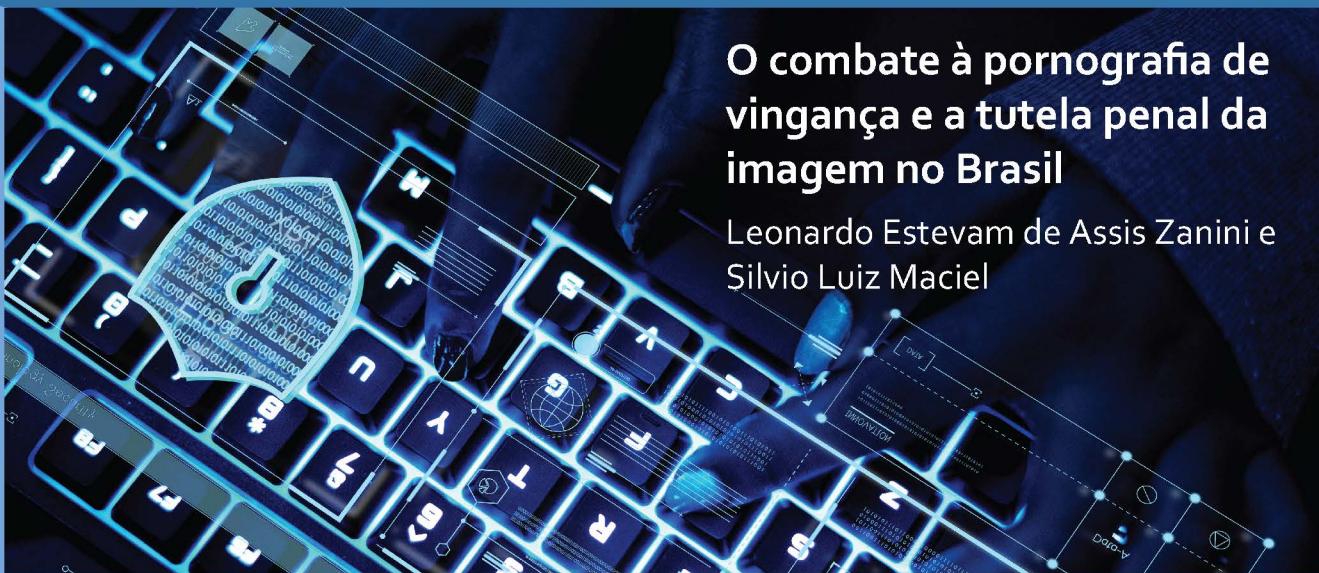


# REVISTA

do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

ANO XXXI - N. 144 - JANEIRO / MARÇO DE 2020 - ISSN 1982 - 1506



## O combate à pornografia de vingança e a tutela penal da imagem no Brasil

Leonardo Estevam de Assis Zanini e  
Silvio Luiz Maciel

## Interesse público e sua supremacia: um estudo sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular

Fernando Mariath Rechia



## Magistratura e capitalismo: elementos para uma crítica

Juliana Paula Magalhães



## Da inadequação do artigo 185 do Código Tributário Nacional aos postulados constitucionais

José Antônio Lomonaco

## O Conselho Nacional de Justiça e seus limites sobre a atuação das serventias extrajudiciais

Denise Kobashi Silva

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

# REVISTA

---

**Diretor da Revista**  
Desembargador Federal Baptista Pereira

---

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

ISSN 1982-1506

|                                                   |           |          |        |          |                |
|---------------------------------------------------|-----------|----------|--------|----------|----------------|
| Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região | São Paulo | Ano XXXI | n. 144 | p. 1-539 | Jan./Mar. 2020 |
|---------------------------------------------------|-----------|----------|--------|----------|----------------|

## Expediente

**DIRETOR DA REVISTA:** Desembargador Federal Baptista Pereira

**ASSESSORA:** Simone de Alcantara Savazzoni

**EQUIPE:**

Renata Bataglia Garcia / Silvio Pires de Queiroz

**Capa:** Paulo Polimeno

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

Bimestral a partir de 2001.

Trimestral a partir de julho de 2012.

Repositório Oficial de Jurisprudência do TRF 3ª Região.

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

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

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

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

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

Tribunal Regional Federal da 3ª Região  
Av. Paulista, 1.842, Torre Sul, 11º andar  
CEP 01310-936 - São Paulo - SP  
[www.trf3.jus.br](http://www.trf3.jus.br)  
[revista@trf3.jus.br](mailto:revista@trf3.jus.br)



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

**DESEMBARGADORES FEDERAIS<sup>(1)</sup>**

MAIRAN Gonçalves MAIA Júnior - 27/1/99 - Presidente<sup>(2)</sup>  
 CONSUELO Yatsuda Moromizato YOSHIDA - 12/7/2002 - Vice-Presidente<sup>(3)</sup>  
 MARISA Ferreira dos SANTOS - 13/9/2002 - Corregedor-Regional <sup>(4)</sup>  
 DIVA Prestes Marcondes MALERBI - 30/3/89  
 Paulo Octavio BAPTISTA PEREIRA - 04/8/95  
 ANDRÉ NABARRETE Neto - 04/8/95  
 MARLI Marques FERREIRA - 04/8/95  
 NEWTON DE LUCCA - 27/6/96  
 Otavio PEIXOTO JUNIOR - 21/5/97  
 FÁBIO PRIETO de Souza - 24/4/98  
 CECÍLIA Maria Piedra MARCONDES - 14/8/98  
 THEREZINHA Astolphi CAZERTA - 02/10/98  
 NERY da Costa JÚNIOR - 17/6/99  
 Luís CARLOS Hiroki MUTA - 13/6/2002  
 Luís Antonio JOHONSOM DI SALVO - 13/9/2002  
 NELTON Agnaldo Moraes DOS SANTOS - 07/1/2003  
 SÉRGIO do NASCIMENTO - 02/4/2003  
 ANDRÉ Custódio NEKATSCHALOW - 21/5/2003  
 LUIZ de Lima STEFANINI - 06/10/2003  
 Luís Paulo COTRIM GUIMARÃES - 06/10/2003  
 ANTONIO Carlos CEDENHO - 15/6/2004  
 Maria LUCIA Lencastre URSAIA - 01/7/2010  
 JOSÉ Marcos LUNARDELLI - 01/7/2010  
 DALDICE Maria SANTANA de Almeida - 22/12/2010  
 FAUSTO Martin DE SANCTIS - 28/1/2011  
 PAULO Gustavo Guedes FONTES - 24/2/2012  
 NINO Oliveira TOLDO - 24/4/2013  
 MÔNICA Autran Machado NOBRE - 24/4/2013  
 TORU YAMAMOTO - 04/10/2013  
 MARCELO Mesquita SARAIVA - 04/10/2013  
 Luiz Alberto de SOUZA RIBEIRO - 04/10/2013 <sup>(5)</sup>  
 DAVID Diniz DANTAS - 04/10/2013  
 MAURÍCIO Yukikazu KATO - 11/12/2014  
 GILBERTO Rodrigues JORDAN - 11/12/2014  
 HÉLIO Egidio de Matos NOGUEIRA - 11/12/2014  
 PAULO Sérgio DOMINGUES - 11/12/2014  
 WILSON ZAUHY Filho - 16/02/2016  
 NELSON de Freitas PORFÍRIO Junior - 16/02/2016  
 VALDECI DOS SANTOS - 16/02/2016  
 CARLOS Eduardo DELGADO - 16/02/2016  
 INÊS VIRGÍNIA Prado Soares - 16/03/2018  
 José CARLOS FRANCISCO - 06/02/2020

