que determinou a reintegração da posse) tiveram um prazo razoável para procurar outro local para residir e receberam suporte para mudança. Após a retirada dos últimos ocupantes, o DNIT cercou o terreno, derrubou algumas construções e selou outras que estão sendo objeto de avaliação na perspectiva do interesse do valor histórico do conjunto arquitetônico da Estação Ferroviária do Tutoia.

Segundo a inicial, José Ribeiro ingressou no terreno por meio de uma das falhas existentes na tela que cerca o terreno, com o propósito de colher frutas num pomar ali existente, como era hábito dele e de seus colegas de trabalho. Essa justificativa se mostra crível, porém não está demonstrada por qualquer elemento, de modo que deve ser encarada como mera suposição. De toda sorte, o que levou José Ribeiro a ingressar no terreno do DNIT é o de menos; mais importante que isso é definir como José Ribeiro adentrou no terreno e se ele tinha conhecimento de que esse acesso era vedado.

Pelo que se depreende dos documentos juntados aos autos, sobretudo das fotografias tiradas no local no dia dos fatos, o terreno do DNIT encontrava-se cercado e com sinalizações alertando da proibição de acesso sem autorização, uma vez que se trata de área do Governo Federal. Sucede que a cerca estava rompida em alguns pontos, e certamente foi por um desses acessos que José Ribeiro ingressou no terreno.

Oportuno abrir um parêntese para registrar que em sua contestação o DNIT aponta que "... da documentação colhida pelo Inquérito Policial há robustas evidências de que a própria vítima teria cortado o alambrado que cerca a propriedade do DNIT para permitir sua entrada, o que, sem dúvida alguma, configura no mínimo o delito de dano previsto no art. 163 do código penal". Ao que parece, o rompimento a que o réu se refere é aquele retratado na fotografia

da fl. 207, e que é o mesmo da primeira imagem do exame pericial do local, feito pela Polícia Civil logo depois da localização do corpo (fl. 95):



Sucede que a afirmação do DNIT está equivocada, e isso por duas razões. A primeira é que não há prova de que José Ribeiro tenha danificado a cerca para ter acesso ao terreno, de modo que essa afirmação não passa de especulação. E a segunda porque está comprovado que não foi por ali que a vítima ingressou no terreno, pois essa abertura foi providenciada pelos bombeiros para facilitar a retirada do cadáver, conforme informado na certidão de sinistro juntada à fl. 233.

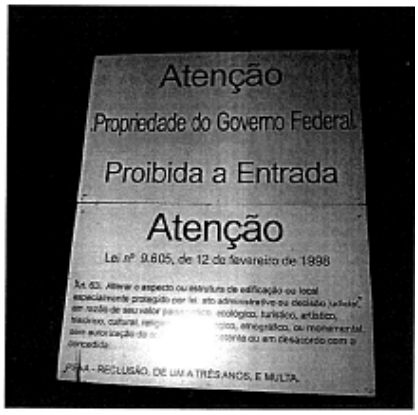
Os autores também sustentam que o terreno encontrava-se em estado de abandono, com o mato tomando conta, o que também está suficientemente demonstrado nas fotografias que acompanham a inicial e aquelas juntadas às fls. 195-231. No entanto, levando em consideração que o terreno não era utilizado diretamente para as operações da linha férrea, não estava aberto à visitação pública (antes pelo contrário: havia diversas placas alertando da proibição de ingresso) não havia obrigação do proprietário em manter a área limpa.

De qualquer forma, tenho por incontroverso que a tela de proteção do terreno do DNIT apresentava falhas que permitiam o acesso de qualquer pessoa, bem como que essa vulnerabilidade contribuiu para a ocorrência do fato, embora não tenha sido determinante para o desfecho.

A avaliação da omissão estatal em casos como o ora analisado deve ser feita com os pés no chão e os olhos postos na realidade. Nessa perspectiva, não há como exigir do DNIT que mantenha vigilância constante sobre todos os bens de seu patrimônio, em especial em áreas ociosas, onde não exerce atividade operacional. De mais a mais, ao que parece a cerca apresentava falhas pontuais, com rompimentos da tela aqui e ali, por certo suficientes para o acesso de invasores, mas que não denotava um cenário de completo abandono. Tampouco há elementos que permitam concluir que antes do fato o DNIT tomou conhecimento de que o alambrado apresentava falhas e que pessoas não autorizadas estavam circulando pelo terreno, hipótese que, se restasse comprovada, poderia convolar a omissão genérica em omissão específica.

Além disso, embora a cerca apresentasse algumas falhas, as imagens das fls. 99, 170

(frente e verso), 171 (verso) e 172 comprovam a existência de várias placas informando, de forma clara e ostensiva, que a área pertence ao Governo Federal e que é "*Proibida a Entrada*"; as placas também reproduzem o art. 63 da Lei 9.605/1998, que tipifica crime contra o patrimônio cultural, dando especial destaque à pena cominada. A propósito disso, reproduzo imagem contida no laudo de exame pericial do local do acidente, que focaliza a placa existente nas imediações do poço onde José Ribeiro caiu:



De mais a mais, a cerca é um símbolo universal de indicação de posse, de modo que sua mera existência, ainda que danificada em alguns pontos, é o que basta para avisar a quem quer que seja que estranhos não são bem-vindos. Aliás, o conceito de propriedade privada surgiu quando o primeiro sujeito achou por bem delimitar uma área com pedras e a partir daí vedar o livre ingresso de quem não fosse de sua grei, arvorando-se na condição de *proprietário* (palavrinha que deve ter sido inventada nesse contexto) daquele pedaço de chão que até aquele momento pertencia a todos. Desde então se sabe que uma cerca é um sinal de que a presença de estranhos é vedada; e quando esse símbolo é complementado por placas contendo avisos ostensivos de que a entrada é proibida, o recado fica ainda mais claro.

Os autores sustentam que "De onde a vítima estava trabalhando *tinha-se a nítida impressão de tratar-se de uma única propriedade* — a que ele trabalhava — e, portanto, ele não estaria invadindo nenhuma propriedade particular, uma vez que não podia visualizar com clareza, a cerca lindeira, sequer um alambrado nunca existente no local de divisa e onde se apoia a contestação das partes (fls. 189-190)".

Essa assertiva não encontra respaldo nos autos. Tanto o terreno estava aramado que os bombeiros se viram na contingência de romper a cerca para facilitar a retirada do corpo. Além disso, o exame pericial realizado pela Polícia Civil informa que o terreno é cercado:

> 2) DO LOCAL/EXAMES PRELIMINARES
> Apresentou interesse pericial específico uma área composta por vegetação de médio e grande porte, *vedada por cerca do tipo alambrado* e posicionada ao lado esquerdo da Rua Tutóia (composta por pavimentação de terra e apresentando desenvolvimento topográfico em reta e praticamente nível), na altura do "Grêmio da IESA", considerando-se o sentido de tráfego Américo Brasiliense – Centro. Inicialmente observou-se que *parte do alambrado que vedava a área de interesse pericial se apresentava cortado, permitindo o acesso ao interior do local*. (grifei)

A existência de divisa ostensiva entre os terrenos é confirmada pelas imagens que instruem a inicial, e que segundo os autores foram produzidas no dia dos fatos. Nesse sentido, reproduzo as fotografias das fls. 80, 81, 82 e 86:






Por aí se vê que a sequência de fatos que resultaram na queda de José Ribeiro vítima no poço se desencadeou a partir do momento em que a vítima invadiu o terreno do DNIT, tendo consciência — seja pelas placas, seja pela simples existência da cerca de proteção — de que a entrada naquela área era proibida. Ou seja, a raiz do incidente está diretamente relacionada à falta de cumprimento de regra clara e objetiva de vedação de ingresso no local, que presumivelmente chegou ao conhecimento de José Ribeiro, circunstância que afasta a responsabilidade do DNIT quanto ao infortúnio.

Em suma, o que se tem é um evento de dimensões trágicas, tanto para a vítima quanto para seus familiares, mas que não permite entrever a existência de responsabilidade imputável ao DNIT. Com efeito, as presunções e indícios apontados contra o réu no que toca à conservação da cerca e vigilância do local não são, no caso, aptas a demonstrar a existência de negligência da autarquia que configure culpa.

Tudo somado, impõe-se a rejeição do pedido.

III — DISPOSITIVO

Diante do exposto, julgo o feito EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, por ilegitimidade, (art. 485, VI do CPC) em relação aos autores Elqui Maria da Silva Pessoa, Sabrina Antunes Pessoa e Márcio Alexandre de Souza e também quanto à ré União. No mais, julgo o pedido IMPROCEDENTE, extinguindo a ação com resolução do mérito, nos termos do art. 487, I do CPC.

Condeno os autores ao pagamento das custas e de honorários de advogado, que fixo em 10% do valor atribuído à causa para cada réu. Contudo, fica suspensa a exigibilidade das custas e dos honorários enquanto persistirem as condições que ensejaram a concessão da assistência judiciária gratuita.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Araraquara, 26 de outubro de 2016.

Juiz Federal MÁRCIO CRISTIANO EBERT

PROCEDIMENTO COMUM
0000194-56.2016.4.03.6131

Autora: MARIA JOSÉ CHAGAS DE OLIVEIRA
Ré: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BOTUCATU - SP
Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/04/2017

Vistos, em sentença.

Trata-se de ação de conhecimento, ajuizada sob procedimento comum (antigo rito ordinário), com pedido de antecipação de tutela, objetivando compelir a ré a fornecer para a autora o medicamento necessário ao tratamento de sua enfermidade. Alega, em síntese, que é portadora de Hemoglobinúria Paroxística Noturna – HPN, desde 1985, de quadro progressivo, com diversas intercorrências e agravos à saúde, os quais vêm se arrastando por vários anos, tratados de acordo com a terapêutica oficial do SUS. Quer se utilizar, para o tratamento da doença, do medicamento SOLIRIS® (Eculizumab), produzido no exterior, e ainda não homologado para uso e administração pela ANVISA. Junta documentos às fls. 35/152.

Pedido de liminar indeferido pela decisão que consta de fls. 184/188. Tal decisão restou fustigada por recurso de agravo, manejado sob a forma de instrumento, ao qual se agregou liminar para a finalidade de determinar à ré o imediato fornecimento do medicamento à requerente, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 (cf. decisão de fls. 238/245).

Devidamente citada, fls. 264/265-vº, a UNIÃO FEDERAL aduz, à guisa de preliminar, a inexistência de prova fidedigna quanto à indicação do medicamento em favor da requerente, a não juntada dos documentos determinados na decisão liminar. No mérito, argumenta que o SUS oferece tratamento para a moléstia de que padece a requerente, enalteceu os efeitos colaterais indesejáveis da administração dessa droga, bem assim o elevado custo do medicamento para os cofres públicos, bem assim ressoou que o acatamento do pedido levaria a situações não previstas em lei. Pugnou pela rejeição dos pedidos iniciais.

Réplica às fls. 269/294.

Designada perícia médica para avaliação do estado de saúde da paciente, bem assim da proposta terapêutica proposta na inicial, sobrevém laudo médico-pericial conclusivo anexado às fls. 319/322 do presente caderno processual.

Manifestação da autora sobre o laudo às fls. 330/331 e da ré às fls. 327/328.

Vieram os autos com conclusão.

É o relatório.

Decido.

Preliminarmente será necessário reafirmar, nesta sede, a legitimidade passiva da contestante, no que o entendimento firmado no âmbito do Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, reconhece, para estes tipos de ações, *a legitimidade passiva ad causam* seja de órgão político federal, seja estadual ou municipal. Com efeito, decidiu aquele Egrégio Sodalício que, em tema de fornecimento de medicamentos para tratamento médico, configura-se a *responsabilidade solidária* de todos os entes federativos, ostentando legitimidade para responder a ação não só os Municípios, mas também Estados, o Distrito Federal e a União.

De fato:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – TRATAMENTO MÉDICO – SUS – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS.
> 1. O funcionamento do Sistema Único de Saúde – SUS – é de responsabilidade solidária da União, Estados-Membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade *ad causam* para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros.
> 2. Recurso Especial provido.
> [Resp 771537-RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 15/09/2005, DJU 03.10.2005, p. 237].

O que, aliás, é plenamente consentâneo com a disposição normativa do art. 23 da Constituição Federal, que outorga competência comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal, e aos Municípios, para, entre outras:

> (inciso) II – *cuidar da saúde* e assistência pública, de proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

Daí porque, com fundamento em tais conclusões, é de prefigurar-se a legitimidade passiva *ad causam* da ré.

As demais preliminares suscitadas pela União se confundem com o mérito da demanda, e serão analisadas no momento oportuno deste julgado. Encontro presentes os pressupostos processuais e as condições da ação. Feito bem processado, contraditório preservado, partes legítimas e bem representadas, não há nulidades a reconhecer, anulabilidades ou irregularidades a suprir ou sanar. A demanda está em termos de julgamento, porque todas as provas necessárias ao deslinde do feito já se acham presentes, não havendo nenhuma outra sido requerida pelas partes.

O DIREITO À SAÚDE. POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL.

É, deveras, indiscutível o direito à saúde ostentado por todos os cidadãos, que compõem este sistema universal, a cargo primordialmente do Estado, e que compreende a assistência à saúde em sentido amplo.

Neste sentido, a Carta Política de 1988 proclama, dentre outros direitos, a garantia de inviolabilidade do direito à vida, direito subjetivo inalienável, estabelecendo a saúde como direito social de eficácia plena e imediata, e determinando, especificamente quanto à prestação de serviços de atendimento à saúde da população, que a União e o Estado ofereçam cooperação técnica e financeira ao Município.

Prescreve a Carta que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, o qual por meio de políticas sociais e econômicas deverá proporcionar o acesso da população às ações e serviços visando à consecução desse direito.

Nesse sentido, aliás, já se posicionou a Excelsa SUPREMA CORTE, mediante no despacho proferido pelo E. MINISTRO CELSO DE MELLO, nos autos da Medida Cautelar PETMC-1246/SC:

> Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput*), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.

Em diversos precedentes, o STF assim tem se posicionado sobre o tema, valendo destacar o julgado seguinte:

> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MEDICAMENTOS: FORNECIMENTO A PACIENTES CARENTES: OBRIGAÇÃO DO ESTADO.
> I – Paciente carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita: obrigação do Estado em fornecê-los. Precedentes.
> II – Agravo não provido.
> (STF – 2ª Turma – Ag, Reg, no A.I. nº 486.816-1/RJ – Min. Carlos Velloso – julgado em 12/04/2005, unânime.).

Atento aos ditames da Carta Política de 1988, o Sistema Único de Saúde, instituído pela Lei nº 8.080/90, prevê a assistência integral à saúde, de forma individual ou coletiva, de modo a atender cada caso, observada a particularidade necessária, *em todos os níveis de complexidade*.

Oportuno frisar, nesse momento, que as normas que regulam a garantia de direitos fundamentais não podem ser consideradas como programáticas, de forma que, em havendo regulamentação legislativa, esta em nada lhes acrescentará na sua essência, mas tão somente poderá proporcionar condições de exercício desses direitos.

Contudo, ainda que se entenda que o *art. 196 da CF* possua natureza programática, necessitando para sua aplicação a respectiva complementação legislativa, tal óbice já restou superado, diante da edição da *Lei n. 8.080/90*, a qual, especialmente em seu *art. 6º, I*, incluiu no campo de atuação do SUS "a execução de ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica".

Nesse contexto, não há como fugir à constatação de que, diante da excelência do direito fundamental à saúde, que é corolário lógico do direito à vida previsto na Carta, a norma infraconstitucional jamais poderia ter o condão de restringir a fruição desse direito, em decorrência de qualquer objeção de natureza técnica ou burocrática do Poder Público.

É certo que a esmerada posição doutrinária quer fazer crer que, dentro de uma estrutura "*de rede regionalizada e hierarquizada*" (cf. *art. 198 da CF*) a responsabilidade pelo fornecimento direto de medicamentos ao cidadão que dela necessitasse ficaria a cargo exclusivo do Município, que seria, então, o único detentor de competência para isso.

Só que essa leitura, *data venia* do entendimento dos que pensam assim, desconsidera os preceitos basilares sobre o qual o sistema de saúde se assenta, mormente aquele que atribui *aos três entes federados a competência para prover a saúde da população.*

Se há negligência no fornecimento de medicamentos por parte de uma entidade da federação, seja ela qual for, não pode a outra se escudar em razões de competência administrativa para deixar de cumprir o comando constitucional, relegando o cidadão ao desamparo.

No ponto, vale o recurso à lição do emérito jurista IVES GANDRA DA SILVA MARTINS:

> (...) o ser humano é a única razão do Estado. O Estado está conformado para servi-lo, como instrumento por ele criado com tal finalidade. Nenhuma construção artificial, todavia, pode prevalecer sobre os seus inalienáveis direitos e liberdades, posto que o Estado é um meio de realização do ser humano e não um fim em si mesmo.
> ("Caderno de Direito Natural – Lei Positiva e Lei Natural", nº 1, 1ª edição, Centro de Estudos Jurídicos do Pará, 1985, p. 27).

Por outro lado, em tema de interpretação da legislação infraconstitucional, deve sempre

se ter a lição do eminente jurisconsulto português J.J. GOMES CANOTILHO, que, na análise propedêutica que realiza sobre a normatividade constitucional, extrai do texto da Constituição, uma força normativa, isto é, um vetor interpretativo da ordem jurídica a partir do qual todas as demais regras do ordenamento devem ser interpretadas.

Citando o aclamado mestre lusitano, ALEXANDRE DE MORAES ensina que esse princípio cardeal da interpretação consiste no seguinte:

> (princípio) da força normativa da Constituição: entre as interpretações possíveis deve ser adotada a que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais. [Direito Constitucional, 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 45].

Sendo dessa forma, ainda que hipoteticamente se pudesse conceber uma dupla interpretação para os textos regulativos do sistema de prestação e conservação de saúde pública, uma reforçada visão constitucional sobre o tema excluiria a exegese que leva a uma repartição rígida de competências, que privilegia a mentalidade burocrática do Estado em detrimento do cidadão.

Nesse sentido também, a posição externada por RICARDO NAKAHIRA, Eminente Procurador da República, que, sobre o tema, assim enfoca esta delicada questão, *verbis*:

> A negativa ou a omissão do Estado em prestar atendimento à população carente, que não possui, por exemplo, meios para a compra de medicamentos necessários à sua sobrevivência é prática ilegal, e a jurisprudência vem se fortalecendo no sentido de emitir preceitos pelos quais os necessitados podem alcançar o benefício almejado.

Nessa esteira, tendo em vista da primazia do direito à vida, sem o qual, os demais valores socialmente reconhecidos não têm o menor proveito, e ainda, face às particularidades do caso em exame, imprescindível que se interprete a lei da forma mais humana possível, cabendo ao Administrador Público - entendido este como responsabilidade solidária de proporcionar o acesso aos medicamentos de caráter essencial, os quais se configuram em *mínimo existencial*, à sobrevida do indivíduo.

A disponibilização de medicamentos no limite mínimo, deixa de ser questão meramente discricionária do ente público, sujeitando-se, nos termos da Carta Magna em vigor, aos ditames judiciais.

DO CASO CONCRETO. PECULIARIDADES. DOENÇA REFRATÁRIA AO TRATAMENTO CONVENCIONAL. NECESSIDADE DO MEDICAMENTO IMPORTADO.

No que se refere ao delicado tema trazido à cognição por meio da presente demanda, há que se considerar, por outro lado, a extensão dos direitos fundamentais aqui em jogo, não sendo recomendável deferir a outorga indiscriminada de toda e qualquer pretensão desta natureza ao sabor de preferências pessoais de médicos e pacientes por este ou aquele fármaco ou tratamento.

Por isto mesmo é que, em relação a este tema específico, venho entendendo – em diversos casos análogos que se processaram perante esta Subseção Judiciária – que o cidadão terá direito ao tratamento de saúde ou à administração do medicamento homologado e autorizado pelas autoridades sanitárias e de saúde pública do País, e que, em tese, deveriam ser disponíveis em todas as unidades de atendimento de saúde do País. Ou, por outras palavras: a pessoa tem direito – e o Estado o co-respectivo dever – de receber o tratamento de saúde que, em tese, deveria estar disponível na rede de atendimento oficial do SUS. Qualquer outro tratamento médico de saúde, que não o oficial, não integra o plexo de direitos subjetivos do cidadão nesta

área, não cabendo impor ao Estado, às custas do erário, um outro tratamento, possivelmente mais caro, e com eficácia análoga à daquele que ele já dispensa à população por meio da rede pública de atendimento à saúde.

Ocorre que *este caso concreto*, especificamente, incorpora uma dificuldade que justifica o abrandamento desse posicionamento, para admitir, pela excepcionalidade, o recurso à medida extrema que ora se pleiteia. A paciente em causa já se submeteu, sem sucesso, a todos os protocolos de tratamento oficiais para a contenção da doença, que, por ter se mostrado extremamente renitente, refratária à técnica curativa empregada, não deixa qualquer outra margem de escolha à pessoa, que não o emprego da medicação que aqui se solicita.

Quanto a este aspecto, observo que a real necessidade da subministração da droga pretendida foi seguramente comprovada a partir das avaliações clínicas do caso da paciente levadas a cabo por especialistas, e que relatam que a mesma já se submeteu a todos os protocolos médicos de tratamento hoje em voga no Brasil, anotando agravamento – ou senão, pelo menos ausência de melhora significativa – do quadro patológico instaurado. Neste particular, colho do substancioso laudo pericial elaborado no curso da instrução do presente feito, no qual a MD. *Expert* Judicial aqui atuante, *Dra. Ana Lúcia Coradazzi* (CRM n. 87.242), que explicita que, *verbis* (*fls. 320*):

> *Não há terapia específica disponível no SUS para tratamento da HPN e que mude a história natural e as complicações trombóticas associadas. Há apenas tratamentos de suporte, ou seja, que podem melhorar temporariamente os sintomas causados pela anemia*. São eles: uso de corticosteroides, uso de moduladores hormonais (por ex. Oximetolona), transfusões sanguíneas e anticoagulação. *A paciente em questão já fez uso de todas essas opções disponíveis no SUS* (g.n.).

Para, ao final, concluir (fls. 322) que, *verbis*:

> Diante da sintomatologia importante decorrente da HPN, associada às complicações apresentadas, *a única opção terapêutica disponível para a paciente é o medicamento ECULIZUMAB*, que já vem sendo administrado à paciente nos últimos 6 meses, *com melhora significativa da sintomatologia e redução da necessidade transfusional. Do meu ponto de vista, tanto o diagnóstico quanto a indicação da medicação estão corretos e não existe outra opção de tratamento disponível para esta situação* (g.n.).

E que, embora ainda não seja fármaco registrado pela ANVISA (fls. 321), *verbis*:

> (...) existe comprovação científica em grandes estudos internacionais randomizados que compararam Soliris® com tratamento de suporte. Esses estudos já foram concluídos e permitiram a aprovação dessa medicação nos EUA e na Europa (g.n.).

Conclusões técnicas estas que não foram especificamente infirmadas pela manifestação incidental da ré (fls. 327/328), em que se limita a enaltecer os efeitos colaterais indesejáveis da administração dessa droga, bem assim o elevado custo do medicamento para os cofres públicos.

Certo que, na esteira daquilo que bem argumenta a União em sua contestação, não se vai deferir à requerente o acesso a uma medicação que importa, como explicitado com certa ênfase pelo ente público, um custo elevadíssimo, sem a demonstração cabal de sua eficácia terapêutica. Bem por isso é que o juízo, em sede liminar, procurou se acautelar quanto a esta

questão, exigindo complementação de documentos, e relatórios médicos mais atualizados para melhor subsidiar a convicção acerca da necessidade do fármaco, circunstância essa que, nada obstante, restou superada não apenas pela decisão de Superior Instância, que deferiu a medida de urgência, bem assim pela superveniência do minucioso exame pericial a que se submeteu o caso ora em julgamento, em que – como visto – ficou constatada a melhora para a saúde da paciente.

Aliás, no que se refere à eficácia do tratamento em questão, figura-se, a partir do quanto já se anotou, ser a única esperança, senão de cura, ao menos de mitigação do avanço da moléstia, em face do quadro atual da acometida, de sorte que reputo plenamente comprovados, na esteira da farta documentação que foi gerada a partir da instrução que aqui se instaurou, não apenas a necessidade do pleiteante, bem como a eficácia do medicamento aqui em questão.