<sup>(1)</sup> Composição do TRF 3ª Região atualizada até 09/03/2020.

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

<sup>(3)</sup> Não integra as Turmas. Preside as Seções.

<sup>(4)</sup> Não integra as Turmas.

<sup>(5)</sup> Ouvidor-Geral da 3ª Região.



## PRIMEIRA SEÇÃO

### PRIMEIRA TURMA:

HÉLIO NOGUEIRA  
WILSON ZAUHY - Presidente  
VALDECI DOS SANTOS

### SEGUNDA TURMA:

PEIXOTO JUNIOR  
COTRIM GUIMARÃES - Presidente  
CARLOS FRANCISCO

## SEGUNDA SEÇÃO

### TERCEIRA TURMA:

CECÍLIA MARCONDES  
NERY JÚNIOR  
NELTON DOS SANTOS  
ANTONIO CEDENHO - Presidente

### SEXTA TURMA:

FÁBIO PRIETO - Presidente  
CARLOS MUTA  
JOHONSOM DI SALVO  
SOUZA RIBEIRO

### QUARTA TURMA:

ANDRÉ NABARRETE  
MARLI FERREIRA  
MÔNICA NOBRE  
MARCELO SARAIVA - Presidente

## TERCEIRA SEÇÃO

### SÉTIMA TURMA:

TORU YAMAMOTO  
PAULO DOMINGUES - Presidente  
CARLOS DELGADO  
INÊS VIRGÍNIA

### NONA TURMA:

THEREZINHA CAZERTA  
DALDICE SANTANA - Presidente  
GILBERTO JORDAN  
VANESSA MELLO - Juíza Federal

### OITAVA TURMA:

DIVA MALERBI  
NEWTON DE LUCCA  
LUIZ STEFANINI  
DAVID DANTAS - Presidente

### DÉCIMA TURMA:

BAPTISTA PEREIRA - Presidente  
SÉRGIO NASCIMENTO  
LUCIA URSAIA  
NELSON PORFÍRIO

## QUARTA SEÇÃO

### QUINTA TURMA:

ANDRÉ NEKATSCHALOW - Presidente  
PAULO FONTES  
MAURÍCIO KATO

### DÉCIMA PRIMEIRA TURMA:

JOSÉ LUNARDELLI  
FAUSTO DE SANCTIS  
NINO TOLDO - Presidente

### EX-DIRETORES DA REVISTA

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

## Sumário

---

---

### ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

- O combate à pornografia de vingança e a tutela penal da imagem no Brasil*  
Leonardo Estevam de Assis Zanini e Silvio Luiz Maciel ..... 15
- Interesse público e sua supremacia: um estudo sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*  
Fernando Mariath Rechia ..... 35
- O Conselho Nacional de Justiça e seus limites sobre a atuação das serventias extrajudiciais*  
Denise Kobashi Silva ..... 51
- Magistratura e capitalismo: elementos para uma crítica*  
Juliana Paula Magalhães ..... 65
- Da inadequação do artigo 185 do Código Tributário Nacional aos postulados constitucionais*  
José Antônio Lomonaco ..... 95

### JURISPRUDÊNCIA

#### DIREITO ADMINISTRATIVO

- Responsabilidade civil do Estado. ECT. Extravio e inutilização de correspondência. Danos materiais e danos morais.*  
ApCiv 0000523-88.2008.4.03.6118  
Desembargador Federal André Nabarrete ..... 111
- Ibama. Pedido de registro como criador conservacionista. Indeferimento. Autuação e apreensão. Auto de infração e multa. Validade. Presunção de legitimidade dos atos administrativos. Desproporcionalidade na aplicação da multa. Redução. Possibilidade. Princípio da razoabilidade.*  
ApCiv 0010546-74.2013.4.03.6100  
Desembargador Federal Souza Ribeiro ..... 118

*Mandado de Segurança. Matrícula. Ausência de quitação eleitoral. Direitos políticos suspensos. Direito à educação. Ressocialização.*

RemNecCiv 5000907-62.2018.4.03.6005

Desembargador Federal Fábio Prieto ..... 130

*Improbidade administrativa. Recebimento da inicial. Indícios suficientes de autoria e da materialidade dos fatos.*

AI 5001510-11.2018.4.03.0000

Desembargadora Federal Mônica Nobre ..... 133

*Concurso público. Candidato inabilitado em exame médico. Obesidade grau III. Compatibilidade com as atribuições do cargo. Reservista da aeronáutica.*

ApCiv 5005955-96.2018.4.03.6103

Desembargador Federal Antonio Cedenho..... 141

*Servidor público. Teletrabalho no exterior. Princípio da razoabilidade. Preservação do interesse público.*

AI 5008889-03.2018.4.03.0000

Desembargador Federal Cotrim Guimarães..... 147

*Mandado de segurança. Concurso público. Autodeclaração da condição de pardo. Alteração de edital com concurso em andamento. Previsão de formação de comissão de heteroidentificação sem previsão no edital de abertura. Impossibilidade.*

AI 5006959-13.2019.4.03.0000

Desembargadora Federal Consuelo Yoshida ..... 152

## DIREITO CIVIL

*Alienação fiduciária. Busca e apreensão.*

ApCiv 0000650-07.2013.4.03.6100

Desembargador Federal Peixoto Junior ..... 163

*Programa Minha Casa Minha Vida - PMCMV. Indeferimento de inscrição pela Caixa Econômica Federal.*

ApCiv 5002756-52.2017.4.03.6119

Desembargador Federal Hélio Nogueira ..... 176

## DIREITO CONSTITUCIONAL

*Servidor público. União homoafetiva. Aplicação do previsto no artigo 217, I, alínea “c” da Lei nº 8.112/1990 por analogia à união estável. Reconhecimento da sociedade de fato. Princípios constitucionais. Precedentes STF.*

ApReeNec 0027226-52.2004.4.03.6100

Desembargador Federal Wilson Zauhy ..... 183

## DIREITO PENAL

*Crime de redução a condição análoga à de escravo (art. 149 do CP). Penas reduzidas. Regime alterado. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.*  
ApCrim 0005489-94.2011.4.03.6181  
Desembargador Federal José Lunardelli.....191

*Fraude à licitação. Art. 96, III, da Lei nº 8.666/1993. Materialidade e autoria comprovadas. Dosimetria da pena.*  
ApCrim 0005511-84.2013.4.03.6181  
Desembargador Federal Nino Toldo ..... 243

*Inserção de dados falsos em sistema de informações. Art. 313-A do CP. Atribuição de múltiplos números de CPF a uma mesma pessoa física. Dosimetria. Circunstância agravante prevista no art. 61, II, “g”, do CP, afastada. Continuidade delitiva. Majoração da pena. Substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos.*  
ApCrim 0000220-41.2016.4.03.6103  
Desembargador Federal Fausto De Sanctis..... 249

## DIREITO PREVIDENCIÁRIO

*Concessão de aposentadoria por tempo de serviço. Litispendência. Extinção do processo. Indenização por danos morais. Cabimento.*  
ApReeNec 0030343-76.2013.4.03.9999  
Desembargador Federal Paulo Domingues .....273

*Benefício assistencial. Pagamento indevido. Concessão irregular mediante declarações falsas. Ação declaratória de inexigibilidade de débito. Ausência de boa-fé. Processo administrativo regular. Necessidade de devolução.*  
ApCiv 0005263-08.2016.4.03.6119  
Desembargadora Federal Marisa Santos.....278

*Aposentadoria por tempo de contribuição. Revisão. Atividade especial. Transporte de GLP. Aposentadoria integral.*  
ApCiv 0008848-13.2016.4.03.6105  
Desembargador Federal Carlos Delgado ..... 284

*Salário maternidade. Óbito da genitora. Concessão do benefício ao genitor. Possibilidade. Proteção da criança.*  
ApCiv 0016719-18.2017.4.03.9999  
Desembargador Federal Baptista Pereira..... 292

*Revisão de benefício. Aposentadoria por tempo de contribuição. Enquadramento de atividade especial. Comissário de bordo. Pressão atmosférica.*  
ApCiv 5000977-16.2017.4.03.6102  
Desembargadora Federal Daldice Santana..... 297



*Benefício por incapacidade. Cumprimento de sentença. Possibilidade de pagamento das parcelas atrasadas referente ao período de recolhimento de contribuições. Tema 1.013. Suspensão em todo o território nacional. Respeito ao título executivo.*

AI 5017945-94.2017.4.03.0000

Desembargador Federal Luiz Stefanini ..... 302

*Seguro desemprego. Pedido concedido em primeiro grau de jurisdição. Reforma do julgado em sede recursal. Inadimplemento dos requisitos legais necessários. Segurado mantinha a condição de sócio de empresa à época da demissão sem justa causa.*

Ag ApCiv 5019064-34.2018.4.03.6183

Desembargador Federal David Dantas ..... 305

*Aposentadoria por idade. Empregada doméstica. REDOM - Programa de Recuperação Previdenciária dos Empregadores Domésticos. Anotação em CTPS. Presunção “juris tantum” de veracidade. Implantação imediata do benefício.*

AI 5020631-88.2019.4.03.0000

Desembargador Federal Sérgio Nascimento ..... 308

*Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Readequação dos benefícios concedidos antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 aos tetos instituídos pelas Emendas Constitucionais nºs 20/1998 e 43/2003. Admissibilidade.*

IRDR 5022820-39.2019.4.03.0000

Desembargadora Federal Inês Virgínia ..... 311

*Aposentadoria especial. Enquadramento legal. Motorista de ambulância. Agentes biológicos. Vinte e cinco anos de trabalho insalubre, carência e qualidade de segurado comprovados.*

ApReeNec 5092575-29.2019.4.03.9999

Desembargador Federal Nelson Porfírio ..... 330

*Auxílio doença. Incapacidade parcial e permanente. Preenchimento dos requisitos legais para a concessão. Possibilidade de reabilitação profissional.*

ApCiv 5900651-09.2019.4.03.9999

Desembargador Federal Newton De Lucca ..... 338

*Pensão por morte. Prescrição do fundo de direito. Inocorrência. União estável comprovada. Dependência presumida. Presunção relativa não afastada. Termo inicial. Habilitação posterior.*

ApCiv 5904498-19.2019.4.03.9999

Desembargadora Federal Diva Malerbi ..... 345

## DIREITO PROCESSUAL CIVIL

*Agravo interno. Negativa de seguimento ao recurso extraordinário. Correspondência entre o acórdão recorrido e a orientação do STF. Descabimento da manutenção do sobrestamen-*

*to. Impossibilidade de rediscussão do acórdão paradigma. Contribuição previdenciária. Quinze dias que antecedem a concessão de auxílio-doença. Inexistência de repercussão geral. Tema nº 482 de Repercussão Geral.*

Ag RE ApCiv 0012441-75.2010.4.03.6100

Desembargador Federal Nery Júnior.....355

*Ação Rescisória. Aposentadoria por invalidez. Documentos novos suficientes para alterar decisão rescindenda. Desconstituição do julgado nos termos do artigo 966, VII, do CPC/1973. Procedência do pedido originário.*

AR 0005394-07.2016.4.03.0000

Desembargador Federal Gilberto Jordan .....359

*Embargos de Terceiro. Cumprimento de sentença. Construção de veículo. Aquisição não demonstrada por documento idôneo. Registro do bloqueio anterior à assinatura da autorização para transferência do veículo. Fraude à execução configurada.*

ApCiv 0001724-12.2017.4.03.6115

Juiz Federal Convocado Erik Gramstrup .....373

*Agravo de Instrumento. Execução Fiscal. Pedido de redirecionamento. Possibilidade. Questão distinta da afetada pelo Representativo da Controvérsia (RESP 16451333/SP - Tema 981).*