O fato de se tratar de medicamento importado, possivelmente ainda não registrado perante autoridade sanitária brasileira, não deve servir de empeço à concessão da medida, porquanto se mostra induvidosa a gravidade do estado de saúde da paciente, bem assim a demonstração de que o único medicamento que, no momento, é possível para uma tentativa de tratamento é o emprego do fármaco pleiteado em lide. Nesse sentido, pedagógico precedente firmado no âmbito do E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO, que assim decidiu:

> Processo : AG AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO
> Relator(a): DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA
> Sigla do órgão: TRF1
> Órgão julgador: QUINTA TURMA
> Fonte: e-DJF1 DATA:27/04/2012 PAGINA:1085
> Decisão
> A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento.
> Ementa
> AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. TRATAMENTO DE HEMOGLOBINÚRIA PAROXÍSTICA NOTURNA - HPN. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS. DEVER DO ESTADO. DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 198). LEI 8.080/90, art. 2º. MEDICAMENTO IMPORTADO SEM REGISTRO DA ANVISA. POSSIBILIDADE DE CUSTEIO.
> "1. Sendo o Sistema Único de Saúde (SUS) composto pela União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, impõe-se o reconhecimento da responsabilidade solidária dos aludidos entes federativos, de modo que qualquer um deles tem legitimidade para figurar no pólo passivo das demandas que objetivam assegurar o acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros". (Recurso Especial nº 674803/RJ, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 15.02.2007, DJ 06.03.2007 p. 251).
> 2. O direito à saúde está garantido na Constituição Federal (arts. 196 e 198) e a Lei 8.080, de 19.09.1990, é explícita ao estabelecer o dever do Estado de prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício (art. 2º).
> 3. No caso dos autos, consta que a agravada é portadora de grave e rara doença denominada Hemoglobinúria Paroxística Noturna - HPN, a qual ataca o sangue ao causar a decomposição acentuada dos glóbulos vermelhos, causando, entre outras consequências, anemia, trombose e urina escura, bem como que existe medicação específica para combater a doença - "Eculizumab - Soliris" - somente encontrada no exterior, com elevado custo, não registrada na ANVISA e sem distribuição pelo Sistema Único de Saúde.
> *4. A despeito da vigência de regra que condiciona a comercialização de um medicamento à prévia realização de seu registro na ANVISA, tal norma deve ser excepcionalmente afastada diante de casos como o dos autos, em que se tem por inequívoca a precariedade do estado de saúde da paciente agravada, bem como ante a configuração de situação em que o único*

tratamento viável é a utilização do medicamento pleiteado in casu, conforme se deduz dos autos, tendo sido demonstrado que a cura imediata da patologia só poderia advir por meio do transplante de medula óssea, não tendo sido encontrado, contudo, doadores de medula compatível com a da agravada até o momento, não lhe restando outra via senão a do tratamento vindicado.
5. Cite-se, a propósito, julgado desta Corte em caso semelhante: "No caso específico do medicamento Soliris (Eculizumabe), o STF, na Rcl n. 497-AgR, observou que, de acordo com estudos científicos apresentados, o fármaco 'é o único medicamento eficaz disponível para o tratamento clínico da Hemoglobinúria Paroxística Noturna', tendo a Anvisa informado que o medicamento Soliris 'não é comercializado no Brasil e que não há nenhum outro medicamento registrado que contenha em sua formulação a substância eculizumabe'; e que 'o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo suficiente para caracterizar a ocorrência de grave lesão à economia e à saúde públicas, visto que a Política Pública de Dispensação de Medicamentos excepcionais tem por objetivo contemplar o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis'." (AGRSLT 0068834-07.2011.4.01.0000/DF; Rel. Desembargador Federal Olindo Menezes; Corte Especial; e-DJF1 p.10 de 17/02/2012).
6. Ao Poder Público incumbe o dever de garantir a observância desse direito público subjetivo, por meio de políticas públicas que visem à proteção e recuperação da saúde, nas quais se incluem os programas de fornecimento de medicamentos/tratamentos aos necessitados, sejam eles de alto custo ou não.
7. Agravo de instrumento da União improvido (grifei).
Data da Decisão: 28/03/2012
Data da Publicação: 27/04/2012

No caso dos autos, pelos documentos, laudo e exames juntados, constata-se a incontestável gravidade da moléstia que acomete a paciente, bem como a sua total impossibilidade de custeio de todos os medicamentos necessários ao seu tratamento, sem os quais sua vida estará inegavelmente ameaçada.

A escolha que se posta, no caso, perante o Julgador é efetivamente *dotada de inegável carga de gravidade*, na medida em que o indeferimento daquilo que aqui se pleiteia importa sério risco à própria sobrevivência da paciente.

É de rigor, por tais motivos, a concessão do pleito inicial.

Por seu turno, o medicamento deverá fornecido à paciente na quantidade adequada ao tratamento integral de sua moléstia, pelo tempo e nas dosagens que se façam necessárias, *sem qualquer limitação de quantidade ou valor*, mediante simples requisição da requerente, embasado em parecer fundamentado do médico assistente, a ser executado através de carta de sentença. E isto porque, consoante ficou claro daquilo que se recolheu em instrução, não é possível definir, cientificamente, qual a quantidade total de medicamento será necessária, tendo em vista a – ao que tudo indica – sempre presente possibilidade de recidiva da moléstia (cf. resposta ao quesito n. 7, fls. 321).

É procedente, integralmente, a pretensão inicial.

DISPOSITIVO

Isto posto, e considerando o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE o pedido inicial, com resolução do mérito da lide, na forma do que dispõe o art. 487, I do CPC, confirmada, em seus ulteriores termos, a antecipação dos efeitos da tutela de fls. 238/245. CONDENO a ré (UNIÃO FEDERAL) a que forneça à autora (MARIA JOSÉ CHAGAS DE OLIVEIRA), qualificada nos autos, o medicamento indicado na inicial [Eculizumab Soliris®], na dosagem necessária ao tratamento da sua doença, sem quaisquer limitações de tempo

ou quantidade, nos termos desta sentença. Sempre que intimada para tal fim, a ré deverá disponibilizar o medicamento, em favor da paciente, num prazo máximo de 10 dias, a contar da data da intimação da respectiva decisão, pena de incidência das astreintes já cominadas na decisão de antecipação de efeitos da tutela (fls. 238/245), sem prejuízo da adoção de outras que vierem a se fazer necessárias ao escorreito cumprimento do direito constante do título judicial.

Sem condenação no reembolso de custas e despesas processuais, tendo em vista que a autora não as adiantou em razão do benefício da Assistência Judiciária (fls. 155). Arcará a ré, vencida, com honorários de advogado que, com fulcro no que dispõe o art. 85, § 2º, I do CPC, estipulo em 10% sobre o valor inicialmente atribuído à causa (R$ 100.000,00, cf. fls. 34).

Ciência, por ofício, dessa decisão ao Eminente Desembargador Federal Relator do agravo de instrumento aqui noticiado.

Sujeito a reexame necessário.

P.R.I.

Botucatu, _____ de março de 2017.

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE

AÇÃO PENAL
0009404-97.2016.4.03.6110

Autora: JUSTIÇA PÚBLICA
Réus: JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR E LEANDRO GONÇALVES DA SILVA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA CRIMINAL DE SOROCABA - SP
Juíza Federal: SYLVIA MARLENE DE CASTRO FIGUEIREDO
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/06/2017

RELATÓRIO

Vistos e examinados os autos.

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ofereceu denúncia em face de JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR, brasileiro, casado, motorista, filho de Jorge da Silva Querino e Valquiria Ferreira Paiva Querino, nascido aos 16/09/1980 em Santos/SP, portador do documento de identidade sob R.G. nº 34451709 SSP/SP, residente na Rua Jardel Filho, 251, fundos, São Vicente/SP, atualmente preso e recolhido no Centro de Detenção Provisória de Diadema/SP, e LEANDRO GONÇALVES DA SILVA, brasileiro, casado, motorista, filho de Ivo Gonçalves da Silva e Maria Aparecida da Silva, nascido aos 14/02/1989 em São Paulo/SP, portador do documento de identidade sob R.G. nº 10745919 SEPS/PR, residente na Rua Monsenhor Tanaka, 300, bloco 18, apto. 34, Maringá/PR, atualmente preso e recolhido no Centro de Detenção Provisória de Mirandópolis I/SP, imputando-lhes a prática dos delitos tipificados no artigo 33, *caput* e artigo 35, combinados com o artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, e artigo 183 da Lei nº 9.472/97, na forma dos artigos 29 e 69 do Código Penal, sob o fundamento de que os acusados importaram, transportaram, guardaram e trouxeram consigo 2.400 quilos de maconha, bem como se associaram, com ânimo de estabilidade, para o fim de praticar, reiteradamente, o crime de tráfico transnacional de entorpecentes, além do que desenvolveram clandestinamente atividade de telecomunicação, mediante a utilização de aparelhos eletrônicos transmissores de sinal de rádio, em comunhão de esforços e unidade de desígnios (fls. 149/153).

Narra a denúncia que, no dia 05 de outubro de 2016, por volta das 13 horas e 30 minutos, no quilômetro 111 da Rodovia Raposo Tavares, SP 270, Araçoiaba da Serra, SP, os réus importaram, transportaram, guardaram e trouxeram consigo drogas em desacordo com determinação legal.

Segundo a peça acusatória, na ocasião, Policiais Militares, em fiscalização de rotina, abordaram duas carretas, uma de placas ATP-2081, com os reboques AUB-9345 e AUB-9451, conduzida por LEANDRO GONÇALVES DA SILVA, sem carga, e outra de placas NBL-5476 com o semirreboque de placas HTS-8778, conduzida por JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR, carregada com uma carga de açúcar a granel.

Prossegue o órgão ministerial relatando que, na abordagem inicial, LEANDRO GONÇALVES DA SILVA afirmou aos policiais que estava vindo de Mato Grosso do Sul com destino a Santos, SP, o que chamou a atenção dos servidores públicos, pois a carreta estava vazia e com os eixos suspensos, em trajeto no qual as carretas comumente estão carregadas para o desembarque no porto de Santos.

Assevera o *Parquet* Federal que, após, ao notar que a carreta conduzida por LEANDRO GONÇALVES DA SILVA, que seguia viagem à frente, havia sido abordada pelos policiais, JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR deslocou-se até o meio-fio, diminuiu a velocidade e chegou a parar por alguns instantes antes de atravessar a praça de pedágio, o que motivou também

a sua abordagem pelos policiais diante da suspeita de ambos estarem viajando em conjunto.

Consta da denúncia que, durante vistoria realizada no posto da Polícia Militar localizado no quilômetro 110 da referida rodovia, os policiais militares, com o auxílio de um cão farejador, localizaram de forma oculta, sob a carga de açúcar, na carreta de placas NLB-5476 com o semirreboque de placas HTS-8778, conduzida por JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR, diversos tabletes totalizando a quantia aproximada de 2.400 Kg da substância conhecida como "maconha", sendo que LEANDRO GONÇALVES DA SILVA e JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR efetuavam o transporte da droga em conjunto, com destino à cidade de Santos, SP, e receberiam a quantia de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

De acordo com a peça acusatória, a natureza da droga foi constatada por laudo preliminar e que, em razão da expressiva quantidade de droga encontrada, de ordinário não produzida em território nacional, aliada ao fato de o local de origem do transporte ser próximo ao Paraguai (cidade fronteiriça de Ponta Porã, MS), além de ambos os réus indicarem que estavam se dirigindo ao porto de Santos, SP, indicam a transnacionalidade da conduta.

Afirma, ainda, o *Parquet* Federal que os réus associaram-se para o fim de praticar, reiteradamente, o crime previsto no artigo 33, *caput*, na forma do artigo 40, I, ambos da Lei nº 11.343/06, afirmando que a estabilidade decorre da elevada quantidade da droga apreendida, de sua origem, da forma como estava oculta no veículo, da presença de outra carreta como "batedor", da utilização de rádios comunicadores entre os veículos e da elevada quantia que receberiam.

Ademais, segundo a denúncia, em laudo pericial realizado nos aparelhos celulares apreendidos em poder dos réus, além de o número de JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR constar como contato de LEANDRO GOLÇALVES DA SILVA, foram identificados outros 15 elos entre os dois aparelhos, sendo que ao menos dois deles se tratam de contatos registrados com a sigla "PRG", com números registrados com o DDI do Paraguai (595), que mantinham contatos desde período anterior à referida apreensão.

Finaliza o órgão ministerial narrando que, na mesma data, foram localizados no interior de ambos os caminhões rádios comunicadores do tipo PX/PY, sendo que os réus não possuíam à época autorização do órgão competente para utilizá-los.

Auto de prisão em flagrante foi lavrado pela Delegacia de Polícia Federal de Sorocaba, SP (fls. 02/19).

Após a lavratura do auto de prisão em flagrante, a ocorrência foi comunicada e encaminhada para a Justiça Estadual da Comarca de Sorocaba, SP, sendo distribuída para a 2ª Vara Criminal de Sorocaba, SP, sob o nº 0022422-50.2016.8.26.0602, conforme fls. 03/04 dos autos nº 0009327-88.2016.403.6110, em apenso.

No entanto, este Juízo avocou os autos nº 0022422-50.2016.8.26.0602 perante a 2ª Vara Ciminal da Comarca de Sorocaba, SP, tendo em vista os elementos probatórios no sentido do cometimento do crime de desenvolvimento clandestino de atividades de telecomunicação, bem como em razão da probabilidade de que o tráfico de drogas apurado seja acompanhado da caracterísitca da transnacionalidade (cópia de fls. 76).

O Laudo de Perícia Criminal Federal (Preliminar de Constatação) encontra-se acostado aos autos às fls. 21/23, o laudo definitivo de perícia química forense foi juntado às fls. 48/53 (Laudo nº 4521/2016 – NUCRIM/SETEC/SR/PF/SP) e o Laudo de Perícia Criminal Federal (Informática), às fls. 55/63 dos autos.

O Ministério Público Federal requereu a decretação das prisões preventivas dos réus, bem

como que fosse determinada à autoridade policial a realização da verificação se o destino da carga de açúcar e, consequentemente, da droga apreendida, era o Porto de Santos, consoante cópia da manifestação acostada às fls. 78/79.

Por decisão cuja cópia encontra-se colacionada às fls. 80, este Juízo ratificou os atos praticados pelo Juízo estadual e converteu a prisão em flagrante em desfavor dos réus Jorge da Silva Querino Junior e Leandro Gonçalves da Silva em prisão preventiva, além do que requisitou à autoridade policial o cumprimento das diligências solicitadas pelo Ministério Público Federal às fls. 59/60.

A audiência de Custódia foi realizada, nos termos do que determina do Conselho Nacional de Justiça, consoante Termo de Audiência de fls. 91/92, oportunidade em que foi indeferido o pedido de revogação da prisão preventiva e a concessão de liberdade provisória, mantendo-se a custódia cautelar (fls. 93/95).

Os Laudos de Perícia Criminal Federal – Veículos e Eletroeletrônicos encontram-se acostados às fls. 133/140 e 177/184 (Laudos nº 029/2017 e 047/2017-UTEC/DPF/SOD/SP) e fls. 141/144 e 187/189 (Laudos nº 031/2017 e 051/2017-UTEC/DPF/SOD/SP), respectivamente.

Notificados (fls. 192vº e 196), os réus Jorge da Silva Querino Junior (por meio da Defensoria Pública da União) e Leandro Gonçalves da Silva (através de defensor constituído) apresentaram as defesas preliminares de fls. 200 e 228/236, respectivamente. O primeiro réu arrolou as mesmas testemunhas da acusação e o segundo réu arrolou três testemunhas.

Nos termos do § 4º do artigo 55 da Lei nº 11.343/06 a denúncia foi recebida em 11 de Abril de 2017, conforme decisão de fls. 238, sendo designada data para audiência de oitiva de testemunhas e interrogatório dos acusados.

Na audiência realizada no dia 25 de Abril de 2017 (fls. 271/273), foram ouvidas as testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa do réu Jorge, a saber, Carlos Alberto de Araujo Carvalho e Aeliton Bueno da Silva (fls. 274/275). A defesa do réu Leandro desistiu da oitiva das testemunhas Ricardo Alves Montrazzi, Marcilene Rodrigues dos Santos e Vlaudinei Cardoso Machado, o que foi homologado por este Juízo (fls. 272). Os réus Leandro Gonçalves da Silva e Jorge da Silva Querino Junior foram interrogados (fls. 276/277).

Às fls. 278 foi juntada a mídia (CD) contendo os registros dos depoimentos das testemunhas de acusação e de defesa do réu Jorge e do interrogatório dos réus, que foram feitos por meio de sistema de gravação digital audiovisual, nos termos do artigo 405, §§ 1º e 2º do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.719/08.

Na fase do artigo 402, o Ministério Público Federal e as defesas dos réus nada requereram (fls. 272).

Em sede de alegações finais, o Ministério Público Federal, conforme fls. 282/284, pediu a condenação dos acusados JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR e LEANDRO GONÇALVES DA SILVA nas penas do artigo 33, "*caput*" e do artigo 35, combinados com o artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, e artigo 183, da Lei nº 9.472/1997, por entender que restou comprovada a materialidade e a autoria dos fatos imputados. No que se refere à dosimetria da pena, requereu o agravamento da pena diante do fato de que o crime envolveu uma expressiva quantidade de droga e em razão do cometimento do crime com o fim de receber recompensa financeira, nos termos do artigo 42, da Lei nº 11.343/06 e artigo 62, inciso IV, do Código Penal. Além disso, em relação ao réu Leandro Gonçalves da Silva, pleiteou o agravamento da pena em razão da reincidência, conforme previsto no artigo 63 do Código Penal.

A defesa do réu JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR apresentou as alegações finais de

fls. 288/307. Requereu a absolvição do réu com relação ao crime previsto no artigo 183 da Lei nº 9.472/97, em face da absoluta impropriedade do meio, visto que o aparelho de rádio não estava funcionando. Argumentou, não obstante, que a conduta perpetrada pelo autor corresponde à utilização de radiodifusão do artigo 70 da Lei nº 4.117/62 e não do artigo 183 da Lei nº 9.472/97, de modo que postulou pela desclassificação do crime e devolução dos autos ao Ministério Público Federal para a emenda da denúncia e suspensão condicional do processo. Aduziu, outrossim, que a conduta é materialmente atípica, pois insignificante no que tange à potencialidade lesiva, na medida em que, se o aparelho estivesse em funcionamento, teria potência máxima de 8 Watts, incapaz de interferir em qualquer sistema de telecomunicações. Ainda, argumentou que o réu desconhecia a necessidade de autorização para utilização do equipamento, incidindo em erro de proibição escusável, pois não poderia imaginar que seria ilícita a manutenção do aparelho de rádio no caminhão. No tocante ao crime de tráfico de entorpecentes, suscitou a incompetência da Justiça Federal para julgar a causa, por não vislumbrar a transnacionalidade do delito. Subsidiariamente, sustentou que o réu agiu em estado de necessidade, uma vez que passava por dificuldades financeiras. Quanto ao delito previsto no artigo 35 da Lei nº 11.343/06, alegou que o réu não possuía vínculos permanentes e estáveis com o corréu, pelo que requereu a absolvição do crime de associação para o tráfico. Em caso de condenação, pleiteou a fixação da pena-base no mínimo legal, o acolhimento da atenuante da confissão e a não aplicação da agravante da promessa de recompensa. Requereu que, se reconhecida a transnacionalidade do delito, que o aumento da pena fique restrito a um sexto; a diminuição da pena em dois terços, tendo em vista o estado de necessidade; a diminuição da pena em dois terços em decorrência da aplicação do disposto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06; a fixação do regime inicial para cumprimento da pena conforme o artigo 33 do Código Penal e artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, com fulcro no artigo 44 do Código Penal.

Por sua vez, a defesa do réu LEANDRO GONÇALVES DA SILVA ofertou as alegações finais de fls. 316/324. Preliminarmente, arguiu a incompetência material da Justiça Federal, ao argumento de que não ficou evidenciada a transnacionalidade do delito. No mérito, sustentou que não ficou caracterizado o delito capitulado no artigo 183 da Lei nº 9.472/97, pois é necessário que o risco seja concreto e o dano devidamente configurado. Alegou, ademais, que o acusado não tinha conhecimento do caráter ilícito de sua conduta, requerendo a aplicação dos artigos 20 e 21 do Código Penal. No que tange aos delitos previstos nos artigos 33 e 35 da Lei nº 11.343/06, afirmou que não há prova nos autos da autoria do acusado, salientando que o réu Jorge assumiu total responsabilidade pelas drogas que transportava. Alegou que não ficou demonstrado o animus associativo, a estabilidade e a permanência entre os acusados para a configuração da associação para o tráfico. Ao final, requereu a absolvição do réu de todas as acusações imputadas na denúncia.

Certidões de antecedentes e distribuições criminais em apenso aos autos.

É o breve relatório. Passo a fundamentar e a decidir.

MOTIVAÇÃO

A imputação que recai sobre os acusados JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR e LEANDRO GONÇALVES DA SILVA é a de que teriam praticado a conduta descrita nos artigos 33, "caput" e 35, combinados com o artigo 40, incisos I, todos da Lei nº 11.343/2006, e artigo 183 da Lei nº 9.472/97, na forma dos artigos 29 e 69 do Código Penal, porque, segundo a denúncia, os acusados importaram, transportaram, guardaram e trouxeram consigo a quantidade de 2.400 (dois mil e quatrocentos) quilos de maconha, bem como se associaram, com ânimo

de estabilidade, para o fim de praticar, reiteradamente, o crime de tráfico transnacional de entorpecentes, além do que desenvolveram clandestinamente atividade de telecomunicação, mediante a utilização de aparelhos eletrônicos transmissores de sinal de rádio, em comunhão de esforços e unidade de desígnios.

EM PRELIMINAR

Sustentam as defesas dos réus Jorge da Silva Querino Junior e Leandro Gonçalves da Silva, preliminarmente, a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o feito, sob o fundamento de que não há provas da transnacionalidade do delito.

No entanto, não merece prosperar a tese da defesa, uma vez que a competência da Justiça Federal para processamento do feito resta devidamente comprovada, conforme se extrai do conjunto probatório dos autos, notadamente pela expressiva quantidade de droga encontrada em poder dos acusados, aliada ao fato de o local de origem do transporte ser uma cidade do Mato Grosso do Sul, de acordo com os depoimentos ofertados pelas testemunhas e interrogatório dos réus, além de ambos os acusados indicarem que estavam se dirigindo ao porto de Santos/SP.

A esse respeito, anote-se que os réus afirmaram, em interrogatório judicial, que a viagem originou-se em Mato Grosso do Sul, estado cuja divisa territorial, notoriamente, é local de internalização de drogas no território nacional, que, acrescido ao fato de ter sido encontrada enorme quantidade da substância entorpecente "maconha" (mais de duas toneladas), a qual, sabidamente, não é produzida no território nacional, indica ser caso de internalização primária da droga, que ainda não havia sido distribuída no território nacional, tendo sido interceptada quando de seu direcionamento ao porto de Santos/SP, de onde, muito provavelmente, seria exportada para outro País.

Ademais, registre-se que existem outras provas que comprovam o elo entre os acusados e o território Paraguaio.

Com efeito, em perícia realizada nos aparelhos de telefonia móvel apreendidos em poder dos réus (fls. 55/62 e mídia de fls. 63), além de o número de Jorge da Silva Querino Junior constar como contato de Leandro Gonçalves da Silva, foram identificados outros 15 registros de contatos em comum entre os dois aparelhos, sendo que ao menos dois deles se tratam de contatos registrados com a sigla "PGR", com números de telefones com o DDI do Paraguai (595), que mantinham contatos desde período anterior à referida apreensão.

Cumpre destacar, ainda, que, embora os réus Leandro e Jorge residam, respectivamente, nos municípios de Maringá/PR e São Vicente/SP, foram aprendidos com ambos os acusados aparelhos celulares com o DDD 67, de Mato Grosso do Sul, sendo que o réu Jorge afirmou, em seu interrogatório judicial, que o número de seu telefone era de Ponta Porã, cidade esta que faz divisa com o Paraguai.

Ressalte-se que, para a configuração do tráfico transnacional de entorpecentes, basta a introdução da substância oriunda do estrangeiro em território brasileiro. O fato de os acusados terem sido presos com a substância entorpecente em território brasileiro não descaracteriza o tráfico transnacional porque este delito é considerado crime permanente cuja consumação de protrai no tempo.

Assim, neste caso não há dúvidas de que o transporte desde o território estrangeiro até o local da apreensão na cidade de Araçoiaba da Serra não sofreu interrupções, até porque a droga foi escamoteada sob a carga de açúcar a granel no caminhão, em local de difícil acesso.

Portanto, analisando-se as provas produzidas, tem-se a conclusão de que a droga veio do Paraguai, evidenciando-se a transnacionalidade do delito, motivo pelo qual não há que se

falar em incompetência da Justiça Federal para processamento do feito.

Destarte, afasto a preliminar arguida pela defesa.

NO MÉRITO

I) DO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES:

Inicialmente, registre-se que a denúncia formulada pelo Ministério Público Federal descreve conduta típica que se subsume àquela de tráfico internacional de drogas. Assim, cabe à Justiça Federal, nos termos do artigo 109, inciso V, da Constituição Federal julgar o feito, posto que a imputação é relativa a cometimento de crime previsto em tratado internacional, cujo início da execução teria ocorrido em território estrangeiro, com posterior internação no Brasil.

Anote-se, outrossim, que o crime de tráfico internacional de drogas em tela está em conexão com a prática do delito de desenvolvimento clandestino de atividade de telecomunicação (artigo 183 da Lei nº 9.72/97), do que também se extrai a competência da Justiça Federal, na forma preconizada pelo artigo 109, inciso IV, da Carta Magna.

1) ANÁLISE DO TIPO PENAL:

Anote-se que o fato material praticado pelos acusados amolda-se com propriedade aos elementos constantes da Lei Penal. Neste passo, cumpre analisar os quatro elementos do fato típico:

a) Conduta dolosa

Os acusados JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR e LEANDRO GONÇALVES DA SILVA, em união de esforços e unidade de desígnios, importaram, transportaram, guardaram e trouxeram consigo 2.400 Kg (dois mil e quatrocentos quilogramas) da substância entorpecente conhecida como "maconha", em desacordo com determinação legal, sendo que a procedência do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciaram a transnacionalidade do crime.

A conduta dolosa dos réus vem descrita na peça acusatória, segundo a qual, no dia 05 de outubro de 2016, na Rodovia Raposo Tavares, no Km 111, em Araçoiaba da Serra, SP, na praça de pedágio, Policiais Militares abordaram duas carretas, uma de placas ATP-2081, com os reboques AUB-9345 e AUB-9451, conduzida por LEANDRO GONÇALVES DA SILVA, sem carga, e outra de placas NLB-5476 com o semirreboque de placas HTS-8778, conduzida por JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR, carregada com uma carga de açúcar a granel e, de forma oculta, inúmeros pacotes da substância popularmente conhecida como "maconha".