AI 5023612-61.2017.4.03.0000

Desembargador Federal Marcelo Saraiva.....380

*Ação Rescisória. Artigo 966, IV, do CPC. Não identificada tríplice identidade das ações: partes, pedido e causas de pedir. Pretensões distintas. Aposentadoria por tempo de serviço/contribuição e aposentadoria especial. Inocorrência de coisa julgada.*

AR 5001261-60.2018.4.03.0000

Desembargador Federal Toru Yamamoto .....382

*Agravo em Suspensão de Liminar. Ação Popular. Prejudicialidade. Não caracterização. Preliminar de ausência superveniente de objeto. Rejeição. Decisão judicial. Suspensão da renovação de contrato de concessão de usina hidrelétrica. Inviabilização de leilão de ações que objetivava a percepção de recursos para o erário. Comprovada ofensa à economia e ordem públicas.*

Ag SS 5026383-75.2018.4.03.0000

Desembargadora Federal Therezinha Cazerta .....391

*Agravo Interno. Anulação de registro de empresa. Declaração de inexistência de débito. Suspensão de anotações negativas em órgãos de proteção ao crédito. Abstenção de cobrança. Alegação de fraude. Plausibilidade.*

AI 5031720-45.2018.4.03.0000

Desembargador Federal Valdeci dos Santos.....410

*Cumprimento de sentença. Execução individual. ACP. Verba honorária. Cabimento. Critérios. Fixação por equidade. Artigo 85, § 8º, do CPC.*

AI 5010176-64.2019.4.03.0000

Desembargadora Federal Lucia Ursaia.....412

*Execução Fiscal. Suspensão do protesto. Suspensão/exclusão do CADIN. Impossibilidade de discussão no bojo do próprio feito executivo.*

AI 5019343-08.2019.4.03.0000

Desembargador Federal Nelson dos Santos..... 419

*Conflito Negativo de Competência. Mandado de Segurança. Recurso contra decisão do INSS concessiva de benefício previdenciário. Razoável duração do processo. Pretensão para imediata análise do pleito administrativo. Atração da competência do juízo especializado em matéria previdenciária. Inocorrência.*

CC 5020324-37.2019.4.03.0000

Desembargador Federal Carlos Muta ..... 426

*Embargos à Execução. Fidelidade ao título. Modificação dos critérios de correção monetária. Impossibilidade. Aplicação do assentado pelo STF nos autos do RE 870.947. Recurso da parte exequente parcialmente provido.*

ApCiv 5895620-08.2019.4.03.9999

Juiza Federal Convocada Vanessa Mello ..... 429

## DIREITO PROCESSUAL PENAL

*Embargos Infringentes. Execução provisória. Indeferimento. Descabimento de decretação da prisão domiciliar em caráter preventivo ou como forma de cumprimento antecipado da pena.*

ElfNu 0002587-95.2016.4.03.6181

Desembargador Federal André Nekatschalow .....435

*Agravo em Execução Penal. Sistema Penitenciário Federal. Presídio de segurança máxima. Inclusão ou renovação do prazo de permanência do preso. Competência para decidir sobre admissibilidade da inclusão/prorrogação. Juízo de origem solicitante. Cognição estreita do juiz federal solicitado.*

AgExPe 0000119-72.2019.4.03.0000

Desembargador Federal Maurício Kato .....441

*Recurso em Sentido Estrito. Arts. 241-A e 241-B, ambos do ECA. Liberdade provisória. Ausentes requisitos da prisão preventiva. Presença de medidas cautelares alternativas à prisão.*

RSE 0000929-23.2019.4.03.6119

Juiza Federal Convocada Louise Filgueiras ..... 446

## DIREITO TRIBUTÁRIO

*Embargos à Execução Fiscal. Consórcio. Sucessão. Artigo 133 do CTN. Não ocorrência.*  
ApReeNec 0000146-91.2010.4.03.6104  
Desembargador Federal Johonson Di Salvo.....455

*Ação Declaratória de Inexigibilidade de Tributo. Taxa de saúde suplementar (TSS). Base de cálculo definida em norma infralegal (artigo 3º da RDC nº 10/2000). Violação ao disposto no artigo 97, inciso IV, do CTN. Honorários advocatícios. Artigo 85, § 11, do CPC. Majoração.*  
ApCiv 0019064-82.2015.4.03.6100  
Desembargadora Federal Cecília Marcondes ..... 464

*Embargos de Terceiro. Valor da causa. Imóvel. Alienação após a inscrição de débitos em dívida ativa. Solvência do devedor não demonstrada. Fraude à Execução Fiscal. Incidência do artigo 185 do CTN. Afastamento da Súmula 375/STJ. Precedente do STJ em Recurso Representativo da Controvérsia.*  
ApCiv 0000053-55.2016.4.03.6125  
Desembargador Federal Mairan Maia..... 470

*IPI. Isenção. Lei nº 8.989/1995. Deficiente físico. Sinistro de veículo. Perda total. Lapso temporal para novo benefício. Desnecessidade. Sentença proferida em consonância com o entendimento do C. STJ.*  
ApReeNec 5003548-63.2017.4.03.6100  
Desembargadora Federal Marli Ferreira .....477

## SENTENÇAS

*Ação ordinária. Anulação do crédito tributário. Cancelamento da inscrição em dívida ativa. Recolhimento de CSL. Compensação indevida de base de cálculo negativa de exercícios anteriores.*  
0017600-09.2004.4.03.6100  
Juíza Federal Ana Lucia Petri Betto ..... 489

*Proventos de aposentadoria. Imposto de renda. Art. 3º da Lei nº 13.315/2016. Benefício previdenciário no valor de um salário mínimo. Residência no exterior. Pleito de cessação do recolhimento e devolução dos valores retidos mensalmente.*  
0007129-45.2016.4.03.6315  
Juiz Federal Pedro Henrique Meira Figueiredo ..... 496

*Ação declaratória. Procuradora da Fazenda Nacional. Teletrabalho. Exercício no exterior. Acompanhamento de cônjuge.*  
5000687-83.2018.4.03.6128  
Juiz Federal Fernando Cezar Carrusca Vieira .....501

*Ação civil pública. Improbidade administrativa. Malversação de verbas públicas federais oriundas do Fundo Nacional de Saúde, por meio de vendas simuladas de medicamentos no Programa Farmácia Popular do Brasil, fraude esta constatada pelo DENASUS após a Auditoria. Enriquecimento ilícito e dano ao erário.*

5001296-57.2018.4.03.6131

Juiz Federal Mauro Salles Ferreira Leite .....510

*Mandado de segurança contra ato da Reitora da UFMG. Pleito de matrícula no curso de graduação em História, no período noturno. Sistema de Seleção Unificada - SISU. Cota racial.*

5002954-18.2019.4.03.6120

Juiz Federal Márcio Cristiano Ebert .....521

*Cassação de sua aposentadoria. PAD. Nulidade. Comissão composta por servidores não estáveis, no período em que atuaram. Estabilidade dos mesmos conferida após o encerramento do PAD.*

5014530-68.2019.4.03.6100

Juíza Federal Sílvia Figueiredo Marques .....526

## **SÚMULAS**

*Súmulas do TRF da 3ª Região .....533*

*Súmulas da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região .....537*





## Artigos Doutrinários



# O combate à pornografia de vingança e a tutela penal da imagem no Brasil

## Leonardo Estevam de Assis Zanini

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



## Silvio Luiz Maciel

Mestre em Direito pela PUC-SP. Professor de Direito Penal e Processo Penal da Universidade de Araraquara (UNIARA). Professor de Processo Penal da Faculdade de Direito de Jaú. Autor de obras jurídicas. Advogado. Ex-Delegado de Polícia do Estado de São Paulo.



**RESUMO:** O presente artigo analisa a necessidade de proteção da imagem pelo Direito Penal. Destaca que a defesa da imagem pelo Direito Penal é um tema que passa pela compreensão da teoria do bem jurídico como instrumento para limitação da intervenção penal. Apresenta reflexões acerca da importância do consentimento, expresso ou presumido, no que toca à atipicidade ou à exclusão de ilicitude das condutas envolvendo o direito à imagem. Feita uma análise geral quanto à legitimidade e necessidade da tutela penal, o texto estuda as normas do Direito brasileiro que oferecem, ainda que de forma indireta, proteção à imagem, como é o caso do Estatuto da Criança e do Adolescente, da Lei Carolina Dieckmann e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Por fim, são analisados os crimes de registro não autorizado da intimidade sexual e de divulgação de cena de estupro, de sexo, de nudez ou de pornografia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Proteção penal da imagem. Direito à vida privada. Direitos da personalidade. Pornografia de vingança.

**ABSTRACT:** This article analyses the need for protection of the image by criminal law. It emphasizes that the defense of the image by the criminal law is a subject that passes for the understanding of the theory of the legal good as instrument for limitation of the criminal intervention. It presents reflections on the importance of consent, expressed or presumed, with regard to the atypicality or the exclusion of illegality of conduct involving the right to image. After a general analysis of the legitimacy and necessity of criminal protection, the text studies the norms of Brazilian law that offer, even if indirectly, protection to the image, as is the case of the Statute of the Child and Adolescent, the Carolina Dieckmann Law and the Law of Protection of People with Special Needs. Finally, the crimes of unauthorized registration of sexual intimacy and dissemination of the scene of rape, sex, nudity or pornography are analyzed.

**KEYWORDS:** Criminal protection of the image. Right to privacy. Personality rights. Porn revenge.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Legitimidade e necessidade da intervenção penal para a proteção do direito à imagem. 3 O consentimento do ofendido e o direito à imagem. 4 O consentimento presumido. 5 Tutela penal da imagem e o Direito positivo brasileiro. 5.1 A tutela penal da imagem da criança e do adolescente. 5.2 Invasão de dispositivo informático. 5.3 Tutela penal da imagem das pessoas com deficiência. 5.4 Registro não autorizado da intimidade sexual. 5.5 A divulgação de cena de estupro, de sexo, de nudez ou de pornografia. 6 Considerações finais. Referências.

## 1 Introdução

No Direito Penal brasileiro, diferentemente do que ocorre na legislação de muitos países europeus, não há um tipo que cuide especificamente da tutela penal da imagem. Não há que se falar na existência, no Direito pátrio, de uma disposição penal que salvaguarde amplamente a imagem, ainda que em associação com a proteção da privacidade e da intimidade.

A despeito da ausência de tal previsão legal, é bastante corriqueira a ocorrência de situações que dão enfoque a essa problemática. Isso se deve principalmente ao desenvolvimento tecnológico, que permitiu a digitalização de imagens e a miniaturização de equipamentos, facilitando a captação de imagens<sup>1</sup>. Além disso, o surgimento da inter-

net permitiu a distribuição dessas imagens de forma praticamente sem controle, até mesmo instantaneamente (em tempo real) e em escala global, o que gerou grandes transformações na dinâmica das relações sociais e dos meios de comunicação<sup>2</sup>.

Tudo isso leva ao questionamento acerca da necessidade ou não da tutela penal em defesa da imagem. É praticamente indiscutível a necessidade da intervenção penal em relação aos tipos previstos na grande maioria das legislações, como é o caso do homicídio, da lesão corporal, do furto, do estelionato etc. A punição dessas condutas é fundamental para a convivência humana<sup>3</sup>. Mas o mesmo pode ser dito em relação à violação da imagem? É necessária a tutela da imagem pelo Direito Penal? Em quais circunstâncias seria

1 FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. München: C.H. Beck, 2013, p. 1349.

2 WESSELS, Johannes; HETTINGER, Michael. *Strafrecht Besonderer Teil*. 37. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2013, v. 1, p. 174.

3 ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. München: C.H. Beck, 2006, v. 1, p. 17.

justificável tal proteção? Tais indagações são inicialmente objeto de análise do presente artigo, cuja investigação se pautará pelo estudo da doutrina e jurisprudência.

Respondidos os questionamentos supra, passa-se à análise dos dispositivos penais que permitem, a partir do Direito positivo brasileiro, algum tipo de tutela penal da imagem, ainda que de forma indireta, por via reflexa. Ademais, juntamente com o estudo do Direito positivo serão propostos novos paradigmas para a tutela penal da imagem.

## 2 Legitimidade e necessidade da intervenção penal para a proteção do direito à imagem

A propósito da tutela penal da imagem, a questão que se coloca antes de qualquer outra diz respeito justamente à sua pertinência ou não. De fato, dado o caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal, a temática atinente à legitimidade da intervenção jurídico-criminal é sempre uma premissa para a análise da tipicidade de determinado comportamento.