Ainda consta da denúncia que, na ocasião, identificou-se que ambos os réus viajavam em comboio, sendo que LEANDRO GOLÇALVES DA SILVA conduzia a carreta de placas ATP-2081 à frente, exercendo a função popularmente conhecida como "batedor", enquanto JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR conduzia a carreta onde estava depositada a droga.

b) Resultado

Não obstante o crime de tráfico de entorpecente seja considerado pela doutrina como um crime formal, ou seja, que não exige para sua configuração um resultado naturalístico, o delito perpetrado pelos acusados ofendeu bem jurídico tutelado, a saúde pública, já que a substância "maconha", cujo uso é proscrito no Brasil, é reconhecidamente danosa ao ser humano.

c) Nexo de Causalidade

O amplo conjunto probatório amealhado e produzido durante a instrução processual permite concluir, sem sombra de dúvidas, o liame existente entre a conduta dos réus e o resultado juridicamente protegido.

d) Tipicidade

A subsunção da conduta perpetrada pelos acusados amolda-se perfeitamente ao delito capitulado pelo artigo 33, *caput* e artigo 40, inciso I, ambos da Lei 11.343/06.

1.1) EXAME DAS CAUSAS EXCLUDENTES DE TIPICIDADE:

As causas excludentes de tipicidade, quais sejam, coação física, crime impossível, erro de tipo e força maior, encontram-se ausentes, como passa a ser exposto.

1.2) DA MATERIALIDADE DELITIVA:

Passo a examinar, agora, a materialidade delitiva do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, previsto no art. 33, da Lei nº 11.343/06.

Efetivamente, a materialidade do delito em tela resta comprovada, posto que, conforme Laudo de Perícia Criminal Federal (Química Forense), realizado pelos peritos criminais às fls. 48/53 dos autos, está atestado que os testes realizados no material vegetal seco resultaram positivos para a substância tetraidrocanabinol (THC), popularmente conhecida como "maconha". O THC (tetrahidrocanabinol) - princípio ativo encontrado na espécie *cannabis sativa Linneu* (maconha) é substância de uso proscrito no Brasil, capaz de causar dependência física e/ou psíquica, de acordo com a Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998, republicada no D.O.U. em 01/02/1999.

Comprovada a materialidade delitiva do delito sob análise, resta perquirir acerca da autoria.

1.3) DA AUTORIA DELITIVA:

Da análise do conjunto probatório que instrui o presente feito, notadamente o Auto de Prisão em Flagrante e os depoimentos colacionados nos autos, constata-se que resta comprovada a autoria dos acusados pela prática do crime definido no artigo 33, "*caput*", e artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, como passa a ser exposto.

Verifica-se dos autos que, no dia 05 de outubro de 2016, por volta das 13 horas e 30 minutos, no quilômetro 111 da Rodovia Raposo Tavares, SP 270, em Araçoiaba da Serra, SP, Policiais Militares, em fiscalização de rotina, abordaram duas carretas, uma de placas ATP-2081, com os reboques AUB-9345 e AUB-9451, conduzida por LEANDRO GONÇALVES DA SILVA, sem carga, e outra de placas NBL-5476 com o semirreboque de placas HTS-8778, conduzida por JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR, carregada com uma carga de açúcar a granel.

Consta que, na abordagem inicial, LEANDRO GONÇALVES DA SILVA afirmou aos policiais que estava vindo de Mato Grosso do Sul com destino a Santos, SP, o que chamou a atenção, pois a carreta estava vazia e com os eixos suspensos, em trajeto no qual as carretas comumente estão carregadas para o desembarque no porto de Santos.

Após, ao notar que a carreta conduzida por LEANDRO GONÇALVES DA SILVA, que seguia viagem à frente, havia sido abordada pelos policiais, JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR deslocou-se até o meio-fio, diminuiu a velocidade e chegou a parar por alguns instantes antes de atravessar a praça de pedágio, o que motivou também a sua abordagem pelos policiais diante da suspeita de ambos estarem viajando em conjunto.

Durante vistoria, realizada no posto da Polícia Militar, localizado no quilômetro 110 da referida rodovia, os policiais militares, com o auxílio de um cão farejador, localizaram de forma oculta, sob a carga de açúcar, na carreta de placas NLB-5476 com o semirreboque de placas HTS-8778, conduzida por JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR, diversos tabletes totalizando a quantia aproximada de 2.400 Kg (dois mil e quatrocentos quilogramas) da substância conhecida como "maconha". O acusado LEANDRO GONÇALVES DA SILVA conduzia o seu caminhão à frente, exercendo a função popularmente conhecida como "batedor", enquanto

que JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR conduzia a carreta onde estava alocada a droga, ambos com destino à cidade de Santos, SP.

Em sede policial, os acusados Jorge da Silva Querino Junior e Leandro Gonçalves da Silva reservaram-se ao direito de permanecer em silêncio acerca dos fatos que lhe foram imputados (fls. 06/07).

Posteriormente, em Juízo, o acusado Jorge da Silva Querino Junior confirmou a prática do crime de tráfico de entorpecentes, afirmando que aceitou realizar o transporte da droga por necessidades financeiras (fls. 278 – mídia CD). Confira-se:

> Que tinha ciência que estava transportando duas toneladas de droga; que estava passando por dificuldades financeiras; que carregou o caminhão com a carga de açúcar, em Vista Alegre, no Mato Grosso, e depois recebeu a proposta e carregou a droga, em Epitácio, na divisa do Mato Grosso com São Paulo, depois que passou o posto fiscal; que receberia a quantia de R$ 30.000,00 para fazer o transporte da droga; que já fez algumas viagens com Leandro; que Leandro não estava atuando como batedor da droga; que todos os motoristas de caminhão usam rádio PX; que, sobre os contatos em comum com Leandro, constantes de seu aparelho celular, diz que "Mãe URUTU" é um motoboy que buscava encomendas; que "Transvidal" é uma transportadora, que fica no Mato Grosso, em Ponta Porã; que não se recorda de ter mantido 40 mensagens com "GRANDE PRG"; que se encontrou com Leandro no posto Alexandria e ele falou que estava indo para Santos também; que o caminhão do interrogado estava com 33 toneladas de carga, então não tinha como acompanhar o caminhão de Leandro, que estava vazio; que é possível um caminhão viajar vazio quando não tem frete na região e o motorista vai para outra região para carregar; que o interrogado reside em Santos, mas o número de seu aparelho celular era de Ponta Porã (67); que o caminhão era do interrogado e o aparelho celular recebeu para fazer o transporte da droga; que nunca respondeu a outros processos na Justiça; que é caminhoneiro autônomo e presta serviços para qualquer transportadora que tiver carga sobrando; que sofreu ameaças por parte dos policiais rodoviários; que não é verdade que deu ré no meio da estrada; que prefere não falar quem foi que o contratou para o transporte da droga, mas seu apelido é "Cuiabá"; que em Santos iria estacionar o caminhão numa rua, com a chave no contato, e alguém iria tirar o caminhão de lá e descarregar a droga; que a carga de açúcar iria para o navio, mas a droga não; que encontrou com Leandro num posto em Alexandria, por acaso; que conhecia Leandro porque havia feito duas ou três viagens com ele; que trabalha como autônomo e Leandro também; que ambos já carregaram para a mesma transportadora e fizeram a mesma rota; que os números dos telefones que constavam no aparelho celular do interrogado e também no de Leandro referem-se, na maioria, a transportadoras; que não se recorda se "Pesado" ou "Valéria" trabalham em transportadoras; que o interrogado não ajudou a carregar o caminhão com a droga; que entregou o caminhão a "Cuiabá", o qual lhe devolveu o veículo já carregado com a droga; que não se recorda de ter trocado ligações telefônicas com Leandro no dia dos fatos; que não sabe se a droga seria transportada para fora do país.

Por sua vez, o acusado Leandro Gonçalves da Silva, interrogado judicialmente às fls. 278 (mídia CD), negou a sua participação nos fatos, alegando que seu caminhão estava sem carga e que ele e o corréu Jorge não estavam viajando juntos, sendo que não tinha conhecimento de que Jorge estava transportando a droga. Ele disse que:

> Que passou no pedágio, foi abordado pelos policiais, os quais falaram que receberam a denúncia de que o caminhão do interrogado estava carregado de drogas; que permitiu que fosse feita vistoria em seu caminhão, verificando-se que ele estava vazio; que os documentos do caminhão e a carteira de habilitação do interrogado estavam em situação regular; que os

policiais ordenaram que o interrogado ficasse aguardando; que, depois de um certo tempo, os policiais abordaram outro motorista e pediram ao interrogado para encostar o caminhão na base policial; que foi achada a droga no outro caminhão; que seu pai é caminhoneiro e sempre teve rádio amador, motivo pelo qual o interrogado não sabia que era ilegal; que, quando comprou o caminhão, o rádio já se encontrava lá; que, a respeito do fato de ter o contato do interrogado no telefone do Jorge e uma chamada do interrogado para Jorge, afirma que conhece o réu Jorge, tendo o contato dele, mas não estava viajando junto com ele; que se encontraram na estrada e estavam indo para o mesmo destino; que o interrogado estava vindo do Mato Grosso; que, numa viagem anterior, carregou o caminhão com grão no Mato Grosso, descarregou o grão e carregou adubo em Santos; que descarregou o adubo no Mato Grosso e, como tinha acabado a safra de grão no Mato Grosso, não pôde carregar o caminhão novamente; que, como estavam pagando um frete razoável pelo adubo, foi com o caminhão descarregado do Mato Grosso para Santos para buscar o adubo; que não se recorda de ter feito uma ligação para Jorge no dia dos fatos, pois não falou com ele; que conhece Jorge do trecho da estrada, pois já carregaram juntos em outras firmas; que desconhece a informação de que havia uma interligação do rádio entre os dois caminhões; que em momento nenhum falou aos policiais que estava atuando como batedor e que iria receber o valor de R$ 50.000,00 pelo transporte da droga; que encontrou com Jorge antes da praça do pedágio, em um posto de gasolina, conversaram e seguiram viagem; que o interrogado mora em Maringá e Jorge em São Vicente, mas se conhecem da estrada, da transportadora; que o interrogado é autônomo; que os motoristas de caminhão seguem o fluxo de onde está saindo melhor o frete, então várias pessoas carregam na mesma firma; que não sabia que é crime ter rádio sem autorização da Anatel dentro do caminhão; que não sabia que Jorge estava transportando maconha no caminhão; que estava respondendo a outro processo na Justiça, por tentativa de homicídio, sendo que foi preso e obteve liberdade provisória; que usa o rádio amador na estrada para se comunicar com os outros motoristas, para saber se houve acidente na estrada; que não se comunicou com Jorge pelo rádio; que não tinha o conhecimento de que Jorge saiu e voltou para a estrada, pois não estava perto dele; que o interrogado iria pegar a carga em Santos em uma transportadora, mas não sabe seu nome; que teria que ir aos postos de gasolina, onde ficam as transportadoras, e perguntar qual estava pagando o preço melhor; que não sabe dizer onde seria descarregado o caminhão de Jorge, mas sabe que ele estava indo para Santos; que a carga de açúcar vai geralmente para o porto de Santos; que a abordagem dos policiais ocorreu na hora do almoço e o interrogado foi conduzido para a Delegacia Federal já à noite, tendo ficado todo esse tempo na base da Polícia; que os policiais ficaram com o aparelho celular do interrogado o momento todo, desde a abordagem; que o caminhão é de propriedade do interrogado; que é comum os motoristas irem com o caminhão vazio até o porto, quando não acham nenhuma carga; que o caminho mais comum para ir até o porto é a Rodovia Raposo Tavares, sendo a melhor rota, com menos pedágio; que várias pessoas podem operar no mesmo canal de rádio; que, indagado sobre constar no seu aparelho celular e também no de Jorge o contato "TRA VIDAL ESCRITÓRIO", o interrogado alega que se trata de uma transportadora chamada Transvidal; que, quanto ao fato de constar no aparelho do interrogado o contato "Mãe" e no de Jorge o contato "Mãe URUTU", com o mesmo número em ambos, diz que desconhece; que também desconhece que consta o mesmo número no contato gravado como "Valéria", em seu aparelho, e no contato denominado "Pesado", no aparelho de Jorge; que, questionado sobre constar "Grande NV" no contato de Jorge e "GRANDE PRG" no contato do interrogado, com o mesmo número, afirma que não conhece essa pessoa, nem o fato de que foram trocadas 40 mensagens entre "GRANDE PRG" e Jorge; que desconhece, ainda, o contato "ADRIANO PRG", o qual também consta do aparelho de Jorge, com o mesmo número, tampouco que foram feitas quatro chamadas desse contato com Jorge; que o caminhão foi com a carreta vazia para Santos porque já havia acabado a safra de grão do Mato Grosso, não tendo nada para trazer, nem para pegar no caminho em outra cidade; que seu caminhão

> é graneleiro, então carrega mais grão e adubo; que seu aparelho celular tem vários contatos que não sabe de quem é, pois grava vários números de transportadoras; que o interrogado e Jorge já carregaram na mesma transportadora.

Em que pese os acusados tenham alegado que o réu Leandro não teve participação no transporte dos entorpecentes, os depoimentos dos Policiais Militares Rodoviários, que efetuaram as prisões em flagrante, ouvidos em Juízo na qualidade de testemunhas da acusação e da defesa do réu Jorge, foram coesos e harmônicos no sentido de que os réus realizavam o transporte da droga em conjunto, com destino à cidade de Santos, SP, e receberiam a quantia de R$ 50.000,00 para tanto, sendo que Leandro Gonçalves da Silva conduzia a carreta de placas ATP-2081 à frente, atuando como "batedor", e Jorge da Silva Querino Júnior conduzia a carreta onde estava depositada a droga sob a carga de açúcar.

Essas testemunhas afirmam, ainda, que, no momento da abordagem, em pesquisa ao equipamento de monitoramento de radares que fiscalizam as placas dos veículos, verificou-se que ambos os caminhões conduzidos pelos acusados passaram quase ao mesmo tempo nos radares. Esclarecem, outrossim, que chamou a atenção o fato de Leandro ter conduzido desde o Mato Grosso do Sul uma carreta vazia, denotando que o objetivo era a escolta. Declaram que, na ocasião, os réus disseram que não se conheciam, mas, após a localização da droga, acabaram admitindo que não era a primeira viagem desse tipo que estavam fazendo e que já pegaram a carreta carregada com a droga no Mato Grosso do Sul. Ademais, ressaltam que em ambos os caminhões havia rádio PX e que os condutores das carretas estavam se comunicando, pois os sinais dos rádios transmissores estavam interligados, na tentativa de burlar a fiscalização, o que evidentemente demonstra o conluio entre eles para o tráfico do entorpecente.

Nesse sentido, a testemunha Carlos Alberto de Araujo Carvalho, às fls. 278 (mídia CD), narra que:

> Que estavam em patrulhamento e pararam na praça de pedágio para fiscalização de rotina com vistas a ilícitos penais; que na primeira carreta que transitava com o eixo erguido *o condutor estava com um rádio PX na mão e, ao presenciar os policiais parados no local, soltou o rádio, denotando que estava fazendo a comunicação com alguém*; que os policiais perceberam que vinha uma carreta logo atrás; que foram abordadas a primeira e a segunda carretas; que, conversando com os condutores dos caminhões separadamente, foi observado que eles vinham da mesma região, mas alegaram que não se conheciam; *que em ambos os veículos havia rádio PX e nenhum deles possuía autorização da Anatel; que os condutores das carretas estavam se comunicando*; que o depoente subiu em um caminhão e o policial Aeliton subiu no outro e pegaram os respectivos rádios, sendo que se comunicaram; que o rádio PX não pega mais a frequência da Polícia, pois o sistema da Polícia foi mudado, não sendo mais analógico; *que o sinal do canal dos rádios estavam interligados*; que a primeira carreta vinha da mesma região que a carreta carregada com açúcar e estava vazia; que chamou atenção o fato de que o trajeto era muito longo, do Mato Grosso até a Baixada Santista, para carregar adubo; que, mais uma vez questionados, os réus alegaram que não se conheciam; que, ao verificar a carga de açúcar, observaram que ela estava muito compactada, subtendendo-se que ela tinha sido molhada, pois estava dura; que foram averiguadas as escotilhas de descarga da graneleira do caminhão com açúcar e notaram que elas estavam tampadas; que foi solicitado policiamento com canil para verificar os dois veículos; que o cachorro ficou na dúvida e o depoente fez uma punção com um furo embaixo da carroceria do caminhão e entupiu com uma barra de ferro; que o cachorro foi solto novamente e acusou algo de irregular de imediato no eixo do caminhão; que esperaram mais dez minutos e fizeram novamente o percurso com o cachorro, o qual mais uma vez acusou que havia algo ali; *que o depoente, jun-*

tamente com o Soldado Bueno, subiram na carroceria do caminhão com duas escavadeiras e começaram a perfurar o açúcar; que, quando o Soldado Bueno bateu com a escavadeira, saiu um pedaço de entorpecente (maconha); que questionaram o motorista do caminhão, o qual resolveu admitir que dentro da carga de açúcar havia duas toneladas de maconha; que o outro motorista estava junto, pois no sistema de comunicação da Polícia constou que ambos os veículos passaram juntos nos radares e posteriormente os réus acabaram admitindo que são amigos; que o outro caminhão estava vazio, pois o objetivo era a escolta; que eles admitiram que receberiam a quantia de R$ 50.000,00 e que não era a primeira viagem que estavam fazendo nesse sentido; que, segundo os réus, eles iriam descarregar os caminhões na Baixada Santista; que o depoente reconhece os réus como condutores dos veículos; que eles não falaram na ocasião quem era pessoa que os contratou; *que os réus alegaram que já pegaram a carreta carregada no Mato Grosso*; que o radiocomunicador pode pegar milhares de frequência, dependendo do canal que cada um pega; que o rádio pode ser sintonizado em dois canais e se limitar a duas pessoas, como também no mesmo canal podem estar sintonizadas duzentas pessoas; que não tinha informação anterior sobre esse carregamento de droga; que o serviço de inteligência foi acionado na hora para verificar a placa do veículo, o itinerário, o trajeto; *que a ocorrência foi apresentada na Polícia Federal em razão do itinerário da droga e porque o rádio comunicador PX tem que ter autorização da Anatel*, que é um órgão federal; que a extensão do trecho de rodovia que o depoente faz patrulhamento abrange 400 a 600 Km da Rodovia Raposo Tavares; que o depoente utiliza um equipamento que consegue monitorar os radares que fiscalizam as placas dos veículos; que ratifica seu depoimento de fls. 02/03 dos autos; que, quando da perfuração no açúcar, observou-se que, embaixo da droga, ainda havia aproximadamente vinte e cinco centímetros de açúcar, ou seja, foi colocada uma quantidade de açúcar na carreta, foi embarcada a droga e jogado açúcar sobre ela nas laterais, envelopando-a; que alguém da empresa que carregou esse açúcar deve ter conhecimento dos fatos; *que o condutor do caminhão com a droga era o acusado Jorge, sendo que o réu Leandro estava na frente, fazendo a escolta do veículo, atuando como "batedor", avisando se havia viatura na estrada*.

Por seu turno, a testemunha Aeliton Bueno da Silva relata que (mídia CD – fls. 278):

Que estavam efetuando uma operação no pedágio e chamou a atenção que o condutor de um caminhão, ao chegar na cabine de pedágio e visualizar a operação, acabou soltando o rádio e ficou olhando para os policiais; que também chamou a atenção um caminhão que estava vindo logo atrás e fez a menção de ir para o acostamento e repentinamente retornou para a pista; que abordaram o primeiro e o segundo caminhões; *que o Sargento subiu em um dos caminhões e começou a se comunicar no rádio, sendo que a comunicação saía no rádio do outro caminhão*; que, indagados, os dois motoristas alegaram que não se conheciam; que, ao pesquisar no TND da viatura, através dos radares inteligentes, constou que a viagem dos dois motoristas era compatível com o itinerário, por questões de segundos, minutos; que os policiais se deslocaram até a base, distante a 500 metros; que deslonaram um dos caminhões, sendo que o outro se encontrava vazio; que observaram que o açúcar estava bem compacto, tendo até a possibilidade de se caminhar sobre ele; que foi acionado o canil, mas o cachorro, num primeiro momento, ficou em dúvida; que viram que a escotilha do caminhão estava tampada, impedindo de ver o produto; que foi feito um buraco, onde o cachorro indicou que haveria entorpecente; *que os policiais subiram na carreta, escavaram, até que foi localizada droga (maconha); que o outro caminhão estava vazio, atuando supostamente como batedor; que o rádios PX não possuíam autorização e estavam sintonizados no mesmo canal*; que geralmente esses rádios não conseguem pegar frequências oficiais; que os caminhões eram conduzidos por Leandro e Jorge; *que até o momento em que foi localizada a droga, eles alegaram que não se conheciam, mas, quando foi encontrado o entorpecente, Jorge*

informou que era a segunda viagem que estavam fazendo e que receberiam a quantia de R$ 50.000,00, admitindo que Leandro era o batedor; que Jorge declarou que pegou o caminhão carregado, em Mato Grosso, e iria entregá-lo em Santos; que não tem conhecimento de quantos rádios podem operar no mesmo canal, na mesma frequência; que o motivo que gerou a abordagem do primeiro caminhão foi o nervosismo do primeiro motorista; que não tinha informações prévias sobre esse carregamento; que confirma o teor do seu depoimento de fls. 04/05 dos autos; *que, na ocasião, o réu Leandro informou que o caminhão viajava vazio, mas que seria carregado em Santos, o que também chamou a atenção, pois é incompatível que um caminhão daquele porte tenha saído do Mato Grosso do Sul vazio para somente ser carregado em Santos e retornar para o Mato Grosso do Sul*; que no caminhão havia uma camada de açúcar embaixo, droga no meio e açúcar em volta e em cima; que o açúcar estava bem compacto, como se tivesse sido molhado.

Assim, da análise dos depoimentos acima transcritos, resta claro o vínculo existente entre os acusados, que, em união de esforços e unidade de desígnios, efetuaram o transporte da substância entorpecente.

Nessa esteira, saliente-se que, se Leandro não tinha conhecimento de que Jorge transportava entorpecentes, não haveria motivo para negar que conhecia Jorge, como o fez no momento inicial de sua abordagem.

Além disso, em perícia realizada nos aparelhos de telefonia móvel aprendidos em poder dos réus (laudo pericial de informática de fls. 55/62 e mídia de fls. 63), além de o número de Jorge constar como contato de Leandro, constam outros 15 (quinze) elos entre os aparelhos de Jorge e Leandro, descritos na tabela de fls. 59/60, sendo que ao menos dois deles se tratam de contatos registrados com a sigla "PRG", com números registrados com o DDI do Paraguai (595), que mantinham contatos desde período anterior à apreensão da droga, salientando-se que não foi apresentada nenhuma explicação plausível para a existência de tantos contatos em comum.

Destarte, verifica-se que a autoria dos acusados Jorge da Silva Querino Junior e Leandro Gonçalves da Silva está plenamente comprovada pelos elementos colhidos durante a instrução, para a prática do crime previsto no artigo 33, *caput,* da Lei 11.343/06.

1.4) DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO:

O dolo dos acusados também se encontra fartamente comprovado nos autos, cabendo destacar que foi encontrada, escamoteada sob a carga de açúcar a granel que era transportada pela carreta de placas NLB-5476 com o semirreboque de placas HTS-8778, grande quantidade de entorpecente "maconha" (mais de duas toneladas), e que o réu Leandro Gonçalves da Silva conduzia a carreta de placas ATP-2081 à frente, atuando como "batedor", para verificar a existência de barreira policial durante o deslocamento planejado, e Jorge da Silva Querino Júnior conduzia a carreta de placas NLB-5476, onde estava depositada a droga sob a carga de açúcar, tudo a confirmar o dolo genérico de importar, transportar guardar e trazer consigo a droga, com "animus" de traficar.

Anote-se que a figura delitiva do artigo 33, "caput", da Lei nº 11343/2006 se realiza tão-somente com o dolo, não exigindo fim especial de agir.

Ademais, por se tratar de crime de perigo abstrato e ação múltipla, não se admite a figura da tentativa, bastando o fato do agente trazer consigo o entorpecente para consumar-se o delito, sem exigência de qualquer resultado, como a venda, ou entrega efetiva ao consumo.

Por outro lado, a expressiva quantidade da droga denominada maconha apreendida (duas toneladas e meia, aproximadamente) e a forma de seu acondicionamento, que estava

escamoteada abaixo do açúcar a granel molhado e endurecido, descartam a possibilidade de porte para uso próprio e demonstram a finalidade mercantil.

Conclui-se, portanto, ser procedente o pedido formulado na peça acusatória, restando provada a autoria, a materialidade delitiva e o dolo dos réus, indicando que os acusados importaram, transportaram, guardaram e trouxeram consigo a substância entorpecente apreendida, restando devidamente comprovada, diante do conjunto probatório, a prática do crime previsto no artigo 33, "*caput*", da Lei nº 11.343/06 pelos acusados.

Presente a tipicidade do fato descrito na denúncia, cumpre analisar se o fato típico é antijurídico, ou seja, se a conduta delitiva do acusado provocou lesão a bem jurídico, tanto do ponto de vista formal, quanto material.

Portanto, havendo fato típico, a sua ilicitude é presumida, podendo, contudo, ser afastada se presente alguma causa de exclusão, a saber, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal, estado de necessidade e exercício regular de direito.

2) ANÁLISE DA ILICITUDE DO FATO:

a) Estado de Necessidade

Prescreve o artigo 24, "caput", do Código Penal:

> Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

No caso em tela, os fatos descritos na peça acusatória não se subsumem à hipótese legal de incidência prevista pelo artigo 24, do Código Penal.

Com efeito, a alegação de dificuldade na situação financeira do acusado não tem o condão de justificar a prática delituosa sob exame, a qual expõe toda a saúde pública a perigo.