A intervenção do Direito Penal existe para garantir ao cidadão uma convivência livre e pacífica, bem como para a manutenção dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente. É dizer: o Direito Penal não pode proibir nada além daquilo que seja estritamente necessário para que se atinja uma coexistência livre e pacífica. Assim sendo, para justificar a intervenção do Direito Penal, é muito defendida a teoria do bem jurídico<sup>4</sup>.

Todavia, há quem negue que a função do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos ou mesmo que possa existir um conceito seguro do que eles sejam. De fato, conforme assevera Figueiredo Dias, a noção de bem jurídico

[...] não pôde, até o momento presente, ser determinada – e talvez jamais o venha a ser – com uma nitidez e segurança que permita convertê-la em conceito fechado e apto à subsunção, capaz de traçar, para além de toda a dúvida possível, a fronteira entre o que legitimamente pode e não pode ser criminalizado<sup>5</sup>.

Na Alemanha, igualmente, sustenta *Hirsch* que há uma imprecisão conceitual sobre o que seja bem jurídico, razão pela qual ele não pode funcionar como critério limitador do Direito Penal. *Stratenwerth*, por sua vez, observa que, dada a multiplicidade conceitual do bem jurídico, há insegurança jurídica na sua utilização como valor norteador da atividade legiferante repressiva. *Jackobs*, um dos mais conhecidos opositores da teoria do bem jurídico, defende que a função do Direito Penal não é proteger bens jurídicos, mas sim garantir o império do sistema normativo desafiado pelo cometimento da infração penal<sup>6</sup>.

A despeito da respeitável oposição à ideia de bem jurídico, é certo que a teoria do bem jurídico como instrumento para restringir a intervenção do Direito Penal encontrou eco na doutrina moderna<sup>7</sup>. De fato, o conceito de bem jurídico, conforme posicionamento prevalente na Alemanha, designa os valores ideais que justificam a existência do tipo penal<sup>8</sup>.

Nesse contexto, as teorias constitucionais têm significativo reconhecimento dentre as teorias do bem jurídico, considerando que o próprio conceito de bem jurídico deve ser extraído da ordenação axiológica jurídico-constitucional. É, então, certo que a Constituição funciona como norteadora da política

4 ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. München: C.H. Beck, 2006, v. 1, p. 16.

5 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, t. I, p. 114.

6 ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 14-15.

7 RENGIER, Rudolf. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 7. ed. München: C. H. Beck, 2015, p. 14-15.

8 KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 37.



criminal, de modo que as teorias constitucionais estabelecem critérios limitadores da atividade legislativa de produção do Direito<sup>9</sup>.

Com isso, o legislador não é livre para criar tipos penais, visto que os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal devem considerar-se concretizações dos valores constitucionais ligados aos direitos e deveres fundamentais, bem como à ordem social, política e econômica<sup>10</sup>. Realmente, pelo critério jurídico-constitucional, a Constituição representa a “projecção e expressão jurídica fundamental da concepção ético-social da comunidade sobre os princípios que devem estruturar o sistema social”, de forma que é nela que se deve procurar a expressão e fundamento jurídico-constitucionais da definição do bem jurídico-penal<sup>11</sup>. Isso significa que o legislador está vinculado às diretrizes estabelecidas na Constituição, não podendo criminalizar, sem qualquer critério ou parâmetro, toda e qualquer conduta humana.

Assim sendo, certos bens jurídicos são inegavelmente carecedores de proteção penal, haja vista a explicitude do texto constitucional. De fato, na Constituição Federal, existem as denominadas normas constitucionais incriminadoras, que impõem ao legislador ordinário a tipificação de condutas ofensivas a determinadas categorias de bens. Nesses casos, aliás, o legislador ordinário não goza de discricionariedade política para avaliar se o Direito Penal deve ou não intervir, cabendo a ele apenas tipificar a conduta em obediência ao mandamento constitucional. É o que ocorre com os delitos ambientais, cuja norma do artigo 225, § 3º, da Constituição Federal determina a punição criminal dos detratores do meio ambiente.

Pois bem, embora não exista uma deter-

minação constitucional expressa de criminalização das condutas atentatórias à imagem, temos que é claramente legítima e necessária a proteção penal desse bem jurídico. Isso porque o direito à imagem é inegavelmente um direito fundamental e também um direito da personalidade<sup>12</sup>.

Realmente, a imagem é um direito autônomo, cuja proteção está explicitada destacadamente na Constituição Federal (art. 5º, X). A partir da inclusão da imagem no texto constitucional fica evidente que ela ganhou autonomia, merecendo proteção, por si só, independentemente da violação a qualquer outro direito fundamental ou da personalidade. É desnecessário, por exemplo, a ocorrência de qualquer dano conjunto à honra ou à privacidade para que surja o dever de indenizar o lesado<sup>13</sup>.

A despeito de ser necessária a existência de um bem jurídico, não se deve esquecer que a proteção penal da imagem, ou de qualquer outro bem jurídico, está inegavelmente inserida no âmbito de discricionariedade política do legislador infraconstitucional (salvo nos casos dos mandados de criminalização). Desse modo, na hipótese do legislador optar pela punição criminal dos ataques a esse bem jurídico, a tipificação será indiscutivelmente legítima, desde que respeitados, logicamente, os princípios constitucionais limitadores do direito de punir, como, por exemplo, o princípio da taxatividade (*Bestimmtheitsgebot*), que exige a descrição clara e precisa do comportamento incriminado; o princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeit*), que reclama cominação de pena adequada ao grau de reprovabilidade da conduta e do resultado; ou ainda o princípio da fragmentariedade (*fragmentarischer Charakter des Strafrechts*), pelo qual nem todo ataque ao bem jurídico deve ser criminalizado, mas

9 PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 62.

10 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, t. I, p. 120.

11 CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito penal: parte geral: questões fundamentais. Teoria geral do crime*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 50.

12 ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito à imagem*. Curitiba: Juruá, 2018, *passim*.

13 FACHIN, Zulmar. *A proteção jurídica da imagem*. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 67.





Fonte: [www.rawpixel.com](http://www.rawpixel.com)

tão somente aqueles reputados de especial gravidade<sup>14</sup>.

Ora, respeitados os princípios constitucionais, é concedida uma ampla liberdade ao legislador para a definição dos bens jurídicos que merecem tutela penal. E partindo dessa possibilidade, tem sido tendência nos países europeus a punição da violação do direito à imagem na medida de sua relevância como atentado à reserva da vida privada e da intimidade<sup>15</sup>.

Ao contrário do que ocorre na Europa, no Brasil a matéria não encontra ainda uma disposição que garanta uma proteção penal suficientemente ampla. Isso reflete, sem dúvida nenhuma, um atraso em nosso sistema jurídico, especialmente em função das violações, cada vez mais frequentes, desse bem jurídico, cujos números têm sido incrementados pela utilização de aplicativos de *smartphones* ou de outros meios tecnológicos. Não há mais que se falar somente no armazenamento das imagens na web, em páginas pornográficas, pois hoje essas imagens têm sido distribuídas muito rapidamente pelos mais variados tipos de aparatos tecnológicos<sup>16</sup>.

Outrossim, não é demasiado lembrar que a proteção penal também se justifica em razão da suscetibilidade de ofensa ao bem

jurídico, sendo certo que, nos dias atuais, é inegável a exposição da imagem a ofensas variadas. Em outras palavras, a necessidade de intervenção penal no âmbito da proteção da imagem se justifica exatamente pela facilidade de ataque a esse bem jurídico, particularmente em virtude da constante evolução tecnológica<sup>17</sup>.

É bem verdade que o legislador brasileiro, especialmente no que toca ao Direito Penal, não tem elaborado legislação que possa ser considerada conveniente. Normalmente, parte de problemas pontuais, surgidos em situações concretas, propondo a criação de novos tipos penais em toque de caixa, sem um estudo aprofundado e sistematizado acerca do bem jurídico a ser tutelado penalmente. Para piorar, muitas vezes, os próprios parlamentares se vangloriam pelo fato de terem aprovado um projeto em tempo recorde, o que acaba demonstrando, justamente, a imaturidade com que nossas leis são criadas.

Seja como for, essa problemática não afeta a necessidade de criação de normas penais que possam responder aos inúmeros ataques à imagem das pessoas. Desse modo, é evidente a existência de dignidade constitucional em relação ao bem jurídico em questão, bem como há necessidade da pena para sua proteção, pressupostos fundamentais para a tutela penal<sup>18</sup>. Por isso, a legislação penal pátria não pode ficar a reboque dessa nova realidade, deixando sem resposta adequada essa atual modalidade de ilícito, que é própria dos tempos modernos<sup>19</sup>.

14 RENGIER, Rudolf. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 7. ed. München: C. H. Beck, 2015, p. 9-10 e 20-21.

15 ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito à imagem*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 357.

16 WESSELS, Johannes; HETTINGER, Michael. *Strafrecht Besonderer Teil*. 37. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2013, v. 1, p. 174.

17 BEXIGA, Vanessa Vicente. *O direito à imagem e o direito à palavra no âmbito do processo penal*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, Mestrado, 2013, p. 11.

18 Como esclarece Carvalho, “não é pelo facto de determinado valor ter uma essencial dignidade constitucional (‘dignidade penal’) que, necessariamente, terá de ser criminalizada a sua lesão; exige-se, complementarmente, que haja ‘necessidade penal’”. CARVALHO, Américo Tais de. *Direito penal: parte geral: questões fundamentais*. Teoria geral do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 53.

19 Lamentavelmente, como aponta Costa Junior, o que ocorre até os presentes dias é que “o legislador caminha sempre com o passo trôpego. Avança com vagar. Mais

### 3 O consentimento do ofendido e o direito à imagem

O direito à imagem se reveste de todas as características comuns aos direitos da personalidade. Contudo, apesar de ser um direito indisponível, no sentido de que uma pessoa não pode se despojar de sua imagem, é certo que é possível a sua exploração econômica. Isso significa que o seu titular pode abrir mão tão somente do exercício de uma pequena parcela desse direito em favor de terceiro, o qual poderá usar a imagem para finalidades determinadas<sup>20</sup>.

No âmbito penal, o consentimento do ofendido na divulgação da sua imagem também apresenta efeitos jurídicos. De fato, considerando a possibilidade de utilização da imagem até mesmo para fins econômicos, esse bem jurídico, para efeitos penais, deve ser enquadrado fundamentalmente como um bem jurídico individual disponível (*disponibles individualrechtsgut*)<sup>21</sup>. Essa disponibilidade é um requisito para a eficácia penal do consentimento, tornando a conduta atípica, uma vez que eventual prática criminosa somente teria relevância nos casos de uso desautorizado da imagem da vítima.

Assim sendo, não há que se falar em tutela penal nos casos em que a vítima autoriza expressa ou tacitamente a conduta (*volenti non fit iniuria*), pois que, nessas situações, não há violação ao bem jurídico tutelado. Em havendo autorização no que toca à captação, fixação e utilização da imagem, não há qualquer violação desse bem jurídico<sup>22</sup>.

Realmente, o consentimento do ofendido exclui a tipicidade da conduta quando o dissentimento compõe o tipo penal expressa ou implicitamente. Se o tipo penal pune somente a conduta desautorizada, obviamente a conduta praticada com consentimento do titular do bem jurídico não se subsume à norma incriminadora, restando então atípica. Como afirma Kindhäuser, com o consentimento, o titular do bem jurídico torna sua a conduta do agressor<sup>23</sup>.

Aliás, mesmo se o dissentimento não estiver como elemento expresso no tipo e mesmo que não se admita que esse dissentimento esteja implícito na norma incriminadora, é preciso lembrar que o consentimento do ofendido funciona, ainda, como causa supralegal de exclusão da ilicitude.

A doutrina pacificamente reconhece essa outra natureza jurídica do consentimento do ofendido. Embora não exista, no ordenamento jurídico brasileiro, norma legal expressa prevendo o consentimento do ofendido como excludente de ilicitude<sup>24</sup>, doutrina e jurisprudência o reconhecem como causa dirimente supralegal, o denominado *consentimento justificante*.

Nesse contexto, o consentimento do ofendido pode servir de excludente de ilicitude (se a ausência de consentimento não é elementar do tipo incriminador), ou servir de causa afastadora de tipicidade, quando a norma incriminadora narra como típica uma conduta desautorizada<sup>25</sup>.

Outrossim, embora não exista absoluto consenso na doutrina sobre os requisitos necessários para a configuração dessa causa excludente de ilicitude do consentimento justificante, pode-se dizer, em linhas gerais,

lentamente que os fatos sociais, que evoluem vertiginosamente, reivindicando normas e providências". COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 9.

20 ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo: Saraiva, 2011, *passim*.

21 KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 112.

22 BEXIGA, Vanessa Vicente. *O direito à imagem e o direito à palavra no âmbito do processo penal*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, Mestrado, 2013, p. 21.