Registre-se, outrossim, que eventual crise financeira não tem o poder de legitimar, nem servir como causa para a legalização de crimes, principalmente no caso trazido à baila.

Nesse sentido:

> PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGA. INTERROGATÓRIO. INOBSERVÂNCIA DO ART. 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. TRÁFICO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. NULIDADE DO LAUDO. INOCORRÊNCIA. EXCLUDENTE DE ILICITUDE OU DE CULPABILIDADE. INADMISSIBILIDADE. DOSIMETRIA. TRANSNACIONALIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGA. REGIME INICIAL. CÓDIGO PENAL. APLICABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. APELAÇÃO DA DEFESA DESPROVIDA.
> 1. A inobservância da ordem estabelecida pelo art. 400 do Código de Processo Penal para o interrogatório do acusado não configura nulidade na hipótese de processo relativo ao delito de tráfico de entorpecentes, pois o art. 57 da Lei nº 11.343/06 é lei especial, que, portanto, prevalece (STJ, HC nº 257073, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 21.03.13; HC nº 260795, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 19.02.13; HC nº 166.728, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 06.09.11).
> 2. A materialidade do delito de tráfico transnacional de drogas foi comprovada pelo auto de apresentação e apreensão, pelo laudo de exame preliminar e pelo laudo de perícia criminal federal, conclusivos de que se trata de cocaína a substância apreendida.
> 3. A realização do exame pericial em amostra regularmente recolhida a partir do material apreendido é suficiente para a análise da natureza da substância, não tendo a defesa

demonstrado irregularidades ou prejuízo decorrentes da ausência de exame em todo o conteúdo do material.
4. A autoria foi provada pela prisão em flagrante do réu, pelas declarações do apelante e pela prova testemunhal.
5. Não prospera a alegação da defesa acerca da inexigibilidade de conduta diversa e aplicação do art. 24, § 2º, do Código Penal, à míngua de comprovação de que o réu agiu em estado de necessidade exculpante ou justificante, à míngua de comprovação cabal do preenchimento dos requisitos para o reconhecimento de excludente de ilicitude ou de culpabilidade.
6. A simples afirmação de dificuldades econômicas, desacompanhada da necessária comprovação, não se afigura suficiente para a configuração de estado de necessidade, que exigiria, na hipótese dos autos, prova cabal de profunda miserabilidade do apelante, que colocaria em risco sua própria subsistência ou a de sua família.
7. O relato do réu acerca de eventual ameaça não é suficiente a demonstrar a inexigibilidade de conduta diversa. De sua narrativa, extrai-se que o réu não foi ameaçado fisicamente e que seu passaporte foi devolvido em ocasião prévia à viagem. A barreira do idioma, por sua vez, não é suficientemente impeditiva a obstar a busca do auxílio das autoridades policiais brasileiras ou mesmo do Consulado Britânico.
8. Pena-base mantida acima do mínimo legal. Tal fração se ajusta à natureza e à quantidade da droga apreendida (1.705g de cocaína) e autoriza a majoração da pena, sem embargo de as demais circunstâncias serem favoráveis ao réu.
9. Mantida a redução da pena em 5 (cinco) anos de reclusão, tendo em vista o reconhecimento da circunstância atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, d, do Código Penal) e o teor da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça.
10. A Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça não viola o princípio da individualização da pena, haja vista que o preceito secundário do tipo penal prevê os parâmetros para fixação da pena-base, havendo sido respeitadas as fases de fixação da pena.
11. A internacionalidade do tráfico restou configurada, considerando o percurso desenvolvido pelo réu para o cometimento do delito. Assim, deve ser mantida o aumento da pena em 1/6 (um sexto) em razão da transnacionalidade do crime, resultando 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão.
12. A jurisprudência considera não haver *bis in idem* entre o *caput* do art. 33 da Lei nº 11.343/06 e o inciso I do art. 40 da mesma Lei na hipótese de o agente "exportar" entorpecente, pois se trata de delito de ação múltipla (TRF da 3ª Região, ACR nº 00090947420104036119, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, j. 12.06.12; ACR nº 00113940920104036119, Rel. Des. Fed. Nelton dos Santos, j. 15.05.12; ACR nº 00054696620094036119, Rel. Juiz Fed. Conv. Alessandro Diaféria, j. 20.03.12).
13. Não é caso de aplicação de §4º do art. 33 da Lei nº 11.346/03, de modo a reduzir a pena do réu.
14. As circunstâncias do crime e a quantidade de viagens empreendidas pelo réu à Índia e à diversos países da África, com curtos períodos de permanência e inclusive verificando-se entrada e saída no mesmo dia (cfr. passaporte do réu, juntado à fl. 80), evidenciam que pertence a uma organização criminosa voltada à prática do tráfico internacional. Saliente-se que o réu não comprovou minimamente sua alegação de que possui empresa e desenvolve negócios de compra e venda de automóveis em Gana. O volume de viagens, por sua vez, não seria compatível com a renda anual por ele declarada, no montante de US$ 10.000,00 (dez mil dólares).
15. A determinação do regime inicial nos delitos de tráfico de entorpecentes deve ser feita com base no art. 33, § 3º, c. c. o art. 59, *caput*, do Código Penal, pois o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, segundo a qual seria obrigatório o regime inicial fechado. Mantido o regime inicial fechado de cumprimento de pena.
16. A fixação do regime de cumprimento de pena decorre logicamente da pena aplicada, bem como das circunstâncias do art. 59 do Código Penal, de modo que, no caso, a pena aplicada

aconselha o início do cumprimento da pena em regime fechado, cabendo ao Juízo das Execuções Penais apreciar a progressão do regime de pena.
17. Não prospera o pleito da defesa para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, à míngua do preenchimento dos requisitos legais (CP, art. 44, I).
18. O direito de apelar em liberdade para os delitos da Lei nº 11.343/06 é excepcional, desafiando fundamentação própria, não havendo ilegalidade em manter a prisão do réu que nessa condição respondeu a ação penal (STF, HC nº 92612, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 11.03.08; HC nº 101817, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 24.08.10; HC nº 98428, Rel. Min. Eros Grau, j. 18.08.09).
19. Preliminares rejeitadas. Apelação desprovida.
(ACR 00058783720124036119, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 14/08/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

3) ANÁLISE DA CULPABILIDADE:

Verifica-se, agora, a possibilidade de aplicação de pena aos acusados, sendo certo que tal juízo é feito ante a análise da culpabilidade e seus elementos, ou seja, imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e inexigibilidade de conduta diversa.

Com efeito, é nessa fase que é realizado o juízo valorativo incidente sobre o fato típico e antijurídico perpetrado pelos acusados, devendo analisar-se se o agente é imputável, se agiu com consciência potencial da ilicitude e se poderia direcionar seu comportamento conforme o direito.

a) da Imputabilidade:

A imputabilidade refere-se à possibilidade do agente entender o caráter ilícito de seu comportamento, determinando-se consoante esse entendimento. Em princípio, o agente é imputável, todavia, a doença mental, o desenvolvimento mental incompleto, desenvolvimento mental retardado e a embriaguez completa, decorrente de caso fortuito ou força maior, poderiam afastar tal qualidade do agente, quando, então, se diria estar lidando com um agente inimputável.

Todavia, esse não é o caso dos autos, haja vista que os acusados são maiores de idade, tendo restado comprovada, durante a instrução processual, suas sanidades mentais.

b) da Potencial Consciência da Ilicitude

A potencial consciência da ilicitude é um elemento da culpabilidade consistente em averiguar se o agente, ao praticar o crime, tinha a possibilidade de saber estar agindo em desacordo com a Lei, em vista de seu meio social, tradições, costumes regionais, além de seu nível intelectual e formação cultural.

Sob esta ótica, e da análise dos documentos que instruem os autos, verifica-se que existia a possibilidade dos acusados conhecerem o caráter ilícito de suas condutas.

Assim, resta ausente qualquer causa excludente da potencial consciência da ilicitude.

c) da Exigibilidade de Conduta Diversa

Por fim, deve-se anotar que, para se considerar um agente culpado por um delito, é necessário que o crime tenha sido praticado sob condições normais, já que, em condições adversas, poderia se supor a possibilidade de não se poder exigir do agente conduta diversa daquela considerada criminosa.

Nesses termos, deve-se frisar que os acusados cometeram o delito em condições normais, tendo por objetivo, senão principal, importante, ganhar dinheiro fácil com o tráfico de drogas.

4) Do "Estado de Necessidade Exculpante"

Para o exame da alegação do estado de necessidade exculpante como causa supra legal de exclusão de culpabilidade, vale transcrever trecho do voto proferido pelo Excelentíssimo Desembargador Federal José Lunardelli, nos autos da Apelação Criminal nº 0004965-89.2011.403.6119/SP:

> (...) Por sua vez, o "estado de necessidade exculpante", defendido pela teoria diferenciadora e de divergente aceitação doutrinária e jurisprudencial, é fundamentado na inexigibilidade de conduta diversa, requisito sem o qual inexiste culpabilidade. Seus adeptos pregam que se for sacrificado um bem de valor maior ao preservado, deve ser analisado o perfil subjetivo do agente e perquirido se diante de seus atributos pessoais era possível ou não lhe exigir conduta diversa da perpetrada. Em caso negativo, exclui-se a culpabilidade com base no estado de necessidade exculpante. Se, no entanto, era de se lhe exigir outro comportamento, subsiste a punição do crime, podendo o magistrado reduzir a pena. Contudo, nosso ordenamento jurídico adotou a teoria unitária, e assim, ou se trata de causa excludente da ilicitude ou de causa de diminuição de pena. E ainda que assim não fosse, melhor sorte não restaria à defesa, tendo em vista que a prática de tráfico internacional de entorpecentes não era a única alternativa de sobrevivência de (...), pessoa jovem (tinha 28 anos na data dos fatos), com perspectivas de melhora em sua vida.
> (ACR 26478, Proc. 2006.61.19.003619-1, rel. Des. Fed. Johonsom Di Salvo, DJF3 CJ1 - 26.08.09, pág. 83).

Portanto, para a configuração do estado de necessidade exculpante ou justificante hão de se comprovar os requisitos previstos no art. 24, "caput" e § 2º, do CP.

Entretanto, ainda que eventualmente reste comprovado, o que não ocorre no caso sob exame, não justifica conduta criminosa, nem afasta a culpabilidade, pois há outras maneiras lícitas de se prover a subsistência, que não com a prática de crime.

Inaplicável, por consequência, o estado de necessidade exculpante, para fins de diminuição da pena, ou mesmo aplicação de atenuante genérica.

Conclui-se, portanto, que o fato praticado pelos acusados é típico, ilícito e culpável e que a denúncia oferecida merece guarida.

DA TRANSNACIONALIDADE

Anote-se que está configurada a causa de aumento de pena prevista pelo artigo 40, inciso I, da Lei 11.343/06.

Nesse ponto, insta registrar que o Laudo nº 475/2016-UTEC/DPF/SOD/SP (fls. 55/62) atesta que, através de perícia realizada nos aparelhos celulares apreendidos em poder dos réus, verificou-se que, além de o número de Jorge da Silva Querino Junior constar como contato de Leandro Gonçalves da Silva, foram identificados outros 15 registros de contatos em comum entre os dois aparelhos, sendo que ao menos dois deles se tratam de contatos registrados com a sigla "PGR", com números de telefones com o DDI do Paraguai (595), que mantinham contatos desde período anterior à referida apreensão.

Ainda, a transnacionalidade está evidenciada pela expressiva quantidade de droga encontrada em poder dos acusados, consubstanciada em 2.400 (dois mil e quatrocentos quilos) de maconha, aliada ao fato de o local de origem do transporte ser uma cidade do Mato Grosso do Sul, Ponta Porã, além de ambos os réus, residentes em São Vicente/SP e Maringá/PR, indicarem que estavam se dirigindo ao porto de Santos/SP.

A esse respeito, anote-se que os réus afirmaram, em interrogatório judicial, que a viagem

originou-se em Mato Grosso do Sul, estado cuja divisa territorial, notoriamente, é local de internalização de drogas no território nacional, que, acrescido ao fato de ter sido encontrada enorme quantidade da substância entorpecente "maconha" (mais de duas toneladas), a qual, sabidamente, não é produzida no território nacional, indica ser caso de internalização primária da droga, que ainda não havia sido distribuída no território nacional, tendo sido interceptada quando de seu direcionamento ao porto de Santos/SP, de onde, muito provavelmente, seria exportada para outro País.

Cumpre destacar, ainda, que, embora os réus Leandro e Jorge residam, respectivamente, nos municípios de Maringá/PR e São Vicente/SP, foram aprendidos com ambos os acusados aparelhos celulares com o DDD 67, de Mato Grosso do Sul, sendo que o réu Jorge afirmou, em seu interrogatório judicial, que o número de seu telefone era de Ponta Porã, cidade esta que faz divisa com o Paraguai.

Ressalte-se que para a configuração do tráfico transnacional de entorpecentes basta a introdução da substância oriunda do estrangeiro em território brasileiro. O fato de os acusados terem sido presos com a substância entorpecente em território brasileiro não descaracteriza o tráfico transnacional porque este delito é considerado crime permanente cuja consumação de protrai no tempo.

Assim, neste caso não há dúvidas de que o transporte desde o território estrangeiro até o local da apreensão na cidade de Araçoiaba da Serra não sofreu interrupções, até porque a droga foi escamoteada sob a carga de açúcar a granel no caminhão, em local de difícil acesso.

Destarte, pela análise dos elementos constantes dos autos, é forçoso concluir que os acusados efetuavam o transporte da substância entorpecente oriunda do Paraguai e introduzida no território brasileiro, aplicando-se a majorante do art. 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006.

Conclui-se, portanto, que os acusados Jorge da Silva Querino Junior e Leandro Gonçalves da Silva, ao importarem, transportarem, guardarem e trazerem consigo, com vontade livre e consciente, em unidade de desígnios, substância entorpecente (2.400 quilogramas de "maconha") que determina dependência física e psíquica, oriunda do Paraguai, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, praticaram a conduta típica descrita no artigo 33, *caput*, combinada com o artigo 40, inciso I, ambos da Lei 11.343/06, como acima descrito.

II) DA ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS

Segundo a peça acusatória, em período anterior e até 05 de outubro de 2016, JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR e LEANDRO GONÇALVES DA SILVA, em comunhão de esforços e unidade de desígnios, associaram-se, com ânimo de estabilidade, para o fim de praticar, reiteradamente, o crime previsto no artigo 33, *caput*, na forma do artigo 40, I, ambos da Lei nº 11.343/06, incidindo, pois, na conduta descrita no artigo 35 do referido diploma legal.

Consta da denúncia que a estabilidade decorreu da elevada quantidade da droga aprendida, de sua origem, da forma como estava oculta no veículo, da presença de outra carreta como "batedor", da utilização de rádios comunicadores entre os veículos e da elevada quantia que receberiam.

Pois bem, ressalte-se que para a configuração do delito previsto pelo artigo 35, da Lei nº 11.343/06 é fundamental que duas ou mais pessoas se reúnam com o propósito de manter uma meta comum, devendo haver prova de estabilidade e permanência da associação criminosa, sendo certo que, no caso em tela, há provas robustas, no sentido de que seria estável e permanente a associação criminosa entre os réus Leandro e Jorge.

No presente caso, a associação dos réus é inconteste. Mais do que interpretações e apreciações subjetivas, como tenta fazer crer a defesa, as provas colacionadas demonstram a efetiva associação dos réus, em comunhão de desígnios, para cometer crimes de tráfico internacional de drogas.

Com efeito, depreende-se dos depoimentos prestados em Juízo pelos Policiais Militares Rodoviários (fls. 278 – mídia CD), que efetuaram as prisões em flagrante, que os réus admitiram, na ocasião da abordagem, que não era a primeira viagem que faziam para o transporte de drogas, sendo que Leandro Gonçalves da Silva conduzia a carreta de placas ATP-2081 à frente, realizando a atividade conhecida como "batedor", e Jorge da Silva Querino Júnior conduzia a carreta de placas NLB-5476, onde estava depositada a droga sob a carga de açúcar. Ademais, essas testemunhas ressaltam que em ambos os caminhões havia rádio PX e que os condutores das carretas estavam se comunicando, pois os sinais dos rádios transmissores estavam interligados, visando facilitar a execução do crime com informações privilegiadas sobre a localização de eventual operação fiscalizadora, o que evidentemente demonstra a associação entre eles para o tráfico do entorpecente. Afirmam que os réus realizavam o transporte da droga, em conjunto, com destino ao porto de Santos, SP, e receberiam a quantia de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) pelo referido transporte.

Destaque-se que o réu Jorge, em seu interrogatório judicial, afirma que foi contratado por uma pessoa de apelido "Cuiabá" para efetuar o transporte da droga e que foi orientado para que, quando chegasse em Santos, estacionasse o caminhão em uma rua, com a chave no contato, a fim de que alguém viesse descarregar a droga, o que denota a participação de outros indivíduos a viabilizar o transporte da substância entorpecente.

Além disso, a quantidade de substância entorpecente "maconha" apreendida (2.400 quilogramas), bem como o fato de que a droga era proveniente do Paraguai e foi apreendida na região do município de Araçoiaba da Serra, SP, portanto, a muitos quilômetros de distância da origem, demonstram a existência de uma associação criminosa.

Anote-se, outrossim, que o laudo pericial de fls. 55/62, realizado nos aparelhos celulares encontrados em poder dos acusados, informa que, além de o número de Jorge constar como contato de Leandro, foram identificados outros 15 (quinze) elos entre os dois aparelhos, sendo que ao menos dois deles se tratam de contatos registrados com a sigla "PRG", com números registrados com o DDI do Paraguai (595), que mantinham contatos desde o período anterior à apreensão da droga, salientando-se que os réus não apresentaram nenhuma explicação plausível para a existência de quinze contatos em comum.

A título de exemplo, destaca-se que o contato "ADRIANO PRG" está registrado tanto no aparelho celular de Jorge quanto no de Jorge, constando quatro chamadas nos registros do celular do réu Jorge.

O número do telefone do contato "Grande Nv" ou "Grande PRG" consta registrado na agenda do réu Leandro (como "Grande Nv") e também nos contatos do réu Jorge (como "GRANDE PRG"), tendo trocado uma chamada e quarenta mensagens com Jorge.

Constam, ainda, outros contatos nas agendas telefônicas de Jorge e Leandro com o DDI do Paraguai (595), conforme mídia de fls. 63.

Assim, denota-se a relação de ambos os réus com pessoas do Paraguai, com a importação e futura exportação da droga apreendida, exportação esta que ocorreria, ao que tudo indica, no porto de Santos, SP.

Enfim, o cenário criminoso leva a crer, ao menos num primeiro momento, que tal operação seria impossível de ser praticada por agentes que não mantivessem entre si um vínculo

associativo fortemente estruturado e organizado, baseado precipuamente na confiabilidade, circunstâncias típicas de uma associação estável e durável.

A expressiva quantidade da substância entorpecente apreendida, representada pelas aproximadas duas toneladas e meia de maconha, o elevado valor financeiro em jogo e o alto risco intrínseco numa operação desse porte implicam forçosamente num planejamento estratégico seguro, que não tem como ser feito às pressas, ou de forma instável.

Nesse sentido: TRF3, Décima Primeira Turma, Relatora Desembargadora Federal CECILIA MELLO, Recurso em Sentido Estrito nº 0003645-60.2013.403.6110, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/09/2014.

Destarte, a atuação de um batedor por parte do acusado Leandro e a utilização de rádios transmissores nos veículos na tentativa de burlar a fiscalização, bem como a transnacionalidade do delito, o alto valor prometido aos réus para o transporte da droga (R$ 50.000,00), a grande quantidade de droga importada (2.400 quilogramas de "maconha") e a forma como estava oculta na carreta (sob a carga de açúcar a granel molhado e endurecido) demonstram a sofisticação do "modus operandi", que evidencia que os réus se associaram, de forma estável e permanente, com a finalidade de praticar o delito tráfico internacional de entorpecentes.

Portanto, no caso em tela, observa-se a existência de vínculo associativo permanente e não ocasional entre Jorge e Leandro, motivo pelo qual se conclui pela subsunção da conduta tipificada pelo artigo 35, *"caput"*, da Lei 11.343/06, por parte dos réus.

III) DA RADIODIFUSÃO

Consta da denúncia que, no dia 05 de outubro de 2016, JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR e LEANDRO GONÇALVES DA SILVA, em união de esforços e unidade de desígnios, desenvolveram clandestinamente atividade de telecomunicação, mediante a utilização de aparelhos eletrônicos transmissores de sinal de rádio, praticando, assim, o delito descrito no artigo 183 da Lei nº 9.472/97.

Segundo o *Parquet* Federal, por volta das 13h30, no quilômetro 111 da rodovia Raposo Tavares, SP 270, em Araçoiaba da Serra, SP (praça de pedágio), sentido interior capital, Policiais Militares abordaram duas carretas, uma de placas ATP-2081, com o sreboques AUB-9345 e AUB-9451, conduzida por LEANDRO GONÇALVES DA SILVA, sem carga, e outra de placas NLB-5476 com o semirreboque de placas HTS-8778, conduzida por JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR, carregada com uma carga de açúcar a granel e, de forma oculta, inúmeros pacotes da substância popularmente conhecida como "maconha".

Narra ainda a peça acusatória que, naquela ocasião, foram localizados no interior de ambos os caminhões, conduzidos por Jorge e Leandro, rádios comunicadores do tipo PX/PY, sendo que os réus não possuíam à época autorização do órgão competente para utilizá-los.

Inicialmente, impende tecer considerações acerca da capitulação do crime imputado na denúncia aos réus, referente à atividade clandestina de telecomunicação.

Pois bem, os Tribunais Superiores vêm entendendo que tanto o art. 70 da Lei nº 4.117/62 como o art. 183 da Lei nº 9.472/97 vigem atualmente, concomitantemente, porém a tipificação dependerá, quanto ao primeiro delito, da inexistência do caráter habitual da conduta, enquanto a do segundo, inversamente, quando se caracteriza a habitualidade.

Nesse sentido, vale transcrever os seguintes julgados:

> *HABEAS CORPUS*. PENAL. DESENVOLVIMENTO CLANDESTINO DE ATIVIDADE DE TELECOMUNICAÇÃO. ART. 183 DA LEI 9.472/1997. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

NÃO INCIDÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CRIME DO ART. 70 DA LEI 4.117/1962. INVIABILIDADE. CONDUTA HABITUAL.
1. (...)
5. Ambas as Turmas já decidiram que "a conduta tipificada no art. 70 do antigo Código Brasileiro de Telecomunicações diferencia-se daquela prevista no art. 183 da nova Lei de Telecomunicações por força do requisito da habitualidade" (HC 120602, Primeira Turma, DJe de 18/3/2014). Assim, ante a patente habitualidade descrita na denúncia, improcede o pleito desclassificatório.
6. Ordem denegada.
(STF, HC 128.567, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 08.09.15).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. DESENVOLVIMENTO CLANDESTINO DE ATIVIDADE DE TELECOMUNICAÇÕES. RÁDIO COMUNITÁRIA. TIPIFICAÇÃO DA CONDUTA. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO DO ART. *70* DA LEI Nº *4.117*/1962. IMPOSSIBILIDADE. HABITUALIDADE E CLANDESTINIDADE DA CONDUTA. INCIDÊNCIA DO ART. *183* DA LEI Nº *9.472*/1997. ORDEM DENEGADA.
1. A conduta tipificada no art. 70 do antigo *Código Brasileiro de Telecomunicações* diferencia-se daquela prevista no art. 183 da nova *Lei de Telecomunicações* por força do requisito da habitualidade. Precedente: (HC 93.870/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe de 10/09/2010).
2. A atividade de telecomunicações desenvolvida de forma habitual e clandestina tipifica delito previsto no art. *183* da Lei *9.472*/1997 e não aquele previsto no art. *70* da Lei *4.117*/1962.
3. *In casu*, a) o paciente foi denunciado com incurso no art. *183* da Lei *9.472*/97, pela suposta prática de utilização e desenvolvimento ilícito de sistema de telecomunicações, por meio da Rádio Evangélica FM, cujo seria o proprietário. b) Consoante destacou a Procuradoria Geral da República, "os aspectos da habitualidade e da clandestinidade não demandam qualquer discussão, uma vez que o próprio paciente confessou que desenvolveu a atividade de radiodifusão no Município de Piracuruca/PI, sem registro nos órgãos competentes, pelo período de nove meses no ano de 2006, encerrando tal prática apenas quando da fiscalização realizada pelos agentes da ANATEL".
4. Ordem denegada.
(STF, HC 115.137, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17.12.13).

Assim, o desenvolvimento de atividade de telecomunicação, nos termos em que disposto no artigo 183, da Lei nº 9.472/97, pressupõe uma atividade que se prolonga no tempo, que é reiterada, habitual, enquanto que a instalação ou utilização a que se refere o artigo 70 da Lei nº 4.117/62 demanda um ato único, isolado e independente de reiteração.

No caso dos autos, a descrição da acusação sobre a utilização de rádios telecomunicadores, mas sem indicativos de habitualidade da conduta, rende ensejo à classificação jurídica diversa da denúncia. O acusado Leandro escoltava o caminhão conduzido pelo réu Jorge, carregado com a droga, auxiliando-o com informações prestadas por meio do aparelho de rádio localizado no veículo.

No entanto, não se comprovou o uso reiterado do rádio telecomunicador, extraindo-se da prova dos autos apenas a utilização pontual do equipamento, que faz prevalecer a classificação jurídica conforme o artigo 70 da Lei nº 4.117/62.

Portanto, tem-se que os fatos descritos na denúncia estão previstos no artigo 70 da Lei nº 4.117/62.

Nesse contexto, o artigo 383 do Código de Processo Penal prevê a possibilidade da "emendatio libelli", segundo a qual o magistrado atribui definição jurídica diversa ao fato descrito

na denúncia, mesmo que isso ocasione a aplicação de pena mais grave ao acusado, o que não é a hipótese dos autos:

> Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave.

Destarte, procedo à desclassificação do crime do artigo 183 da Lei nº 9.472/97 para o do artigo 70 da Lei nº 4.117/62 e passo à análise da materialidade delitiva.

Verifica-se que a materialidade do delito previsto pelo artigo 70 da Lei nº 4.117/62 resta comprovada diante do conjunto probatório produzido nos autos, notadamente pelo Boletim de Ocorrência nº 950/510/16 da Polícia Militar do Estado de São Paulo (fls. 24/33 dos autos nº 0009327-88.2016.403.6110, em apenso), pelos Laudos de Perícia Criminal Federal (Eletroeletrônicos) nº 031/2017-UTEC/DPF/SOD/SP (fls. 141/144) e nº 051/2017-UTEC/DPF/SOD/SP (fls. 187/189).

Com efeito, consta do mencionado Boletim de Ocorrência que os réus não possuíam à época dos fatos autorização do órgão de competente para utilizar os rádios comunicadores.

Outrossim, de acordo com o laudo pericial de fls. 141/144, o rádio comunicador instalado no veículo caminhão de placas ATP-2081 (conduzido pelo acusado Leandro) apresentava-se apto à radiocomunicação e estava configurado, no momento dos exames, para operar no canal 40, na frequência de portadora 27,405 MHz, com potência de 4 W (quatro watts), em modulação AM, dentro da região do espectro de frequências utilizado pelo Serviço de Rádio do Cidadão (26,960 a 27,860 MHz), portanto, capaz de causar interferência nas estações licenciadas que operem na mesma frequência e na mesma área de cobertura. O perito esclarece, ainda, que toda estação transmissora deve possuir a respectiva licença para uso de radiofrequência da ANATEL e utilizar equipamentos devidamente homologados por essa agência, bem como que, em consulta ao sítio da ANATEL, na data de 24/01/2017, através do Sistema de Gestão de Certificação e Homologação (SGCH), foi encontrado certificado de homologação nº 1518-15-5095, emitido em 29/04/2015 com validade até 29/04/2020, para o mencionado transceptor.

Por sua vez, o laudo pericial de fls. 187/189, tendo por objeto o transceptor móvel instalado no veículo caminhão de placas NLB-5476 (conduzido pelo réu Jorge), atesta que, no momento dos exames, o referido transceptor estava configurado para operar no canal 1, na frequência de portadora 26,965 MHz, com potência de 8W (oito watts), com modulação AM, podendo operar dentro da região do espectro de frequências utilizado pelo Serviço de Rádio do Cidadão (26,960 a 27,860 MHz), ressaltando que toda estação transmissora deve possuir a respectiva licença para uso de radiofrequência da ANATEL e utilizar equipamentos devidamente homologados por essa agência. Atesta, ademais, que, em consulta ao Sistema de Gestão de Certificação e Homologação da ANATEL, em 30/01/2017, verificou-se que não há certificado de homologação para o transceptor móvel em questão.

Quanto à alegação da defesa de que se trata de aparelho de telecomunicação de baixa potência, o que implica na aplicação do princípio da insignificância ao caso *sub judice*, vale ressaltar que o crime capitulado pelo artigo 70 da Lei 4.117/62 é de perigo abstrato e tem por bem jurídico tutelado a segurança dos meios de comunicação, na medida em que a instalação e utilização de aparelhagem em desacordo com as exigências legais e, principalmente, sem a observância de requisitos técnicos podem causar interferências prejudiciais nas estações licenciadas que operem na mesma frequência e na mesma área de cobertura.

Nesse sentido, trago à colação o seguinte julgado:

> PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CONTRABANDO. ART. 334-A, § 1º, V, DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. CRIME FORMAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DO ART. 349 DO CP. DESCABIMENTO. DESCLASSIFICAÇÃO, DE OFÍCIO, DO CRIME DO ART. 183 DA LEI Nº 9.472/97 PARA DO ART. 70 DA LEI Nº 4.117/62. MATERIALIDADE AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DOSIMETRIA DAS PENAS. ALTERAÇÃO. DETRAÇÃO. ALEGAÇÃO DE ERRO MATERIAL PREJUDICADA. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
> 1. A materialidade e a autoria delitivas restaram comprovadas nos autos, em especial pelo Auto de Prisão em Flagrante (fls. 2/6), Auto de Apresentação e Apreensão (fls. 7/16) e Laudo de Perícia Criminal Federal (Merceologia) (fls. 95/108), conclusivo no sentido de demonstrar se tratar de cigarros importados do Paraguai, cujas marcas Eight, Palermo e Te não possuem autorização para importação, fabricação e/ou comercialização no território brasileiro. Além disso, as circunstâncias em que realizada a prisão em flagrante, aliadas à prova oral colhida, tanto na fase policial como judicial, confirmam de forma precisa e harmônica, a ocorrência dos fatos e a responsabilidade do apelante.
> 2. O entendimento atual da Jurisprudência é de que no crime de contrabando não pode ser aplicado o princípio da insignificância, tendo em vista que o bem jurídico tutelado é a saúde pública. A importância do bem jurídico tutelado e a reprovabilidade da conduta ofensiva ao bem comum impedem a aplicação do princípio da insignificância, na hipótese em exame, que trata da prática de delito de contrabando.
> 3. O contrabando é um delito formal e, assim, não exige a superveniência de um resultado naturalístico para o seu aperfeiçoamento. Na hipótese dos autos, a mercadoria ilícita ingressou no território nacional, o que é suficiente para a consumação delitiva, sendo irrelevante o efetivo dano para a Administração Pública.
> 4. No delito de descaminho e contrabando é responsável aquele que faz a importação pessoalmente e também quem colabora para esse fim, conscientemente, introduzindo ou transportando no país as mercadorias. Descabimento de desclassificação para o crime do artigo 349 do Código Penal e não ocorrência de participação de menor importância (art. 29, § 1º, do CP).
> 5. No caso em tela, não há indícios de habitualidade, por parte do réu, na utilização do rádio encontrado no veículo, de forma que não se pode imputar a ele o crime do art. 183 da Lei nº 9.472/97. Por esta razão, desclassifico, *ex officio*¸ a conduta imputada ao réu para o crime do art. 70 da Lei nº 4.117/62, posto que se tratou de utilização clandestina e eventual do rádio transceptor.
> 6. Conforme reiterada jurisprudência, o delito do artigo 70 da Lei nº 4.117/62 configura crime formal, que prescinde de resultado material efetivo para que se caracterize sua potencialidade lesiva. Nesses termos, irrelevante para o deslinde desta causa qualquer alegação a respeito da inocorrência de efetivo uso do referido transceptor ou exercício de atividade clandestina de comunicação desenvolvida pelo acusado.
> 7. Com efeito, as circunstâncias em que foi realizada a apreensão, aliadas à prova oral colhida, confirmam a ocorrência dos fatos descritos na denúncia e a responsabilidade pela autoria.
> 8. *Não pode ser aplicado o princípio da insignificância ao crime do artigo 70 da Lei nº 4.117/62, tendo em vista que se trata de crime de perigo abstrato. A importância do bem jurídico tutelado, que é o regular funcionamento das telecomunicações, e a reprovabilidade da conduta ofensiva ao bem comum impedem a aplicação do princípio da insignificância, na hipótese em exame, que trata da prática de delito contra as telecomunicações.*
> 9. Pena definitiva de contrabando mantida, nos moldes em que fixada pelo juízo *a quo*. Crime

do art. 70 da Lei nº 4.117/62. Pena fixada no mínimo legal.
10. Em razão do concurso material de crimes (Artigo 69 do Código Penal), somam-se as penas, no que resulta a pena definitiva de 03 (quatro) anos, 04 (quatro) meses e 10 (dez) dias, sendo 02 (dois) anos, 04 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 01 (um) ano de detenção. Deixo consignado que a pena de reclusão deve ser executada antes da pena de detenção, nos termos do artigo 69, *caput*, *in fine*, do Código Penal.
11. De fato, há erro material nos cálculos realizados pelo juízo *a quo* quando da aplicação da detração. Entretanto, após a desclassificação crime do art. 183 da Lei 9.472/97 para aquele do art. 70 da Lei 4.117/62, os cálculos da detração também devem ser alterados para refletir a emendatio libelli, de modo que a alegação de erro material resta prejudicada. Após aplicação da detração, a pena restante resultou em 03 (três) anos, 01 (um) mês e 19 (dezenove) dias de pena privativa de liberdade a ser cumprida.
12. Cabe ressaltar que a detração não influenciou na fixação do regime aberto, que seria o cabível havendo ou não a detração.
13. O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade deve ser estabelecido no regime aberto, nos termos do artigo 33, §2º, alínea "c" do Código Penal. Presentes os requisitos dos artigos 44 e seguintes do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, nos termos do artigo 46 do Código Penal, e prestação pecuniária no valor de 2 (dois) salários mínimos, a serem especificadas pelo Juízo das Execuções Penais.
14. Recurso desprovido.
(TRF3, Quinta Turma, ACR 00010491420164036138 ACR - APELAÇÃO CRIMINAL – 70174, Relator (a) DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 17/05/2017).

Ressalte-se, ainda, que o crime previsto no artigo 70 da Lei nº 4.117/62 possui natureza formal, de modo que se consuma com o mero risco potencial de lesão ao bem jurídico tutelado, qual seja, o regular funcionamento do sistema de telecomunicações, bastando para a tipificação a comprovação de que o agente instalou e/ou utilizou equipamento de telecomunição sem a devida autorização do órgão competente.

Conclui-se, portanto, que o princípio da insignificância é inaplicável ao presente caso.

Comprovada a materialidade delitiva, resta perquirir a respeito da autoria do crime.

Nesse ponto, verifica-se que os réus, em seus interrogatórios judiciais (fls. 278 – mídia CD), transcritos anteriormente, confessam a prática do delito de telecomunicação clandestina, embora aleguem que não tinham conhecimento do caráter ilícito de suas condutas. Afirmam que todos os motoristas de caminhão utilizam o rádio amador na estrada para se comunicarem, e que não possuíam ciência de que era necessária a autorização da ANATEL para o uso do equipamento.

No entanto, tal tese não deve prevalecer, tendo em vista que o artigo 21 do Código Penal é imperativo no sentido de que o desconhecimento da lei é inescusável, pois, no direito brasileiro, vige o princípio *ignorantia legis neminem excusat*.

Nem se diga, também, que não era possível o conhecimento da ilicitude do fato por parte dos réus, o que excluiria a culpabilidade, porque é de domínio público a necessidade de autorização estatal para a prática de telecomunicação.

É evidente que cabe exclusivamente ao Estado regular e disciplinar a instalação e funcionamento de quaisquer rádios, bem como de serviços de telecomunicações (inclusive SCM), pois a ele cabe zelar pela utilização racional do espaço eletromagnético nacional, a fim de evitar a ocorrência das conhecidas interferências de transmissão, que põem em risco o normal

desempenho de diversas atividades essenciais à sociedade, como o controle de aeronaves e as comunicações travadas pelos órgãos de segurança pública, especialmente as viaturas policiais.

A ignorância da lei não se confunde com o erro de proibição, o qual pode, em alguns casos, excluir o crime. A ignorância é a falta de conhecimento de alguma coisa ou fato. Já o erro de proibição, tese de defesa, saliente-se, ocorre quando o agente, por erro plenamente justificado, não tem ou não lhe é possível o conhecimento do fato, supondo que atua licitamente, o que não se enquadra na situação em comento, pois é fato notório que a instalação e o funcionamento de um serviço de radiodifusão requer autorização, concessão ou permissão da agência fiscalizadora, de modo que os acusados tinham plenas condições de se inteirar acerca da regra proibitiva.

Dessa forma, resta demonstrado nos autos que os acusados desenvolveram atividades de telecomunicação por radiodifusão em frequência modular, sem a devida autorização da ANATEL.

Conclui-se, portanto, que os acusados JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR e LEANDRO GONÇALVES DA SILVA, ao importarem, trazerem consigo, guardarem e transportarem, com vontade livre e consciente, substância entorpecente (2.400 quilogramas de "maconha"), que determina dependência física e psíquica, oriunda do Paraguai e que teria como destino final o porto de Santos, SP, em desacordo com determinação legal; ao associaram-se para o fim de praticar o crime do artigo 33, da Lei 11.343/06, e ao utilizarem equipamentos de telecomunicação sem autorização do Poder Concedente, como acima descrito, praticaram as condutas típicas descritas no artigo 33, "caput" e 35, combinados com o artigo 40, inciso I, todos da Lei 11.343/06, e no artigo 70 da Lei nº 4.117/62.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a denúncia oferecida, para o fim de CONDENAR os acusados JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR, brasileiro, casado, motorista, filho de Jorge da Silva Querino e Valquiria Ferreira Paiva Querino, nascido aos 16/09/1980 em Santos/SP, portador do documento de identidade sob R.G. nº 34451709 SSP/SP, residente na Rua Jardel Filho, 251, fundos, São Vicente/SP, atualmente preso e recolhido no Centro de Detenção Provisória de Diadema/SP, e LEANDRO GONÇALVES DA SILVA, brasileiro, casado, motorista, filho de Ivo Gonçalves da Silva e Maria Aparecida da Silva, nascido aos 14/02/1989 em São Paulo/SP, portador do documento de identidade sob R.G. nº 10745919 SEPS/PR, residente na Rua Monsenhor Tanaka, 300, bloco 18, apto. 34, Maringá/PR, atualmente preso e recolhido no Centro de Detenção Provisória de Mirandópolis I/SP, como incursos nas penas do artigo 33, "caput" e artigo 35, combinados com o artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, e artigo 70 da Lei nº 4.117/62, na forma dos artigos 29 e 69 do Código Penal.

Resta, agora, efetuar a dosimetria da pena.

I) JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR

Quanto ao crime previsto no artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/2006:

a) Circunstâncias judiciais – artigo 59 do Código Penal - a culpabilidade está evidenciada, apresentando dolo específico para a espécie de delito. O réu praticou um delito de extrema gravidade, transportando enorme quantidade da substância popularmente conhecida como "maconha" (2.400 Kg). O réu é primário e não ostenta maus antecedentes. No entanto, nos termos do artigo 42, da Lei nº 11.343/06, na fixação da pena, devem ser consideradas, com preponderância sobre as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP, a natureza e quantidade da droga apreendida, além da personalidade e da conduta do agente. Assim, embora o réu seja primário, verifica-se que as consequências do crime são graves, tendo em

vista que transportava grande quantidade de substância entorpecente, podendo gerar danos a toda a sociedade.

Nesse sentido, trago o seguinte precedente:

> *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O NOVO POSICIONAMENTO ADOTADO PELO PRETÓRIO EXCELSO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI nº 11.343/2006 NO MÁXIMO LEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. INVIABILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FUNDAMENTAÇÕES IDÔNEAS. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.
> [...]
> *Demonstrado, pelas instâncias ordinárias, o alto grau de reprovabilidade da conduta, decorrente da expressiva quantidade da droga apreendida, imperiosa uma resposta penal mais efetiva, restando plenamente justificada a exasperação da pena-base.*
> - No tocante à aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 em seu grau máximo, a jurisprudência desta Corte é no sentido de que a quantidade de droga apreendida, *in casu, 96 (noventa e seis) papelotes de maconha, pesando um total de 376g (trezentos e setenta e seis gramas)*, é causa suficiente para afastar a aplicação do grau máximo da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Precedentes.
> (HC 203298/PB *HABEAS CORPUS* 2011/0080752-5 Relator(a) Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (8300) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 12/03/2013 Data da Publicação/Fonte DJe 15/03/2013) - grifo nosso.

Desse modo, considerando que o acusado JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR transportou grande quantidade de substância entorpecente, vinda do Paraguai, que determina dependência física e psíquica, com vontade livre e consciente, sem autorização, até que o veículo que ele conduzia fosse abordado pelos policiais militares, na Rodovia Raposo Tavares, SP-270, Km 111, município de Araçoiaba da Serra/SP, incidindo na conduta típica descrita no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, fixo-lhe a pena-base acima do mínimo legal, ou seja, em *5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão, e ao pagamento de multa, equivalente 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa*, pois assim restarão atendidos os fins repressivos e de prevenção geral e específica da sanção penal.

b) Circunstâncias agravantes e atenuantes –

A pretensão ministerial de aplicação da agravante do artigo 62, inciso IV, do Código Penal deve ser rejeitada, porquanto a circunstância de execução ou participação no crime mediante paga ou promessa de recompensa é inerente à figura legal do delito do artigo 33, "caput" da Lei 11.343/06, destarte já sendo considerada pelo legislador ao delimitar as penas cominadas.

Nesse sentido, vale transcrever os seguintes julgados:

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. CONSIDERAÇÃO EM MAIS DE UMA ETAPA DA DOSIMETRIA. *BIS IN IDEM*. CRIME MEDIANTE PAGA OU RECOMPENSA. AGRAVANTE GENÉRICA. INAPLICABILIDADE.
> 1. Secundando o entendimento firmado no âmbito do Pretório Excelso, esta Corte tem entendido que "a utilização de um mesmo argumento - referente à natureza e à quantidade de

drogas - em duas fases do cálculo da pena caracteriza dupla punição pelo mesmo fato, devendo o juiz escolher em qual momento da dosimetria essa circunstância vai ser levada em conta, mas apenas em uma fase, a fim de evitar *bis in idem*". (HC 283.306/SP, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 02/06/2014).
2. *Esta Corte de Justiça tem jurisprudência uniforme no sentido de que a agravante do inciso IV do artigo 62 do Código Penal não tem incidência no crime de tráfico de drogas que, tratando-se de tipo misto alternativo, pode decorrer de conduta onerosa ou gratuita, qualquer delas inerente e bastante à configuração do delito.*
3. Agravo regimental improvido.
(STJ – Sexta Turma - AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – 1360277 – RELATORA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA – Fonte: DJE DATA:05/09/2014) (grifo nosso).

PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROVA. PENA. GRADUAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/06. TRANSNACIONALIDADE. REGIME DE CUMPRIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA.
- Materialidade e autoria dolosa provadas no conjunto processual.
- Circunstâncias judiciais que não autorizam a graduação da pena-base acima do mínimo legal.
- *Pretensão ministerial de aplicação da agravante do artigo 62, inciso IV, do Código Penal rejeitada porquanto a circunstância de execução ou participação no crime mediante paga ou promessa de recompensa é inerente à figura legal do delito do artigo 33, "caput" da Lei 11.343/06, destarte já sendo considerada pelo legislador ao delimitar as penas cominadas.*
- Afastada qualquer possibilidade de incidência da atenuante da confissão espontânea, uma vez que não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Súmula 231 do E. STJ.
- Causa de diminuição do artigo 33, § 4º que não incide no caso em virtude das circunstâncias do delito (contato com agentes de organização criminosa atuando no tráfico internacional) a revelarem propensão criminosa, não se lobrigando o preenchimento do requisito cunhado na lei com a expressão "não se dedique às atividades criminosas". Lei que é de combate ao tráfico, a concessão indiscriminada do benefício legal aos agentes transportadores da droga vindo a facilitar as atividades das organizações criminosas, de modo a, também sob pena do paradoxo da aplicação da lei com estímulo ao tráfico , impor-se a interpretação afastando presunções e exigindo fortes e seguros elementos de convicção da delinquência ocasional.
- Circunstância da transnacionalidade que restou devidamente comprovada e que se caracteriza pela execução potencial (restrita ao território de um país mas destinada a operar efeitos em outro) ou efetiva do delito abrangendo o território de mais de um país. Descabida a pretensão da acusação de aumento do percentual em função da distância do destino da droga, o que não se depara de maior censurabilidade, tudo dependendo de casuísmos, numa viagem mais curta mas de riscos maiores podendo o agente revelar maior capacidade para a traficância, mantido o patamar mínimo previsto aplicado na sentença.
- Mantido o regime semiaberto para início de cumprimento de pena.
- Pedido da defesa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito que se rejeita porquanto não preenchido o requisito objetivo do limite de pena.
- Recursos parcialmente providos.
(TRF 3 – Segunda Turma - ACR 00066896020134036119 ACR - APELAÇÃO CRIMINAL – 58124 – RELATOR DESMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR – Fonte: e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/08/2014).

Por outro lado, considerando que o réu, em seu interrogatório, confessou o delito, aplico-lhe a atenuante da confissão, conforme autoriza o disposto no artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal e reduzo-lhe a pena em 1/6 (um sexto) para 5 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de multa, equivalente a 500 (quinhentos) dias-multa, observando-se o disposto

pela Súmula nº 231 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual "a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

c) Causa de aumento de pena – artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06 – elevo a pena em 1/6.

O conjunto probatório carreado aos autos é forte o bastante para confirmar que a substância entorpecente foi trazida pelo acusado do Paraguai.

Em sendo assim, em face da grande quantidade da droga apreendida (2.400 Kg da substância popularmente conhecida como "maconha"), de ordinário não produzida em território nacional, aliada ao fato de o local de origem da viagem ser uma cidade do Mato Grosso do Sul, estado este que faz fronteira com o Paraguai, onde a referida droga é produzida em larga escala, além de que, de acordo com o laudo pericial de fls. 55/62, foi apurado que nos telefones celulares dos acusados havia contatos com os números registrados com o DDI do Paraguai (595), bem como a circunstância de que ambos os réus indicaram que estavam se dirigindo ao porto de Santos/SP, é forçoso concluir pela transnacionalidade do delito.

Destarte, resta caracterizada a causa de aumento da pena, prevista pelo artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, razão pela qual elevo a pena provisória fixada acima, qual seja, de 05 (cinco) anos de reclusão, mais 500 (quinhentos) dias-multa, em 1/6, redundando, pois, na pena de *05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa*.

d) Causa de diminuição de pena – não há.

A causa de diminuição da pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11343/2006 não se aplica ao caso em tela, uma vez que há elementos nos autos que denotam que o réu integra organização criminosa voltada para o tráfico ilícito de entorpecentes, em razão do fato de ele ser o transportador contratado da droga, aliado às circunstâncias em que o delito ocorreu, notadamente a expressiva quantidade da droga apreendida (2.400 Kg de maconha), acondicionada no interior da carreta do caminhão, escamoteada sob a carga de açúcar a granel.

Nesse sentido: STJ, Quinta Turma, AGRESP 201103013752, Relator(a) RIBEIRO DANTAS, Fonte eDJE DATA: 22/06/2016.

Também não há que se falar na incidência da causa de redução de pena prevista no artigo 24, § 2º, do Código Penal, na medida em que não restou comprovado que o acusado agiu em estado de necessidade, conforme o anteriormente exposto.

Assim, mantenho a pena fixada em *5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa*.

Portanto, a pena de JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR, pelos crimes descritos nos artigos 33, *caput* e 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/06, fica fixada em *05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa*, fixando, para cada dia-multa, o valor unitário de um trigésimo do salário mínimo legal vigente à época dos fatos, devidamente corrigido.

Quanto ao delito previsto no artigo 35, "caput", da Lei 11.343/06:

a) Circunstâncias judiciais – artigo 59 do Código Penal – a culpabilidade está evidenciada, apresentando dolo específico para a espécie de delito, já que houve vontade livre e consciente do réu Jorge em unir-se a outras pessoas, com estabilidade e permanência, tendo a finalidade especial de cometer crime de tráfico internacional de entorpecentes.

Da análise do laudo pericial de fls. 55/62, infere-se que, nos celulares encontrados em poder dos acusados, foram localizados registros, em agenda telefônica, de números com có-

digos do Paraguai (DDI 595), evidenciando a relação dos réus com pessoas desse país, com a importação e futura exportação da droga apreendida, que certamente ocorreria no porto de Santos, SP, de modo que fica demonstrada a existência e colaboração com uma estrutura organizada para a prática do crime de tráfico internacional de entorpecentes.

Resta comprovado, portanto, que o réu Jorge se associou ao corréu Leandro, para o fim de realizar o transporte da droga oriunda do Paraguai com destino ao porto de Santos, SP, adentrando ao Brasil, objetivando, assim, com vontade livre e consciente, em associação com o corréu, fazer ingressar, no território nacional, a substância entorpecente ("maconha"), que causa dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, incidindo na conduta típica descrita no artigo 35, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Assim, considerando que o acusado JORGE DA SILVA QUERINO associou-se com o corréu para o fim de praticar o crime previsto pelo artigo 33, *caput*, da Lei nº 11343/06, incidiu na conduta típica descrita no artigo 35, *caput*, da Lei nº 11.343/06. O réu é primário e não ostenta maus antecedentes, motivo pelo qual fixo a pena-base no mínimo legal, em *3 (três) anos de reclusão, e ao pagamento de multa, equivalente 700 (setecentos) dias-multa*, pois assim restarão atendidos os fins repressivos e de prevenção geral e específica da sanção penal.

b) Circunstâncias agravantes – não há.

c) Circunstância atenuante – não há.

d) Causa de aumento – artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06 – elevação da pena em 1/6 (sexta-parte).

Inicialmente, cabe destacar que as causas de aumento previstas no artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, alcançam crimes previstos nos artigos 33 a 37, da Lei º 11343/06, não havendo "bis in idem" em função da incidência simultânea da internacionalidade sobre tais delitos, já que incidem de forma autônoma sobre referidos delitos, segundo posicionamento externado pelo Eg. STJ, em questão similar, no julgamento do HC 48466/SP, Min. Relator Hamilton Carvalhido, julgado em 19/09/2006, publicado no DJE de 22/09/2008.

Com efeito, figura-se plenamente possível a aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, I, da Lei nº 11.343/06 para a majoração da pena de ambos os delitos praticados pelas acusadas - tráfico e associação para o tráfico -, conforme precedentes do E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região e do Supremo Tribunal Federal, o qual, aliás, firmou entendimento nesse sentido ainda sob a égide da revogada Lei nº 6.368/76 (destaquei):

> *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. AUXÍLIO AO TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. LEI nº 6.368/76. CRIMES AUTÔNOMOS. CAUSA DE AUMENTO DE PENA APLICADA AOS DOIS CRIMES. TRANSNACIONALIDADE. ALEGAÇÃO DE *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.
> 1. *Os delitos de auxílio ao tráfico de drogas e de associação para o tráfico, previstos na Lei nº 6.368/76, são autônomos, assim, a causa de aumento consistente na transnacionalidade incide sobre cada um deles de forma independente.*
> *2. Não ocorrência do* bis in idem.
> *3. Ordem denegada.*
> (STF, HC 97979, Cármen Lúcia, Primeira Turma, j. 03.11.2009).

> APELAÇÃO CRIMINAL. *TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES*. LABORATÓRIO PARA O REFINO. *ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO*. "OPERAÇÃO CAMISA 10". ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - BENEFÍCIO CONCEDIDO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PREJUDICADO. PRELIMINARES DE NULIDADE: INÉPCIA DA INICIAL.

QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO SEM O PRÉVIO ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS. DENÚNCIA ANÔNIMA. SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. REITERADAS PRORROGAÇÕES. NÃO TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DAS INTERCEPTAÇÕES. CERCEAMENTO DE DEFESA COM A FALTA DE OITIVA DOS CORRÉUS. NÃO INTIMAÇÃO DO DEFENSOR PARA APRESENTAÇÃO DA DEFESA PRELIMINAR. NULIDADDES AFASTADAS. ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS DA AUTORIA QUANTO AO TRÁFICO E À MANUTENÇÃO DE LABORATÓRIO DE REFINO, EXCETO QUANTO A LEONARDO E ANTONIO. CONDENAÇÃO PELA ASSOCIAÇÃO. *MANTIDA A CAUSA DE AUMENTO DA INTERNACIONALIDADE*. DOLO PRESENTE. *AFASTADO O BIS IN IDEM*. DOSIMETRIA DA PENA. MANTIDA. MAJORAÇÃO. DE MENOR POTENCIAL NÃO CONSTATADA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/06 INAPLICÁVEL.
(...)
9 - Não procede a alegação de bis in idem decorrente da incidência da causa de aumento do artigo 40, I da lei 11.343/2006 em todos os delitos, pois trata-se de delitos autônomos.
(...).
16 - Apelações das defesas de Marcelle, Sérgio e Alex parcialmente providas para absolvê-los da prática dos crimes previstos nos artigo 33 e 34, c.c. 40, I, da Lei 11.343/06, e dos corréu Leonardo e Antonio integralmente desprovidas.
(TRF3, ACR 00052896120104036104, José Lunardelli, Primeira Turma, e-DJF3 Data: 29.04.2014).

Em sendo assim, em face da grande quantidade da droga apreendida (2.400 Kg da substância popularmente conhecida como "maconha"), de ordinário não produzida em território nacional, aliada ao fato de o local de origem da viagem ser uma cidade do Mato Grosso do Sul, estado este que faz fronteira com o Paraguai, onde a referida droga é produzida em larga escala, além de que, de acordo com o laudo pericial de fls. 55/62, foi apurado que nos telefones celulares dos acusados havia contatos com os números registrados com o DDI do Paraguai (595), bem como a circunstância de que ambos os réus indicaram que estavam se dirigindo ao porto de Santos/SP, é forçoso concluir pela transnacionalidade do delito.

Destarte, resta caracterizada a causa de aumento da pena, prevista pelo artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, razão pela qual elevo a pena provisória fixada acima, qual seja, de *3 (três) anos de reclusão, mais 700 (setecentos) dias-multa, em 1/6, redundando, pois, na pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa.*

e) Causa de diminuição de pena – não há.

Assim, JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR fica condenado à pena provisória de *3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa*, sendo a cada dia-multa aplicado o valor unitário de um trigésimo do salário mínimo legal vigente à época dos fatos, devidamente corrigido, pela prática do delito previsto no artigo 35, "caput", combinado com o artigo 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/06.

Quanto ao crime previsto no artigo 70, da Lei nº 4.117/62:

a) Circunstâncias judiciais – artigo 59 do Código Penal – considerando que a culpabilidade não tem grau elevado de censurabilidade a ensejar maior reprimenda penal; considerando que as circunstâncias foram as ordinárias para o tipo penal; considerando que não houve comportamento vitimógeno e nem consequências do crime a serem observadas; considerando que o acusado utilizou equipamento de telecomunicação, sem a autorização do órgão competente; considerando que o réu é primário e não ostenta maus antecedentes, fixo a pena-base no mínimo legal em *1 (um) ano de detenção*, pela conduta descrita no artigo 70, da Lei

nº 4.117/62, posto que somente assim restarão atendidos os fins repressivos e de prevenção geral e específica da sanção penal.

b) Circunstâncias agravantes – artigo 61, do Código Penal – ausentes circunstâncias que determinem o agravamento da pena aplicada.

c) Circunstâncias atenuantes – artigo 65, do Código Penal – considerando que o réu, em seu interrogatório, confessou o delito, aplico-lhe a atenuante da confissão, conforme autoriza o disposto no artigo 65, inciso III, alínea "d" do Código Penal, contudo mantenho a pena em *1 (um) ano de detenção*, em observância ao disposto pela Súmula nº 231 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual "a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

d) Causas de aumento ou diminuição de pena – Deixo de aplicar o aumento da metade da pena do artigo 70, da Lei nº 4.117/62, tendo em vista que não ficou comprovado nos autos que houve dano a terceiro.

Fixada a pena-base, bem como ausentes outras circunstâncias atenuantes ou agravantes, e de aumento e de diminuição de pena, fica condenado JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR, à pena de *1 (um) ano de detenção*, fixando o dia-multa no valor de um trigésimo do salário mínimo legal, devidamente corrigido, pelo crime descrito no artigo 70, da Lei nº 4.117/62.

Fixadas as penas em separado para os três delitos, deve-se proceder à unificação prevista no artigo 69 do Código Penal, ou seja, aplicar cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido, na medida em que, mediante mais de uma ação ou omissão, foram praticados dois ou mais crimes, ressaltando-se que, no caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela. Em relação à multa, também se opera a cumulatividade, nos termos do artigo 72 do Código Penal.

Portanto, a pena definitiva de JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR, pela prática dos crimes descritos no artigo 33, "caput" e artigo 35, "caput", combinados com o artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, e do delito previsto no artigo 70 da Lei nº 4.117/62, fica fixada em *9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 1 (um) ano de detenção, e pagamento de multa equivalente a 1.399 (um mil, trezentos e noventa e nove) dias-multa*, sendo cada dia-multa no valor de um trigésimo do salário mínimo legal vigente à época dos fatos, devidamente corrigido.

Considerando a parte final do artigo 69, "caput", do Código Penal, no caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, estas não se somam, devendo ser executada por primeiro a pena de reclusão e, após, a de detenção.

Por outro lado, conforme orientação firmada no âmbito da Corte Superior, a análise quanto ao regime inicial e quanto à substituição das penas, em concurso material de crimes, deve ser feita sob o somatório das reprimendas. Nesse sentido: TRF3, Décima Primeira Turma, ACR 00121094420154036000, ACR – APELAÇÃO CRIMINAL 66839, Relator(a) DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 11/04/2017.

Para fins de determinação do regime inicial de cumprimento da pena, deve-se efetuar a detração, descontando-se da pena aplicada o período de prisão provisória cumprida pelo condenado, nos termos do parágrafo 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, inserido pela Lei nº 12.736, de 30 de novembro de 2012.

No caso dos autos, o acusado foi preso em flagrante delito em 05/10/2016 e, desde então, encontra-se recolhido ao cárcere, haja vista que a sua prisão em fragrante foi convertida em preventiva, tendo sido expedido mandado de prisão em seu desfavor pela Justiça Estadual de Sorocaba/SP (fls. 73), ressaltando-se que foram ratificados os atos praticados pelo Juízo

Estadual, incluindo a conversão em prisão preventiva (fls. 80).

Desse modo, considerando que o acusado cumpriu, até a presente data (14/06/2017), prisão provisória pelo lapso de tempo total de 08 (oito) meses e 09 (nove) dias, efetuada a detração desse período, tem-se que resulta no cumprimento da pena restante de *09 (nove) anos, 07 (sete) meses e 21 (vinte e um) dias*.

Em sendo assim, fixo o regime prisional inicial FECHADO ao acusado, nos termos do artigo 33, § 2º, "a", do Código Penal.

No que se refere à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ausentes estão os pressupostos objetivos à concessão, tendo em vista que fixada reprimenda privativa de liberdade superior a 04 (quatro) anos de reclusão.

Ainda que assim não fosse, ausentes também estão os pressupostos subjetivos previstos no artigo 44 do Código Penal, porquanto a grande quantidade da droga teria o condão de causar consequências graves a número relevante de pessoas, não sendo, assim, tal conduta compatível com os escopos da substituição.

Não há falar-se, igualmente, em direito a recorrer em liberdade, porquanto verifico estar presente pressuposto da prisão preventiva, uma vez que, além de a autoria e a materialidade delitivas já terem sido exaustivamente demonstradas, é certo que o acusado foi preso em flagrante na posse de expressiva quantidade de droga, tendo permanecido em custódia durante todo o processo, razão pela qual deve ser recolhido à prisão, com vistas à garantia da ordem pública.

II) LEANDRO GONÇALVES DA SILVA

Quanto ao crime previsto no artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/2006:

a) Circunstâncias judiciais – artigo 59 do Código Penal - a culpabilidade está evidenciada, apresentando dolo específico para a espécie de delito. O réu praticou um delito de extrema gravidade, auxiliando no transporte de enorme quantidade da substância popularmente conhecida como "maconha" (2.400 Kg). Observa-se que no apenso de antecedentes existe um apontamento *com trânsito em julgado* em face do acusado, referente à ação penal nº 0002085-17.2010.8.16.0121, que tramitou perante o Juízo da Comarca de Nova Londrina/PR, em que o réu foi condenado à pena de 07 (sete) anos de reclusão pelo delito previsto no artigo 121, § 2º, IV, do Código Penal, em regime inicial fechado, havendo o trânsito em julgado da demanda para o réu e para a defesa em 15/08/2012 e para o Ministério Público Federal em 22/08/2011, conforme consta na certidão de fls. 19 do apenso de antecedentes. Esse apontamento gera a reincidência e será valorado na segunda fase de dosimetria da pena. Ou seja, tendo em vista que esse aspecto negativo implica na agravante reincidência, efetua-se o reconhecimento da circunstância judicial como desfavorável, *porém sua valoração* será efetuada na segunda fase da dosimetria da pena, pelo que o aumento respectivo irá ser aplicado na segunda fase. Nos termos do artigo 42, da Lei nº 11.343/06, na fixação da pena, devem ser consideradas, com preponderância sobre as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP, a natureza e quantidade da droga apreendida, além da personalidade e da conduta do agente. Assim, a despeito de serem graves as consequências do crime, o acusado Leandro apenas auxiliou no transporte do entorpecente, servindo como "batedor" da carreta que transportava a droga.

Desse modo, considerando que o acusado LEANDRO GONÇALVES DA SILVA auxiliou no transporte, servindo como "batedor" de grande quantidade de substância entorpecente, vinda do Paraguai, que determina dependência física e psíquica, com vontade livre e consciente, sem autorização, até que o veículo que ele conduzia e o caminhão carregado com a droga fossem

abordados pelos policiais militares, na Rodovia Raposo Tavares, SP-270, Km 111, município de Araçoiaba da Serra/SP, incidindo na conduta típica descrita no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, fixo-lhe a pena-base no mínimo legal, ou seja, em *5 (cinco) anos de reclusão, e ao pagamento de multa,* equivalente a 500 (quinhentos) dias-multa, pois assim restarão atendidos os fins repressivos e de prevenção geral e específica da sanção penal.

b) Circunstâncias agravantes e atenuantes – Está presente a circunstância agravante da reincidência, nos termos do artigo 61, inciso I, do Código Penal, tendo em vista que, conforme já aduzido, o acusado foi condenado na ação penal nº 0002085-17.2010.8.16.0121, que tramitou perante o Juízo da comarca de Nova Londrina, pela prática do crime descrito no artigo 121, § 2º, IV, do Código Penal (por duas vezes), tendo transitado em julgado para o réu e para a defesa em 15/08/2012 e para o Ministério Público Federal em 22/08/2011 (fls. 19 do apenso de antecedentes). Assim, procedo ao aumento da pena em 1/6, fixando-a em *5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e ao pagamento de multa, equivalente a 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.*

Por outro lado, a pretensão ministerial de aplicação da agravante do artigo 62, inciso IV, do Código Penal deve ser rejeitada, porquanto a circunstância de execução ou participação no crime mediante paga ou promessa de recompensa é inerente à figura legal do delito do artigo 33, "caput" da Lei 11.343/06, destarte já sendo considerada pelo legislador ao delimitar as penas cominadas.

Nesse sentido, vale transcrever os seguintes julgados:

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. CONSIDERAÇÃO EM MAIS DE UMA ETAPA DA DOSIMETRIA. *BIS IN IDEM*. CRIME MEDIANTE PAGA OU RECOMPENSA. AGRAVANTE GENÉRICA. INAPLICABILIDADE.
> 1. Secundando o entendimento firmado no âmbito do Pretório Excelso, esta Corte tem entendido que "a utilização de um mesmo argumento - referente à natureza e à quantidade de drogas - em duas fases do cálculo da pena caracteriza dupla punição pelo mesmo fato, devendo o juiz escolher em qual momento da dosimetria essa circunstância vai ser levada em conta, mas apenas em uma fase, a fim de evitar *bis in idem*". (HC 283.306/SP, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 02/06/2014).
> *2. Esta Corte de Justiça tem jurisprudência uniforme no sentido de que a agravante do inciso IV do artigo 62 do Código Penal não tem incidência no crime de tráfico de drogas que, tratando-se de tipo misto alternativo, pode decorrer de conduta onerosa ou gratuita, qualquer delas inerente e bastante à configuração do delito.*
> 3. Agravo regimental improvido.
> (STJ – Sexta Turma - AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – 1360277 – RELATORA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA – Fonte: DJE DATA:05/09/2014) (grifo nosso).

> PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROVA. PENA. GRADUAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/06. TRANSNACIONALIDADE. REGIME DE CUMPRIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA.
> - Materialidade e autoria dolosa provadas no conjunto processual.
> - Circunstâncias judiciais que não autorizam a graduação da pena-base acima do mínimo legal.
> *- Pretensão ministerial de aplicação da agravante do artigo 62, inciso IV, do Código Penal rejeitada porquanto a circunstância de execução ou participação no crime mediante paga ou promessa de recompensa é inerente à figura legal do delito do artigo 33, "caput" da Lei 11.343/06, destarte já sendo considerada pelo legislador ao delimitar as penas cominadas.*

- Afastada qualquer possibilidade de incidência da atenuante da confissão espontânea, uma vez que não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Súmula 231 do E. STJ.
- Causa de diminuição do artigo 33, §4º que não incide no caso em virtude das circunstâncias do delito (contato com agentes de organização criminosa atuando no tráfico internacional) a revelarem propensão criminosa, não se lobrigando o preenchimento do requisito cunhado na lei com a expressão "não se dedique às atividades criminosas". Lei que é de combate ao tráfico, a concessão indiscriminada do benefício legal aos agentes transportadores da droga vindo a facilitar as atividades das organizações criminosas, de modo a, também sob pena do paradoxo da aplicação da lei com estímulo ao tráfico , impor-se a interpretação afastando presunções e exigindo fortes e seguros elementos de convicção da delinquência ocasional.
- Circunstância da transnacionalidade que restou devidamente comprovada e que se caracteriza pela execução potencial (restrita ao território de um país mas destinada a operar efeitos em outro) ou efetiva do delito abrangendo o território de mais de um país. Descabida a pretensão da acusação de aumento do percentual em função da distância do destino da droga, o que não se depara de maior censurabilidade, tudo dependendo de casuísmos, numa viagem mais curta mas de riscos maiores podendo o agente revelar maior capacidade para a traficância, mantido o patamar mínimo previsto aplicado na sentença.
- Mantido o regime semiaberto para início de cumprimento de pena.
- Pedido da defesa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito que se rejeita porquanto não preenchido o requisito objetivo do limite de pena.
- Recursos parcialmente providos.
(TRF 3 – Segunda Turma - ACR 00066896020134036119 ACR - APELAÇÃO CRIMINAL – 58124 – RELATOR DESMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR – Fonte: e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/08/2014).

c) Causa de aumento de pena – artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06 – elevo a pena em 1/6.

O conjunto probatório carreado aos autos é forte o bastante para confirmar que a substância entorpecente foi trazida pelo acusado do Paraguai.

Em sendo assim, em face da grande quantidade da droga apreendida (2.400 Kg da substância popularmente conhecida como "maconha"), de ordinário não produzida em território nacional, aliada ao fato de o local de origem da viagem ser uma cidade do Mato Grosso do Sul, estado este que faz fronteira com o Paraguai, onde a referida droga é produzida em larga escala, além de que, de acordo com o laudo pericial de fls. 55/62, foi apurado que nos telefones celulares dos acusados havia contatos com os números registrados com o DDI do Paraguai (595), bem como a circunstância de que ambos os réus indicaram que estavam se dirigindo ao porto de Santos/SP, é forçoso concluir pela transnacionalidade do delito.

Destarte, resta caracterizada a causa de aumento da pena, prevista pelo artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, razão pela qual elevo a pena provisória fixada acima, qual seja, de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, em 1/6, redundando, pois, na pena de *06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e ao pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa.*

d) Causa de diminuição de pena – não há.

A causa de diminuição da pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11343/2006 não se aplica ao caso em tela, uma vez que o réu Leandro Gonçalves da Silva não é primário, já que foi reconhecido acima como reincidente, pelo que tal fato, por si só, afasta a aplicação do §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

Ademais, ainda que assim não fosse, não existe dúvida de que o réu Leandro, juntamente

com o corréu, integra uma organização criminosa ou, ao menos, se dedica de forma não eventual a atividades criminosas, sendo totalmente inviável a incidência de tal minorante.

Com efeito, há elementos nos autos que denotam que o réu integra organização criminosa voltada para o tráfico ilícito de entorpecentes, em razão do fato de ele ser o "batedor" contratado para o transporte da droga, aliado às circunstâncias em que o delito ocorreu, notadamente a expressiva quantidade da droga apreendida (2.400 Kg de maconha), acondicionada no interior da carreta do caminhão, escamoteada sob a carga de açúcar a granel.

Nesse sentido: STJ, Quinta Turma, AGRESP 201103013752, Relator(a) RIBEIRO DANTAS, Fonte eDJE DATA:22/06/2016.

Também não há que se falar na incidência da causa de redução de pena prevista no artigo 24, § 2º, do Código Penal, na medida em que não restou comprovado que o acusado agiu em estado de necessidade, conforme o anteriormente exposto.

Assim, mantenho a pena fixada em *06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e ao pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa*.

Portanto, a pena de LEANDRO GONÇALVES DA SILVA, pelos crimes descritos nos artigos 33, *caput e* 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/06, fica fixada em *06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e ao pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa*, fixando, para cada dia-multa, o valor unitário de um trigésimo do salário mínimo legal vigente à época dos fatos, devidamente corrigido.

Quanto ao delito previsto no artigo 35, "caput", da Lei 11.343/06:

a) Circunstâncias judiciais – artigo 59 do Código Penal – a culpabilidade está evidenciada, apresentando dolo específico para a espécie de delito, já que houve vontade livre e consciente do réu Leandro em unir-se a outras pessoas, com estabilidade e permanência, tendo a finalidade especial de cometer crime de tráfico internacional de entorpecentes.

Da análise do laudo pericial de fls. 55/62, infere-se que, nos celulares encontrados em poder dos acusados, foram localizados registros, em agenda telefônica, de números com códigos do Paraguai (DDI 595), evidenciando a relação dos réus com pessoas desse país, com a importação e futura exportação da droga apreendida, que certamente ocorreria no porto de Santos, SP, de modo que fica demonstrada a existência e colaboração com uma estrutura organizada para a prática do crime de tráfico internacional de entorpecentes.

Resta comprovado, portanto, que o réu Leandro se associou ao corréu Jorge, para o fim de realizar o transporte da droga oriunda do Paraguai com destino ao porto de Santos, SP, adentrando ao Brasil, objetivando, assim, com vontade livre e consciente, em associação com o corréu, fazer ingressar, no território nacional, a substância entorpecente ("maconha"), que causa dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, incidindo na conduta típica descrita no artigo 35, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Assim, considerando que o acusado LEANDRO GONÇALVES DA SILVA associou-se com o corréu para o fim de praticar o crime previsto pelo artigo 33, *caput*, da Lei nº 11343/06, incidiu na conduta típica descrita no artigo 35, *caput*, da Lei nº 11.343/06. Observa-se que no apenso de antecedentes existe um apontamento *com trânsito em julgado* em face do acusado, referente à ação penal nº 0002085-17.2010.8.16.0121, que tramitou perante o Juízo da Comarca de Nova Londrina/PR, em que o réu foi condenado à pena de 07 (sete) anos de reclusão pelo delito previsto no artigo 121, § 2º, IV, do Código Penal, em regime inicial fechado, havendo o trânsito em julgado da demanda para o réu e para a defesa em 15/08/2012 e para o Ministério Público Federal em 22/08/2011, conforme consta na certidão de fls. 19 do apenso de antece-

dentes. Esse apontamento gera a reincidência e será valorado na segunda fase de dosimetria da pena. Ou seja, tendo em vista que esse aspecto negativo implica na agravante reincidência, efetua-se o reconhecimento da circunstância judicial como desfavorável, *porém sua valoração* será efetuada na segunda fase da dosimetria da pena, pelo que o aumento respectivo irá ser aplicado na segunda fase. Desse modo, fixo a pena-base no mínimo legal, em *3 (três) anos de reclusão, e ao pagamento de multa, equivalente 700 (setecentos) dias-multa*, pois assim restarão atendidos os fins repressivos e de prevenção geral e específica da sanção penal.

b) Circunstâncias agravantes – Está presente a circunstância agravante da reincidência, nos termos do artigo 61, inciso I, do Código Penal, tendo em vista que, conforme já aduzido, o acusado foi condenado na ação penal nº 0002085-17.2010.8.16.0121, que tramitou perante o Juízo da comarca de Nova Londrina, pela prática do crime descrito no artigo 121, § 2º, IV, do Código Penal (por duas vezes), tendo transitado em julgado para o réu e para a defesa em 15/08/2012 e para o Ministério Público Federal em 22/08/2011 (fls. 19 do apenso de antecedentes). Assim, procedo ao aumento da pena em 1/6, fixando-a em *3 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e ao pagamento de multa, equivalente a 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa*.

c) Circunstância atenuante – não há.

d) Causa de aumento – artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06 – elevação da pena em 1/6 (sexta-parte).

Inicialmente, cabe destacar que as causas de aumento previstas no artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, alcançam crimes previstos nos artigos 33 a 37, da Lei º 11343/06, não havendo "bis in idem" em função da incidência simultânea da internacionalidade sobre tais delitos, já que incidem de forma autônoma sobre referidos delitos, segundo posicionamento externado pelo Eg. STJ, em questão similar, no julgamento do HC 48466/SP, Min. Relator Hamilton Carvalhido, julgado em 19/09/2006, publicado no DJE de 22/09/2008.

Com efeito, figura-se plenamente possível a aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, I, da Lei nº 11.343/06 para a majoração da pena de ambos os delitos praticados pelas acusadas - tráfico e associação para o tráfico -, conforme precedentes do E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região e do Supremo Tribunal Federal, o qual, aliás, firmou entendimento nesse sentido ainda sob a égide da revogada Lei nº 6.368/76 (destaquei):

> *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. AUXÍLIO AO TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. LEI nº 6.368/76. CRIMES AUTÔNOMOS. CAUSA DE AUMENTO DE PENA APLICADA AOS DOIS CRIMES. TRANSNACIONALIDADE. ALEGAÇÃO DE *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.
> 1. *Os delitos de auxílio ao tráfico de drogas e de associação para o tráfico, previstos na Lei nº 6.368/76, são autônomos, assim, a causa de aumento consistente na transnacionalidade incide sobre cada um deles de forma independente.*
> *2. Não ocorrência do* bis in idem.
> *3. Ordem denegada*
> (STF, HC 97979, Cármen Lúcia, Primeira Turma, j. 03.11.2009).

> APELAÇÃO CRIMINAL. *TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES*. LABORATÓRIO PARA O REFINO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. "OPERAÇÃO CAMISA 10". ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - BENEFÍCIO CONCEDIDO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PREJUDICADO. PRELIMINARES DE NULIDADE: INÉPCIA DA INICIAL. QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO SEM O PRÉVIO ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS. DENÚNCIA ANÔNIMA. SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. REITERADAS PRORROGAÇÕES. NÃO TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DAS INTERCEPTAÇÕES. CERCEAMENTO DE DEFESA

COM A FALTA DE OITIVA DOS CORRÉUS. NÃO INTIMAÇÃO DO DEFENSOR PARA APRESENTAÇÃO DA DEFESA PRELIMINAR. NULIDADDES AFASTADAS. ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS DA AUTORIA QUANTO AO TRÁFICO E À MANUTENÇÃO DE LABORATÓRIO DE REFINO, EXCETO QUANTO A LEONARDO E ANTONIO. CONDENAÇÃO PELA ASSOCIAÇÃO. *MANTIDA A CAUSA DE AUMENTO DA INTERNACIONALIDADE*. DOLO PRESENTE. *AFASTADO O BIS IN IDEM*. DOSIMETRIA DA PENA. MANTIDA. MAJORAÇÃO. DE MENOR POTENCIAL NÃO CONSTATADA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/06 INAPLICÁVEL.
(...)
9 - Não procede a alegação de bis in idem decorrente da incidência da causa de aumento do artigo 40, I da lei 11.343/2006 em todos os delitos, pois trata-se de delitos autônomos.
(...).
16 - Apelações das defesas de Marcelle, Sérgio e Alex parcialmente providas para absolvê-los da prática dos crimes previstos nos artigo 33 e 34, c.c. 40, I, da Lei 11.343/06, e dos corréu Leonardo e Antonio integralmente desprovidas.
(TRF3, ACR *00052896120104036104*, José Lunardelli, Primeira Turma, e-DJF3 Data: 29.04.2014).

Em sendo assim, em face da grande quantidade da droga apreendida (2.400 Kg da substância popularmente conhecida como "maconha"), de ordinário não produzida em território nacional, aliada ao fato de o local de origem da viagem ser uma cidade do Mato Grosso do Sul, estado este que faz fronteira com o Paraguai, onde a referida droga é produzida em larga escala, além de que, de acordo com o laudo pericial de fls. 55/62, foi apurado que nos telefones celulares dos acusados havia contatos com os números registrados com o DDI do Paraguai (595), bem como a circunstância de que ambos os réus indicaram que estavam se dirigindo ao porto de Santos/SP, é forçoso concluir pela transnacionalidade do delito.

Destarte, resta caracterizada a causa de aumento da pena, prevista pelo artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, razão pela qual elevo a pena provisória fixada acima, qual seja, de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa, em 1/6, redundando, pois, na pena de *4 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão e ao pagamento de 952 (novecentos e cinquenta e dois) dias-multa*.

e) Causa de diminuição de pena – não há.

Assim, LEANDRO GONÇALVES DA SILVA fica condenado à pena provisória de *4 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão e ao pagamento de 952 (novecentos e cinquenta e dois) dias-multa*, sendo a cada dia-multa aplicado o valor unitário de um trigésimo do salário mínimo legal vigente à época dos fatos, devidamente corrigido, pela prática do delito previsto no artigo 35, "caput", combinado com o artigo 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/06.

Quanto ao crime previsto no artigo 70, da Lei nº 4.117/62:

a) Circunstâncias judiciais – artigo 59 do Código Penal – considerando que a culpabilidade não tem grau elevado de censurabilidade a ensejar maior reprimenda penal; considerando que as circunstâncias foram as ordinárias para o tipo penal; considerando que não houve comportamento vitimógeno e nem consequências do crime a serem observadas; considerando que o acusado utilizou aparelho de telecomunicação, sem autorização do órgão competente; considerando que no apenso de antecedentes existe um apontamento *com trânsito em julgado* em face do acusado, referente à ação penal nº 0002085-17.2010.8.16.0121, que tramitou perante o Juízo da Comarca de Nova Londrina/PR, em que o réu foi condenado à pena de 07 (sete) anos de reclusão pelo delito previsto no artigo 121, § 2º, IV, do Código Penal, em regime inicial

fechado, havendo o trânsito em julgado da demanda para o réu e para a defesa em 15/08/2012 e para o Ministério Público Federal em 22/08/2011, conforme consta na certidão de fls. 19 do apenso de antecedentes. Esse apontamento gera a reincidência e será valorado na segunda fase de dosimetria da pena. Ou seja, tendo em vista que esse aspecto negativo implica na agravante reincidência, efetua-se o reconhecimento da circunstância judicial como desfavorável, *porém sua valoração* será efetuada na segunda fase da dosimetria da pena, pelo que o aumento respectivo irá ser aplicado na segunda fase. Desse modo, fixo a pena-base no mínimo legal, em *1 (um) ano de detenção,* pela conduta descrita no artigo 70, da Lei nº 4.117/62, posto que somente assim restarão atendidos os fins repressivos e de prevenção geral e específica da sanção penal.

b) Circunstâncias agravantes e atenuantes – Está presente a circunstância agravante da reincidência, nos termos do artigo 61, inciso I, do Código Penal, tendo em vista que, conforme já aduzido, o acusado foi condenado na ação penal nº 0002085-17.2010.8.16.0121, que tramitou perante o Juízo da comarca de Nova Londrina, pela prática do crime descrito no artigo 121, § 2º, IV, do Código Penal (por duas vezes), tendo transitado em julgado para o réu e para a defesa em 15/08/2012 e para o Ministério Público Federal em 22/08/2011 (fls. 19 do apenso de antecedentes).

Por outro lado, verifica-se que o réu, em seu interrogatório judicial, confessou o delito, de modo que lhe aplico a atenuante da confissão, conforme autoriza o disposto no artigo 65, inciso III, alínea "d" do Código Penal.

Considerando que o E. Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento no sentido da inexistência de preponderância entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, a teor do artigo 67 do Código Penal, é cabível a compensação dessas circunstâncias (STJ, Quinta Turma, HC 252122/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe 13/08/2013).

Assim, mantenho a pena fixada em 1 (um) ano de detenção.

c) Causas de aumento ou diminuição de pena – Deixo de aplicar o aumento da metade da pena do artigo 70, da Lei nº 4.117/62, tendo em vista que não ficou comprovado nos autos que houve dano a terceiro.

Fixada a pena-base, bem como ausentes outras circunstâncias atenuantes ou agravantes, e de aumento e de diminuição de pena, fica condenado LEANDRO GONÇALVES DA SILVA, à pena de *1 (um) ano de detenção,* pelo crime descrito no artigo 70, da Lei nº 4.117/62.

Fixadas as penas em separado para os três delitos, deve-se proceder à unificação prevista no artigo 69 do Código Penal, ou seja, aplicar cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido, na medida em que, mediante mais de uma ação ou omissão, foram praticados dois ou mais crimes, ressaltando-se que, no caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela. Em relação à multa, também se opera a cumulatividade, nos termos do artigo 72 do Código Penal.

Portanto, a pena definitiva de LEANDRO GONÇALVES DA SILVA, pela prática dos crimes descritos no artigo 33, "caput" e artigo 35, "caput", combinados com o artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, e do delito previsto no artigo 70 da Lei nº 4.117/62, fica fixada em *10 (dez) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 1 (um) ano de detenção, e pagamento de multa equivalente a 1.632 (um mil, seiscentos e trinta e dois) dias-multa,* sendo cada dia-multa no valor de um trigésimo do salário mínimo legal vigente à época dos fatos, devidamente corrigido.

Considerando a parte final do artigo 69, "caput", do Código Penal, no caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, estas não se somam, devendo ser executada

por primeiro a pena de reclusão e, após, a de detenção.

Por outro lado, conforme orientação firmada no âmbito da Corte Superior, a análise quanto ao regime inicial e quanto à substituição das penas, em concurso material de crimes, deve ser feita sob o somatório das reprimendas. Nesse sentido: TRF3, Décima Primeira Turma, ACR 00121094420154036000, ACR – APELAÇÃO CRIMINAL 66839, Relator(a) DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 11/04/2017.

Para fins de determinação do regime inicial de cumprimento da pena, deve-se efetuar a detração, descontando-se da pena aplicada o período de prisão provisória cumprida pelo condenado, nos termos do parágrafo 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, inserido pela Lei nº 12.736, de 30 de novembro de 2012.

No caso dos autos, o acusado foi preso em flagrante delito em *05/10/2016* e, desde então, encontra-se recolhido ao cárcere, haja vista que a sua prisão em fragrante foi convertida em preventiva, tendo sido expedido mandado de prisão em seu desfavor pela Justiça Estadual de Sorocaba/SP (fls. 74), ressaltando-se que foram ratificados os atos praticados pelo Juízo Estadual, incluindo a conversão em prisão preventiva (fls. 80).

Desse modo, considerando que o acusado cumpriu, até a presente data (14/06/2017), prisão provisória pelo lapso de tempo total de 08 (oito) meses e 09 (nove) dias, efetuada a detração desse período, tem-se que resulta no cumprimento da pena restante de *11 (onze) anos, 2 (dois) meses e 11 (onze) dias*.

Em sendo assim, fixo o regime prisional inicial FECHADO ao acusado, nos termos do artigo 33, § 2º, "a", do Código Penal.

No que se refere à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ausentes estão os pressupostos objetivos à concessão, tendo em vista que fixada reprimenda privativa de liberdade superior a 04 (quatro) anos de reclusão, além do que o réu é reincidente em crime doloso.

Ainda que assim não fosse, ausentes também estão os pressupostos subjetivos previstos no artigo 44 do Código Penal, porquanto a grande quantidade da droga teria o condão de causar consequências graves a número relevante de pessoas, não sendo, assim, tal conduta compatível com os escopos da substituição.

Não há falar-se, igualmente, em direito a recorrer em liberdade, porquanto verifico estar presente pressuposto da prisão preventiva, uma vez que, além de a autoria e a materialidade delitivas já terem sido exaustivamente demonstradas, é certo que o acusado foi preso em flagrante na posse de expressiva quantidade de droga, tendo permanecido em custódia durante todo o processo, razão pela qual deve ser recolhido à prisão, com vistas à garantia da ordem pública.

Condeno ainda os réus ao pagamento das custas processuais nos termos do artigo 804 do Código de Processo Penal e artigo 6º da Lei nº 9.289/96.

Intime-se o Ministério Público Federal, a Defensoria Pública da União e a defesa constituída do réu Leandro Gonçalves da Silva.

Comunique-se, após o trânsito em julgado da demanda, à Justiça Eleitoral o teor desta sentença, para fins do artigo 15, inciso III, da Constituição Federal.

Comunique-se ao Instituto de Identificação para que este proceda aos ajustes das informações relativas aos réus, em relação à ação penal objeto desta sentença.

Intime-se a União Federal acerca da prolação desta sentença, nos termos do § 2º do artigo 201 do Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela Lei nº 11.690/08.

Após o trânsito em julgado, providencie-se a incineração da contraprova da substância entorpecente apreendida nos autos, bem como comunique-se ao SENAD para que informe a este Juízo acerca da destinação dos bens apreendidos nos autos e relacionados às fls. 11/12, quais sejam, um caminhão Scania/R124GA4x2NZ 400 (TRATOR), placas ATP-2081, ano/modelo 2003/2004, cor predominante vermelha; um reboque SR/RANDON SR CA carroceria aberta, placas AUB-9345, ano/modelo 2011/2011, cor predominante preta; um reboque SR/RANDON SR CA carroceria aberta, placas AUB-9451, ano/modelo 2011/2011, cor predominante preta; um aparelho celular Smartphone marca LG, IMEI 358121403495791, com dois chips; um aparelho celular Smartphone marca Samsung, IMEI 357268/06/015426/9 e IMEI 357269/06/015426/7, com um chip; a quantia de R$ 402,00 (quatrocentos e dois reais) em espécie, apreendida em poder de Jorge da Silva Querino Junior, e a quantia de R$ 554,00 (quinhentos e cinquenta e quatro reais) apreendida em poder de Leandro Gonçalves da Silva, nos termos do artigo 63, §4º, da Lei nº 11.343/2006. Com relação aos rádios comunicadores apreendidos, decreto o perdimento em favor da União (artigo 91, do Código Penal).

Expeçam-se os Mandados de Prisão Manutenção.

Lance-se o nome dos réus no rol dos culpados, após o trânsito em julgado.

P.R.I.C.

Sorocaba, 14 de junho de 2017.

Juíza Federal SYLVIA MARLENE DE CASTRO FIGUEIREDO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

MANDADO DE SEGURANÇA
5000241-74.2017.4.03.6109

Impetrante: GABRIEL COSTA BEZERRA
Impetrado: DIRETOR-GERAL DO CAMPUS DE PIRACICABA DO INSTITUTO FEDERAL DE SÃO PAULO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE PIRACICABA - SP
Juiz Federal: FERNANDO CEZAR CARRUSCA VIEIRA
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/06/2017

I. RELATÓRIO

Cuida-se de *Mandado de Segurança*, *com pedido de liminar*, impetrado por GABRIEL COSTA BEZERRA, *representado por sua genitora* EMANUELY COSTA SILVA, em face do SENHOR DIRETOR-GERAL DO INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE SÃO PAULO – CAMPUS PIRACICABA - SP, objetivando, *em síntese*, a obtenção de provimento jurisdicional que lhe assegure a matrícula e ingresso no curso de *Tecnologia e Análise de Desenvolvimento de Sistemas*.

Aduz ter sido selecionado para lista de espera *categoria 6* do curso supracitado, tendo comparecido no dia 20/02/2017 para confirmar o interesse em uma das três vagas remanescentes, conforme previsto em edital.

Salienta que compareceu ao local designado para o ato acompanhado de sua genitora e dentro do horário previsto.

Destaca que no momento de efetivação da matrícula percebeu a falta de um dos itens exigidos – duas fotografias 3x4 recentes e identificadas com nome no verso.

Pontua que solicitou prazo de 60 (sessenta) minutos para sanar o ocorrido, tendo sido surpreendido com a negativa do professor responsável pela matrícula (identificado como prof. *Agnaldo*), o qual teria afirmado que a vaga já estaria, em decorrência de tal fato, automaticamente perdida.

Afirma que antes do ato dispôs de apenas 37 (trinta e sete) horas para preparar toda documentação exigida e que a vaga em tão disputado processo seletivo não poderia ter sido automaticamente perdida em função do caráter desarrazoado de referido ato.

Com a inicial vieram documentos anexados aos autos virtuais.

Consoante *r.* decisão de *ID 687268*, foi indeferida a liminar pleiteada, nos seguintes termos:

> (...) Não vislumbro, nesta oportunidade processual, em cognição sumária, elementos de prova cabal do *fumus boni iuris* invocado na peça exordial.
> O quadro fático-probatório constante nos autos, sobretudo na ausência do exercício do contraditório, não permite delinear suficientemente o suposto ato coator praticado pela autoridade impetrada, eis que o próprio impetrante admite ter comparecido para realizar a matrícula sem toda a documentação necessária.
> *Ademais, sua alegação de que foi impedido de retornar mais tarde, no mesmo dia, munido de toda a documentação carece de verossimilhança e, também, de concretização do contraditório, além de eventual dilação probatória, eis que se tratam, por ora, de declarações unilaterais.*
> *Assim, a medida, tal como requerida, poderia cercear o direito de defesa da autoridade administrativa nesta oportunidade processual.*

Somente após o exercício do contraditório, com a oitiva da autoridade impetrada, haverá o efetivo delineamento do pretenso ato coator (...) (destaquei).

A autoridade impetrada prestou informações (ID 127874), por meio das quais sustentou a legalidade do ato, assim como salientou que:

(...) Nesse sentindo, segue a sequência de fatos ocorridos que acarretou no mandado de segurança:
· O IFSP publicou, *no dia 15 de fevereiro de 2017, o edital para os candidatos em lista de espera do SISU* (Sistema de Seleção Unificada).
· No dia *17 de fevereiro de 2017*, o Campus Piracicaba *publicou a lista de todos os candidatos que foram convocados para a manifestação de interesse*. Nesse sentido, *os candidatos deveriam comparecer ao Campus Piracicaba no dia 20 de fevereiro de 2017 entre as 9h00 e 10h00 para a manifestação de interesse.*
· A manifestação de interesse ocorre em listas de convocação distintas, de acordo com a cota de reserva de vagas prevista pela Lei nº 12.711 de 2012. *O impetrante escolheu a reserva de vagas da modalidade L6 (Candidatos autodeclarados pretos, pardos ou indígenas que, independentemente da renda tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas).* Para o curso de Análise e Desenvolvimento de Sistemas, o Campus Piracicaba possuía 3 vagas remanescente para a modalidade L6.
· *O impetrante compareceu dentro do horário estipulado e assinou a lista de manifestação de interesse para os candidatos da Modalidade L6. Após a assinatura, os candidatos foram encaminhados para uma sala de aula para aguardar o término do período de manifestação de interesse e posterior chamada para a matrícula.* Ressalta-se que mais dois candidatos também manifestaram interesse na modalidade L6, *totalizando 3 manifestações de interesse.*
· Todos os candidatos são informados que a lista de documentos está afixada no mural do Campus *e que a ausência de qualquer documento obrigatório implica na perda da vaga.*
· As *10h24 do dia 20 de fevereiro de 2017, o impetrante foi chamado para a realização na matrícula. O atendimento foi realizado pelo Prof. Anderson Belgamo (Diretor Adjunto Educacional). Como o candidato não estava em posse das fotos 3X4 (documento obrigatório de acordo o edital do IFSP nº 125/2017), sua matrícula foi negada.*
· *A mãe do impetrante solicitou um prazo para tirar as fotos. No entanto, o Prof. Anderson Belgamo não autorizou a solicitação, pois as regras do edital deveriam ser atendidas. Ressalta-se que havia mais candidatos em outras listas de manifestação de interesse de outras modalidades e que de acordo com Portaria Normativa nº 21 de 5 de novembro de 2012 do gabinete do Ministério da Educação, a vaga de uma determinada modalidade que não seja efetivada deve ser transferida à outra modalidade.*
· A mãe do impetrante solicitou uma comprovação de que estava presente na manifestação de interesse e o professor Anderson Belgamo forneceu uma cópia da lista de manifestação de interesse da modalidade L6 com a asssinatura do impetrante.
· O professor Anderson Belgamo também informou que o impetrante ficaria ainda na lista de espera e caso houvesse alguma desistência após o início das aulas, o impetrante poderia ser chamado.
· No dia 02 de maio de 2017, recebemos um e-mail do Procurador Federal Dr. Hugo Daniel Lazarin informando acerca do mandado de segurança em questão. Ressaltamos que não fomos notificados, através de Oficial de Justiça, até o momento sobre tal mandado de segurança. (...). (destaquei)

O IFSP, por sua vez, na manifestação de *ID 127614* sustentou a legalidade do ato impugnado.

Por fim, opinou o *Parquet pela denegação da ordem* (ID 1477183).

Na oportunidade vieram os autos conclusos para *sentença*.

É a síntese do necessário.

FUNDAMENTO e DECIDO.

II. FUNDAMENTAÇÃO

Segundo preceitua o artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, trata-se o mandado de segurança de ação colocada à disposição do indivíduo para a salvaguarda de direito líquido e certo coibido por ilegalidade ou abuso de poder, levados a efeito por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Sua concessão requer não apenas que haja o direito alegado, em verdade o que se exige é a precisão e a comprovação, no momento da impetração da ação, dos fatos e situações que ensejam o exercício do direito que se alega ter, ou seja, prova pré-constituída.

Tem a ação como objeto a correção de ato ou omissão ilegal de autoridade a direito do impetrante que deve se apresentar com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício quando a impetração.

Do caso concreto.

No presente caso, aduz o impetrante ter sido selecionado para lista de espera *categoria 6* do curso superior mencionado nos autos, tendo comparecido no dia 20/02/2017 para confirmar o interesse em uma das três vagas remanescentes, conforme previsto em edital.

Salienta que compareceu ao local designado para o ato acompanhado de sua genitora e dentro do horário previsto.

Destaca que no momento de efetivação da matrícula percebeu a falta de um dos itens exigidos – *duas fotografias 3x4* recentes e identificadas com nome no verso.

Pontua que solicitou prazo de 60 (sessenta) minutos para sanar o ocorrido, tendo sido surpreendido com a negativa do professor responsável pela matrícula (identificado como prof. *Agnaldo*), *o qual teria afirmado que a vaga já estaria automaticamente perdida em decorrência de tal falta.*

Afirma que antes do ato dispôs de apenas 37 (trinta e sete) horas para preparar toda documentação exigida e que a vaga conquistada em tão disputado processo seletivo não poderia ter sido automaticamente perdida em função do caráter desarrazoado de referido ato.

Pretende o impetrante *a obtenção de provimento jurisdicional que lhe assegure a matrícula e ingresso no curso de Tecnologia e Análise de Desenvolvimento de Sistemas.*

Presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, passo ao exame do mérito.

Após regular exercício do contraditório, e *à luz das detalhadas informações prestadas pela autoridade apontada como coatora*, o que, ressalte-se, afigura-se digno de ser destacado, tenho que assiste razão ao impetrante.

Sobre a pretensão deduzida, *ab initio,* há que se considerar que o artigo 207 da Carta Magna assegura às universidades as prerrogativas de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, com observância do princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, sendo o ensino livre à iniciativa privada, atendidas as condições consistentes em *cumprimento das normas gerais da educação nacional* e a *autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público* (artigo 209, CRFB/88), *o que se aplica às instituições de pesquisa científica e tecnológica, conforme §2º do referido dispositivo constitucional.*

Além disso, estabelece o artigo 205 da CRFB/88 que *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, devendo ser o ensino ministrado com base no princípio da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola*; entre outros (artigo 206, inciso I, da CRFB/88).

Ademais, *não* se pode olvidar que *o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um*, entre outras (artigo 208, inciso V, da CRFB/88).

No caso concreto, afigura-se *incontroverso* que o indeferimento da matrícula e, via de consequência, do ingresso do estudante em curso de *Tecnologia e Análise de Desenvolvimento de Sistemas* da instituição de ensino superior, ora ré, *decorreu da falta de apresentação de 02 (duas) fotos do tipo 3x4, por ocasião do momento exato da convocação do impetrante para efetivação da matrícula, sem que se tenha sido deferido ou franqueado qualquer prazo adicional requerido para apresentação de supracitado item da documentação exigida.*

Dessa forma, *indene* de dúvidas que o impetrante foi devidamente aprovado em processo seletivo, tendo demonstrado o cumprimento dos demais requisitos exigidos no certame realizado, inclusive mediante apresentação *in loco* em data e hora designadas em edital próprio para manifestação de interesse no preenchimento das vagas remanescentes e disponibilizadas para a lista de espera da categoria para a qual se inscreveu.

Incontroverso, inclusive, que *o impetrante requereu dilação de prazo para apresentação do documento faltante – 60 (sessenta) minutos* – o que foi *indeferido pela autoridade coatora.*

Cinge-se, assim, a controvérsia posta nos autos *ao exame da legalidade ou não da exigência de apresentação imediata, e em oportunidade e momento único, de toda documentação prevista em edital para a efetivação de matrícula em curso superior no contexto do regime de seleção do SISU, a par do indeferimento da dilação de prazo* requerida para apresentação do documento faltante.

Pois bem.

De fato, o ato impugnado afigura-se *ilegal.*

Explico-me.

O Edital nº º 125, de 14/02/2017, da Pró-Reitoria de Ensino do *INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE SÃO PAULO*, publicado com objetivo de convocar os candidatos da lista de espera do SISU para a ocupação de vagas remanescentes dispõem, *in verbis*, que:

> (...) 2.3. *Todos os candidatos que forem convocados deverão comparecer,* pessoalmente ou por meio de representante legal, *no local e horário determinado para manifestação presencial de interesse à vaga, mediante assinatura e entrega do Termo de Interesse Presencial de Ocupação de Vaga* (Anexo I).
> 2.4. Após o período determinado para confirmação presencial de interesse, os candidatos presentes convocados e classificados até o limite de vagas disponíveis, serão chamados, pela ordem de classificação no Sisu, para realização da matrícula, conforme datas e horários estipulados, devendo apresentar todos os documentos exigidos para matrpicula, listados no termo de Adesão – 1ª edição de 2017 e no Anexo II deste Edital.
> (...)
> 2.6. A *entrega do termo de Interesse Presencial de Ocupação de vaga não poderá ocorrer*

em data e/ou horário diverso daquele para o qual o estudante foi convocado.
2.7. Os *estudantes convocados que não comparecerem na data e horário previstos serão excluídos automaticamente da Lista de Espera e perderão o direito à vaga*, visto que é de exclusiva responsabilidade do estudante a observância dos prazos e procedimentos estabelecidos neste Edital e demais normas pertinentes ao Sisu, bem como o acompanhamento das publicações feitas e de eventuais alterações do processo que possam acontecer.
(...)
3.1. A matrícula é presencial, devendo ser efetuada pelo estudante ou por seu representante legal, mediante apresentação de procuração simples, assinada pelo estudante, bem como apresentação de carteira de identidade do procurador, cujo número deverá constar no documento.
(...)
3.3. *Os estudantes convocados para a matrícula e não apresentarem a documentação necessária perderão automaticamente o direito à vaga*, uma vez que é de exclusiva responsabilidade do estudante a observância dos procedimentos estabelecidos neste Edital e demais normas pertinentes ao Sisu, bem como o acompanhamento das publicações feitas e de eventuais alterações do processo que possam acontecer.
(...) (destaquei).

Neste contexto, considerando as informações prestadas pela i. autoridade coatora, temos que o impetrante foi convocado para comparecimento no *campus* Piracicaba no dia *20/02/2017*, entre *09h00min e 10h00min* para manifestação de interesse, tendo comparecido na data e horário estipulados, sendo que, chamado para matrícula às *10h24min* da mesma data, teve sua matrícula *prontamente negada* por não ter apresentado *02 (duas) fotos do tipo 3x4, sem que se tenha sido deferido ou franqueado qualquer prazo adicional requerido para apresentação de supracitado item da documentação exigida, sendo certo que tal providência não encontra lastro no instrumento convocatório publicado e na legislação de regência.*

Ora, *em primeiro lugar*, há que se considerar que o impetrante deixou de apresentar, naquele momento específico, 02 (duas) fotos do tipo 3x4, que, por óbvio, *não consubstanciam documentos essenciais inerentes à habilitação, ou mesmo à identificação pessoal do estudante para fins de ingresso no ensino superior.* Traduz-se em mero documento para composição de prontuário ou carteira estudantil, sendo certo que diversas instituições de ensino, e mesmo os mais humildes edifícios comerciais dispõem de sistemas informatizados de reduzida complexidade aptos à captura de fotos para controle de acesso e cadastro, tratando-se de funcionalidade simples que deveria estar disponível na *Instituição de Ensino Superior – IES*, ora ré, inclusive para fins de controle de acesso e segurança.

Ademais, ainda neste ponto, importa mencionar que o estudante *não* se recusou a apresentar o documento, mas, em sentido diverso, *tão somente* requereu simples e diminuto prazo para tanto, como comprovado pelas informações da autoridade coatora. *Difere-se, neste sentido, não apresentação de documento daquilo que seria qualificado como fato impeditivo da matrícula, ou seja, da intenção deliberada de não apresentar o documento.*

Ainda, na forma como praticado, o ato impugnado *agride o caráter meritório que anima o ingresso em instituições de ensino superior*, na forma do artigo 208, inciso V da CRFB/88, eis que, *na forma como apurada nos autos*, tão diminuta divergência *não* se afigura apta a justificar o afastamento de candidato melhor classificado em prol de subsequentes classificações.

Em segundo lugar, o ato impugnado *negou* vigência ao inciso I do artigo 206 da Carta Magna, eis que o ensino deve ser ministrado com base no princípio da *igualdade de condições para o acesso e permanência na escola*. E, neste aspecto, destaque-se que o *Calendário de Matrículas – 1ª Chamada* - relativo ao mesmo processo seletivo -, disponível em <http://www.

ifsp.edu.br/index.php/outras-noticias/52-reitoria/4435-ifsp-oferece-4520-vagas-em-cursos-superiores-no-primeiro-semestre-de-2017.html > Acesso em: 01 de jun. 2017, *estabeleceu período e horários amplos de atendimento para matrículas (chamada regular) no campus Piracicaba - 03, 06 e 07/02/2017, das 10h às 18h30 – em total descompasso com o ato de exigir do impetrante a apresentação imediata, e em oportunidade e momento único, de toda documentação prevista em edital para a efetivação de matrícula em curso superior no contexto do regime de seleção do SISU, e sem oportunidade ou chance de qualquer prazo adicional.*

De fato, ainda que por motivos logísticos e burocráticos, os prazos afetos às chamadas para matrículas relativas às listas de espera tenham que se dar em parâmetros mais exíguos, inclusive em função das datas de início do semestre letivo, *o ato de exigir do impetrante a apresentação imediata, e em oportunidade e momento único, de toda documentação prevista em edital para a efetivação de matrícula em curso superior no contexto do regime de seleção do SISU, e sem oportunidade ou chance de qualquer prazo adicional, não ostenta licitude sob qualquer enfoque, sobretudo no caso em que o documento faltante refere-se a 02 (duas) fotos do tipo 3x4*.

Em terceiro lugar, o instrumento convocatório *é expresso* no que tange ao momento de *entrega do termo de Interesse Presencial de Ocupação de Vaga*, *não* ostentando as condições relativas à matrícula o mesmo caráter peremptório, sendo claro o edital, como não poderia deixar de ser, que a falta de apresentação de documentos enseja a perda da vaga, o que, *todavia, não* se confunde com a exigência *imediata, e em oportunidade e momento único, e sem qualquer possibilidade de saneamento, da documentação, seja a essencial, acessória ou meramente burocrática*.

Além disso, o denominado *Termo de Adesão – Sisu*, disponível em < http://www.ifsp.edu.br/index.php/outras-noticias/52-reitoria/4435-ifsp-oferece-4520-vagas-em-cursos-superiores-no-primeiro-semestre-de-2017.html > Acesso em: 02 de jun. 2017, que disciplinou a adesão da IES-ré à 1ª Edição de 2017 do processo seletivo do Sistema de Seleção Unificada (Sisu), previu no *inciso V do subitem 4.1 do item 4 (Condições essenciais)* que a IES-ré se comprometeu à *manter os responsáveis pelo Sisu na instituição permanentemente disponíveis e aptos a efetuar todos os procedimentos relativos ao processo seletivo, observado o cronograma divulgado em edital da SESu*, obrigação que, por óbvio, deveria ter sido considerada à época dos fatos descritos nos autos e *não* se coadunam com as excessivas restrições praticadas na espécie.

Sob este enfoque, *indene de dúvidas* que o ato impugnado desbordou e ultrapassou os limites e a própria razoabilidade do instrumento convocatório e da legislação de regência que visava cumprir.

Mas não é só.

Em quarto lugar, reitero que estabelece o artigo 205 da CRFB/88 que *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.*

Além disso, as finalidades e objetivos dos Institutos Federais, tal como dispostos na Lei nº 11.892, de 29/12/2008, contemplam, *in verbis*, que

> (...)
> Seção II
> *Das Finalidades e Características dos Institutos Federais*

> Art. 6º. Os Institutos Federais têm por finalidades e características:
> I - ofertar educação profissional e tecnológica, em todos os seus níveis e modalidades, formando e qualificando cidadãos com vistas na atuação profissional nos diversos setores da economia, com ênfase no desenvolvimento socioeconômico local, regional e nacional;
> II - desenvolver a educação profissional e tecnológica como processo educativo e investigativo de geração e adaptação de soluções técnicas e tecnológicas às demandas sociais e peculiaridades regionais;
> III - promover a integração e a verticalização da educação básica à educação profissional e educação superior, *otimizando a infra-estrutura física, os quadros de pessoal e os recursos de gestão*;
> IV - orientar sua oferta formativa em benefício da consolidação e fortalecimento dos arranjos produtivos, sociais e culturais locais, identificados com base no mapeamento das potencialidades de desenvolvimento socioeconômico e cultural no âmbito de atuação do Instituto Federal;
> V - constituir-se em *centro de excelência na oferta do ensino de ciências, em geral, e de ciências aplicadas, em particular, estimulando o desenvolvimento de espírito crítico*, voltado à investigação empírica;
> VI - qualificar-se como *centro de referência no apoio à oferta do ensino de ciências nas instituições públicas de ensino*, oferecendo capacitação técnica e atualização pedagógica aos docentes das redes públicas de ensino;
> VII - desenvolver programas de extensão e de divulgação científica e tecnológica;
> VIII - *realizar e estimular a pesquisa aplicada, a produção cultural, o empreendedorismo, o cooperativismo e o desenvolvimento científico e tecnológico*;
> IX - promover a produção, o desenvolvimento e a transferência de tecnologias sociais, notadamente as voltadas à preservação do meio ambiente.
> Seção III
> *Dos Objetivos dos Institutos Federais*
> Art. 7º. Observadas as finalidades e características definidas no art. 6o desta Lei, são objetivos dos Institutos Federais:
> (...)
> V - *estimular e apoiar processos educativos que levem à geração de trabalho e renda e à emancipação do cidadão na perspectiva do desenvolvimento socioeconômico local e regional*; e
> (...). (destaquei)

Neste contexto normativo, *questiona-se se as regras e procedimentos estabelecidos para fins de ingresso na instituição, tal como apurados nos autos, estão, ou não, em consonância com o projeto pedagógico e metas institucionais* do *INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE SÃO PAULO*, sobretudo em consideração ao fato de que o *impetrante se tratava de menor relativamente incapaz à época dos fatos e propositura do writ*, nos termos do artigo 4º do Código Civil.

Ora, é certo, neste ponto, que *o dever da instituição de ensino, em atenção aos níveis de violência e desocupação dos jovens brasileiros, ou seja, ao contexto socioeconômico em que foi instituído e no âmbito do qual presta serviço público relevantíssimo, inicia-se com a devida orientação e acolhimento do estudante, especialmente do menor, entendido como pessoa em desenvolvimento.*

Não por outra razão, dispõe o *Estatuto da Criança e do Adolescente* (Lei nº 8.069/90) sobre os *vetores interpretativos* incidentes sobre a concretização dos direitos fundamentais na perspectiva das crianças e adolescentes, consoante a seguir descrito, *in verbis*:

(...)
Art. 3º. A criança e o *adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana*, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, *assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade*.
Art. 4º. É *dever* da família, da comunidade, da sociedade em geral e do *poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes* à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à *profissionalização*, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.
Parágrafo único. *A garantia de prioridade compreende*:
a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.
Art. 5º. Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.
Art. 6º. *Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.* (...) (destaquei).

Trata-se, enfim, de salvaguardar, *no contexto da prestação do direito fundamental à educação*, o conceito-síntese do *direito fundamental à boa administração pública*, que, segundo preleciona Juarez de Freitas, refere-se ao *direito à administração pública eficiente e eficaz cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.*[1]

III. DISPOSITIVO

Ante o exposto, CONCEDO A SEGURANÇA pleiteada, com resolução do mérito, com fulcro no artigo 487, inciso I, do Novo Código de Processo Civil, para o efeito de *anular* o *ato de indeferimento da matrícula do impetrante*, *exclusivamente* no que se refere a não apresentação de 02 (duas) fotos do tipo 3x4, bem como para *determinar à autoridade coatora que*, apresentados os referidos documentos em prazo razoável superior a 48 (quarenta e oito horas), contadas após nova convocação pessoal para tanto, *adote todas as providências necessárias para assegurar a matrícula e ingresso do impetrante no curso de Tecnologia e Análise de Desenvolvimento de Sistemas na IES-ré*, ficando facultada, em decorrência do transcurso do primeiro semestre letivo, a admissão e incorporação do estudante no segundo semestre do presente exercício.

Honorários advocatícios indevidos (art. 25 da Lei nº 12.016/2009 e Súmulas 105 do STJ e 512 do STF).

Custas *ex lege*.

Oficie-se e intime-se a autoridade impetrada e a pessoa jurídica de representação processual da pessoa jurídica interessada para ciência e CUMPRIMENTO.

Decisão sujeita a *reexame necessário* devendo ser oportunamente remetida para o Egré-

1 FREITAS, Juarez. Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2007.

gio Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Em caso de interposição de eventual recurso, proceda-se na forma do artigo 1.010, § 1º ao § 3º do NCPC.

Por fim, sobrevindo o trânsito em julgado, intimem-se e remetam-se os autos ao arquivo com *baixa*.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Cumpra-se.

Piracicaba, 02 de junho de 2017.

Juiz Federal FERNANDO CEZAR CARRUSCA VIEIRA



Súmulas

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO (*)

SÚMULA Nº 01

Em matéria fiscal é cabível medida cautelar de depósito, inclusive quando a ação principal for declaratória de inexistência de obrigação tributária.

SÚMULA Nº 02

É direito do contribuinte, em ação cautelar, fazer o depósito integral de quantia em dinheiro para suspender a exigibilidade de crédito tributário.

SÚMULA Nº 03

É ilegal a exigência da comprovação do prévio recolhimento do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços como condição para a liberação de mercadorias importadas.

SÚMULA Nº 04 (Revisada)

A Fazenda Pública – nesta expressão incluídas as autarquias – nas execuções fiscais, não está sujeita ao prévio pagamento de despesas para custear diligência de oficial de justiça.

- *Vide* IUJ Ag nº 90.03.020242-7, publicado na RTRF3R 24/268 e Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.
- O Pleno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na sessão ordinária de 01 de julho de 1997, acolheu a Revisão da Súmula nº 04, a que se atribuiu o nº 11, tendo sido publicada nos DJU de 20/02/98, Seção II, págs. 151 e 152; DJU de 25/02/98, Seção II, pág. 215 e DJU de 26/02/98, Seção II, pág. 381.

(*) N.E. - Enunciados de acordo com a publicação no Diário Oficial.

SÚMULA Nº 05

O preceito contido no artigo 201, parágrafo 5º, da Constituição da República consubstancia norma de eficácia imediata, independendo sua aplicabilidade da edição de lei regulamentadora ou instituidora da fonte de custeio.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108046-7, publicado na RTRF3R 92/500.

SÚMULA Nº 06

O reajuste dos proventos resultantes de benefícios previdenciários deve obedecer às prescrições legais, afastadas as normas administrativas que disponham de maneira diversa.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108040-8, publicado na RTRF3R 92/478.

SÚMULA Nº 07

Para a apuração da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição Federal de 1988, a correção dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição, anteriores aos últimos 12 (doze), deve ser feita em conformidade com o que prevê o artigo 1º da Lei 6.423/77.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108041-6, publicado na RTRF3R 92/481.

SÚMULA Nº 08

Em se tratando de matéria previdenciária, incide a correção monetária a partir do vencimento de cada prestação do benefício, procedendo-se à atualização em consonância com os índices legalmente estabelecidos, tendo em vista o período compreendido entre o mês em que deveria ter sido pago, e o mês do referido pagamento.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108042-4, publicado na RTRF3R 92/485.

SÚMULA Nº 09

Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação.

- *Vide* PRSU nº 93.03.113720-5, publicado na RTRF3R 92/503.

SÚMULA Nº 10

O artigo 475, inciso II, do CPC (remessa oficial) foi recepcionado pela vigente Constituição Federal.

- *Vide* Relevante Questão Jurídica na AC nº 94.03.017049-2, publicada na RTRF3R 28/289.

SÚMULA Nº 11

Na execução fiscal, a Fazenda Pública está obrigada a adiantar as despesas de transporte do oficial de justiça.

- *Vide* Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.

SÚMULA Nº 12

Não incide o imposto de renda sobre a verba indenizatória recebida a título da denominada demissão incentivada ou voluntária.

- *Vide* IUJ AMS nº 95.03.095720-6, publicado na RTRF3R 40/338.

SÚMULA Nº 13

O artigo 201, parágrafo 6º, da Constituição da República tem aplicabilidade imediata para efeito de pagamento de gratificação natalina dos anos de 1988 e 1989.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108043-2, publicado na RTRF3R 92/489.

SÚMULA Nº 14

O salário mínimo de NCz$ 120,00 (cento e vinte cruzados novos) é aplicável ao cálculo dos benefícios previdenciários no mês de junho de 1989.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108044-0, publicado na RTRF3R 92/493.

SÚMULA Nº 15

Os extratos bancários não constituem documentos indispensáveis à propositura da ação em que se pleiteia a atualização monetária dos depósitos de contas do FGTS.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021024-5, publicado na RTRF3R 92/538.

SÚMULA Nº 16

Basta a comprovação da propriedade do veículo para assegurar a devolução, pela média de consumo, do empréstimo compulsório sobre a compra de gasolina e álcool previsto no Decreto-lei nº 2.288/1986.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021039-7, publicado na RTRF3R 92/547.

SÚMULA Nº 17

Não incide o imposto de renda sobre verba indenizatória paga a título de férias vencidas e não gozadas em caso de rescisão contratual.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021042-7, publicado na RTRF3R 92/555.

SÚMULA Nº 18

O critério do artigo 58 do ADCT é aplicável a partir de 05/04/1989 até a regulamentação da Lei de Benefícios pelo Decreto nº 357 de 09/12/91.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021048-8, publicado na RTRF3R 92/596 e Despacho publicado na RTRF3R 102/782.

SÚMULA Nº 19

É aplicável a variação do Índice de Reajuste do Salário Mínimo, no percentual de 39,67%, na atualização dos salários-de-contribuição anteriores a março de 1994, a fim de apurar a renda mensal inicial do benefício previdenciário.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021050-6, publicado na RTRF3R 92/614.

SÚMULA Nº 20

A regra do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal abrange não só os segurados e beneficiários da Previdência Social, como também aqueles que pretendem ver declarada tal condição.

- *Vide* PRSU nº 2002.03.00.052631-4, publicado na RTRF3R 92/507.

SÚMULA Nº 21

A União Federal possui legitimidade passiva nas ações decorrentes do empréstimo compulsório previsto no Decreto-lei nº 2.288/86.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021040-3, publicado na RTRF3R 92/550.

SÚMULA Nº 22

É extensível aos beneficiários da Assistência Social (inciso V do artigo 203 da CF) a regra de delegação de competência do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal, sendo exclusiva a legitimidade passiva do INSS.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021046-4, publicado na RTRF3R 92/569.

SÚMULA Nº 23

É territorial e não funcional a divisão da Seção Judiciária de São Paulo em Subseções. Sendo territorial, a competência é relativa, não podendo ser declinada de ofício, conforme dispõe o artigo 112 do CPC e Súmula 33 do STJ.

SÚMULA Nº 24

É facultado aos segurados ou beneficiário da Previdência Social ajuizar ação na Justiça Estadual de seu domicílio, sempre que esse não for sede de Vara da Justiça Federal.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021045-2, publicado na RTRF3R 92/559.

SÚMULA Nº 25

Os benefícios previdenciários concedidos até a promulgação da Constituição Federal de 1988 serão reajustados pelo critério da primeira parte da Súmula nº 260 do Tribunal Federal de Recursos até o dia 04 de abril de 1989.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021049-0, publicado na RTRF3R 92/601.

SÚMULA Nº 26

Não serão remetidas aos Juizados Especiais Federais as causas previdenciárias e assistenciais ajuizadas até sua instalação, em tramitação em Vara Federal ou Vara Estadual no exercício de jurisdição federal delegada.

SÚMULA Nº 27

É inaplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, em ação rescisória de competência da Segunda Seção, quando implicar exclusivamente em interpretação de texto constitucional.

SÚMULA Nº 28

O PIS é devido no regime da Lei Complementar nº 7/70 e legislação subseqüente, até o termo inicial de vigência da MP nº 1.212/95, diante da suspensão dos Decretos-leis nº 2.445/88 e nº 2.449/88 pela Resolução nº 49/95, do Senado Federal.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021038-5, publicado na RTRF3R 92/544.

SÚMULA Nº 29

Nas ações em que se discute a correção monetária dos depósitos das contas vinculadas do FGTS, a legitimidade passiva é exclusiva da Caixa Econômica Federal - CEF.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021023-3, publicado na RTRF3R 92/534.

SÚMULA Nº 30

É constitucional o empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica previsto na Lei 4.156/62, sendo legítima a sua cobrança até o exercício de 1993.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021041-5, publicado na RTRF3R 92/553.

SÚMULA Nº 31

Na hipótese de suspensão da execução fiscal, com fundamento no artigo 40 da Lei 6.830/80, decorrido o prazo legal, serão os autos arquivados sem extinção do processo ou baixa na distribuição.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.016705-4, publicado na RTRF3R 92/524.

SÚMULA Nº 32

É competente o relator para dirimir conflito de competência em matéria penal através de decisão monocrática, por aplicação analógica do artigo 120, § único do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal.

SÚMULA Nº 33

Vigora no processo penal, por aplicação analógica do artigo 87 do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

SÚMULA Nº 34

O inquérito não deve ser redistribuído para Vara Federal Criminal Especializada enquanto não se destinar a apuração de crime contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/86) ou delito de "lavagem" de ativos (Lei nº 9.613/98).

SÚMULA Nº 35

Os efeitos penais do artigo 9º, da Lei nº 10.684/03 aplicam-se ao Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX.

- *Vide* Incidente de Uniformização de Jurisprudência Criminal nº 0014013-56.2006.4.03.6181, publicado no RTRF3R 107/161.

SÚMULA Nº 36

É incabível a redistribuição de ações no âmbito dos Juizados Especiais Federais, salvo no caso de Varas situadas em uma mesma base territorial.

- *Vide* CC nº 0011900-67.2014.4.03.0000, publicado na RTRF3R 124/95.

SÚMULA 37

Compete à 3ª Seção julgar as ações referentes à devolução dos valores recebidos indevidamente a título de benefício previdenciário, independentemente do tipo de ação proposta.

- *Vide* CC nº 0012712.41.2016.4.03.0000 e CC nº 0012713-26.2016.4.03.0000 publicados na RTRF3R 134/85 e 134/93, respectivamente.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

SÚMULAS DA TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS DA 3ª REGIÃO [1]

SÚMULA Nº 1

Na hipótese de direito adquirido ao pecúlio, o prazo prescricional começa a fluir a partir do afastamento do trabalho. (Origem: Enunciado 02 do JEFSP; Súmula nº 02 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 2

Com a implantação do Plano de Benefício da Previdência Social, oriundo da Lei nº 8.213/91, o benefício previdenciário de prestação continuada não mais está mais vinculado ao número de salários mínimos existentes quando de sua concessão. (Origem: Enunciado 03 do JEFSP; Súmula nº 03 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 3

É devida a revisão da renda mensal inicial do benefício previdenciário cujo período básico de cálculo considerou o salário de contribuição de fevereiro de 1994, a ser corrigido pelo índice de 39,67% (trinta e nove vírgula sessenta e sete por cento), relativo ao IRSM daquela competência. (Origem: Enunciado 04 do JEFSP; Súmula nº 04 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 4

A renda mensal "per capita" correspondente a 1/4 (um quarto) do salário mínimo não constitui critério absoluto de aferição da miserabilidade para fins de concessão de benefício assistencial. (Origem: Enunciado 01 do JEFSP; Súmula nº 05 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 5

A comprovação de tempo de serviço rural ou urbano depende de início de prova material da prestação de serviço, nos termos do artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91. (Origem: Enunciado 07 do JEFSP; Súmula nº 07 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 6

Nos benefícios concedidos a partir de 01.03.94, na hipótese do salário de benefício exceder ao limite previsto no artigo 29, § 2º, da Lei nº 8.213/91, aplica-se o disposto no artigo 21, § 3º, da Lei nº 8.880/94. (Origem: Enunciado 12 do JEFSP; Súmula nº 10 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 7

Em caso de morte de filho segurado, os pais têm direito à pensão por morte, se provada a dependência econômica, ainda que não seja exclusiva. (Origem: Enunciado 14 do JEFSP; Súmula nº 11 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 8

Para a concessão de aposentadoria por idade, desde que preenchidos os requisitos legais, é irrelevante o fato de o requerente, ao atingir a idade mínima, não mais ostentar a qualidade de segurado. (Origem: Enunciado 16 do JEFSP; Súmula nº 12 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

1 **Súmulas 1 a 19** aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada nos dias 30 e 31 de março de 2015, renumeradas em Sessão de 03 de junho de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 109/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 17 de junho de 2015. **Súmulas 20 a 23** aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada no dia 28 de agosto de 2015, numeradas em Sessão de 22 de outubro de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 198/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 26 de outubro de 2015.

SÚMULA Nº 9

Em matéria de comprovação de tempo de serviço especial, aplica-se a legislação vigente à época da prestação de serviço. (Origem: Enunciado 17 do JEFSP; Súmula nº 13 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 10

É possível a expedição de precatório no Juizado Especial Federal, nos termos do artigo 17, § 4º, da Lei nº 10.259/2001, quando o valor da condenação exceder 60 (sessenta) salários mínimos. (Origem: Enunciado 20 do JEFSP; Súmula nº 16 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 11

A qualidade de segurado, para fins de concessão de auxílio-doença e de aposentadoria por invalidez, deve ser verificada quando do início da incapacidade. (Origem: Enunciado 23 do JEFSP; Súmula nº 18 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 12

Incide a contribuição previdenciária sobre o 13º salário nos termos do § 2º do artigo 7º da Lei nº 8.620/93. (Origem: Enunciado 33 do JEFSP; Súmula nº 27 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 13

Os requisitos para concessão do benefício de aposentadoria por idade não precisam ser cumpridos simultaneamente. (Origem: Súmula 05, do JEFMS; Súmula nº 28 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 14

O valor do benefício equivalente a um salário mínimo, concedida a idoso, a partir de 65 anos, também não é computado para fins do cálculo da renda familiar a que se refere o artigo 20, § 3º da Lei nº 8.742/93. (Origem: Súmula 12 do JEFMS; Súmula nº 30 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 15

O recolhimento de 1/3 (um terço) do número de contribuições, relativo à carência do benefício pretendido, permite a contagem de todas as contribuições anteriores, ainda que correspondentes a períodos descontínuos. (Origem: Súmula 15 do JEFMS; Súmula nº 31 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 16

É devida a correção monetária nos pagamentos administrativos de valores em atraso desde a data do início do benefício e a partir do vencimento de cada parcela. (Origem: Súmula 01 do JEFAME; Súmula nº 32 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 17

É quinquenal a prescrição para pleitear a correção do saldo de contas vinculadas de PIS-PASEP. (Origem: Súmula 02 do JEFAME; Súmula nº 33 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 18

A garantia constitucional de reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, inserta no § 4º do art. 201 da Constituição Federal de 1988, não confere ao Judiciário o poder de modificar critérios de reajustamento eleitos pelo legislador, substituindo-os por outros que entenda mais adequados para repor as perdas geradas pela inflação, sob pena de ingerência indevida de um Poder na esfera do outro. (Origem: Súmula 08 do JEFAME; Súmula nº 35 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

SÚMULA Nº 19

A regra definidora do período de carência para fins de concessão do benefício de aposentadoria por idade do filiado ao Regime Geral Previdenciário antes de 24/07/1991 é a do art. 142 da Lei 8.213/91, ainda que tenha havido perda da qualidade de segurado. (Origem: Enunciado nº 06 da Turma Recursal da Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul)

SÚMULA Nº 20

Não cabe mandado de segurança no âmbito dos juizados especiais federais. Das decisões que põem fim ao processo, não cobertas pela coisa julgada, cabe recurso inominado. (Origem: processo 0000146-33.2015.4.03.9300; processo 0000635-67.2015.4.03.9301)

SÚMULA Nº 21

Na concessão do benefício assistencial, deverá ser observado como critério objetivo a renda *per capita* de ½ salário mínimo gerando presunção relativa de miserabilidade, a qual poderá ser infirmada por critérios subjetivos em caso de renda superior ou inferior a ½ salário mínimo. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

SÚMULA Nº 22

Apenas os benefícios previdenciários e assistenciais no valor de um salário mínimo recebidos por qualquer membro do núcleo familiar devem ser excluídos para fins de apuração da renda mensal *per capita* objetivando a concessão de benefício de prestação continuada. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

SÚMULA Nº 23

O benefício de prestação continuada (LOAS) é subsidiário e para sua concessão não se prescinde da análise do dever legal de prestar alimentos previsto no Código Civil. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)



JUSTIÇA FEDERAL

Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Gabinete da Revista - revista@trf3.jus.br - Tel.: (11) 3012-1532