23 KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 111.

24 No direito italiano, por exemplo, o artigo 50 do Código Penal estabelece não ser "punível quem ofende ou põe em perigo um direito, com o consentimento da pessoa que dele pode validamente dispor".

25 COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Curso de direito penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 179.

que ela está presente sempre que haja um consentimento livre e válido, dado por agente capaz, relacionado com um bem jurídico disponível e individual (não se admite essa causa justificante nos bens transindividuais, já que seria necessário um consentimento de toda a coletividade, o que é impossível)<sup>26</sup>.

Por conseguinte, havendo consentimento da vítima na manipulação de suas imagens por terceiros, não haverá espaço para discussão acerca da tutela penal da imagem. Contudo, vale aqui antecipar que, apesar da discussão acerca do consentimento, o ponto de vista defendido neste artigo vai além. Considera-se que não basta, simplesmente, a tomada da imagem e a sua eventual distribuição para que a conduta seja criminalizada. Como será visto, para que a conduta seja passível de punição criminal, é necessário mais do que a mera utilização desautorizada da imagem<sup>27</sup>.

#### 4 O consentimento presumido

O problema atinente ao consentimento presumido é bastante comum em relação à utilização da imagem. Discute-se se somente o consentimento expresso afastaria eventual conduta típica ou se outras formas de consentimento também seriam admitidas com essa finalidade.

Na Alemanha, a doutrina admite o consentimento presumido em casos como, por exemplo, o de intervenções cirúrgicas. Entretanto, é certo que esse problema pode ser solucionado com excludentes expressamente previstas na legislação penal, como a do estado de necessidade de terceiro ou do exercício

regular do direito, o que tornaria desnecessária a utilização da figura supralegal<sup>28</sup>.

O Código Penal português, por sua vez, equipara o consentimento presumido ao consentimento efetivo, estabelecendo os pressupostos para a sua validade<sup>29</sup>. Trata-se de causa excludente de crime, a qual está prevista no artigo 39º do referido código:

1 – Ao consentimento efectivo é equiparado o consentimento presumido.

2 – Há consentimento presumido quando a situação em que o agente actua permitir razoavelmente supor que o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido no facto, se conhecesse as circunstâncias em que este é praticado.

Assim sendo, o mencionado dispositivo cuida de “situações em que o titular do bem jurídico lesado não consentiu na ofensa, mas nela teria presumivelmente consentido se lhe tivesse sido possível pôr a questão”<sup>30</sup>, como sucede muitas vezes, como já mencionado, no âmbito das intervenções médico-cirúrgicas<sup>31</sup>.

Paulo Pinto de Albuquerque, em comentários ao Código Penal português, esclarece que

[...] o acordo (expresso ou presumido) do portador do bem jurídico afasta a tipicidade da conduta do agente. Há acordo presumido quando o portador do bem jurídico sabe que as suas palavras

26 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 215.

27 Sobre o tema, vale a citação de Wessels e Hettinger: “Eine Bildaufnahme ohne Einwilligung der Person herzustellen und auch die Weitergabe na Dritte war nicht strafbar. Das 36. StÄG von 2004 hat es unternommen, mit § 201a die Strafbarkeitslücke in gebotenem Maße zu schließen”. WESSELS, Johannes; HETTINGER, Michael. *Strafrecht Besonderer Teil*. 37. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2013, v. 1, p. 174.

28 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 215.

29 CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito penal: parte geral: questões fundamentais*. Teoria geral do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 455.

30 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, t. I, p. 489-490.

31 Acerca dos tratamentos e intervenções médico-cirúrgicas, observa Carvalho que “quando estes são realizados com base no consentimento presumido, este não funciona como causa de ‘justificação’, mas sim, tal como o consentimento efetivo, como causa de exclusão da tipicidade”. CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito penal: parte geral: questões fundamentais*. Teoria geral do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 456.

estão a ser gravadas e não se opõe à gravação. O mesmo vale para a fotografia ou filmagem<sup>32</sup>.

Vanessa Vicente Bexiga acrescenta que

[...] as fotografias captadas em lugares públicos, enquadradas na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente, assim como quando releve a notoriedade ou o cargo desempenhado do fotografado dispensam o consentimento da pessoa exposta por se entender haver um acordo implícito<sup>33</sup>.

Nesse contexto, o *consentimento presumido* funciona como causa excludente de tipicidade (ou de ilicitude), não havendo nenhum impedimento jurídico para tanto. Se há o consentimento, expresso ou presumido, não há enquadramento da conduta ao tipo penal (ou não há ilicitude da conduta).

Outrossim, a verificação da ocorrência ou não do consentimento é *thema probandum* a ser apurado na investigação e, certamente, não desnatura a causa afastadora do delito. Em outras palavras, a apuração sobre ter ocorrido ou não o consentimento não tem qualquer relação com a teoria do crime, é dizer, com a verificação dos elementos estruturais da infração penal, tratando-se, inegavelmente, de questão probatória.

Esse problema, aliás, pode ser resolvido com relativa facilidade, no campo processual, bastando o legislador indicar ação condicionada à representação ou mesmo ação privada para apuração dos crimes atentatórios ao direito à imagem. Assim sendo, se a vítima autorizar tacitamente a divulgação de suas imagens, por certo que não existirão provi-

dências criminais em face do responsável por essa publicidade.

Aliás, as ações penais mencionadas são compatíveis com as características do direito de imagem, uma vez que a necessidade de autorização do titular da imagem para a deflagração da *persecutio criminis* evita o constrangimento da vítima afirmar, em audiência de ação pública incondicionada, que autorizou a divulgação das imagens, tornando inexequível o *jus puniendi*.

Por derradeiro, vale notar que, no âmbito do Direito Civil, tanto a doutrina como a jurisprudência aceitam o consentimento presumido como excludente da responsabilidade civil<sup>34</sup>, sendo perfeitamente possível a autorização implícita e informal do uso da imagem, o que, aliás, é muito comum ocorrer<sup>35</sup>.

## 5 Tutela penal da imagem e o direito positivo brasileiro

Demonstrada a legitimidade e a necessidade da intervenção penal para a proteção da imagem, mister se faz agora uma análise das disposições legais em vigor, as quais podem respaldar a tutela penal da imagem.

Trata-se de matéria que não apresenta a evolução desejada, visto que a imagem carece de proteção com a abrangência esperada, demandando do operador do Direito a utilização de um vasto arcabouço de normas para, diante das mais diversas situações, tentar, de algum modo, garantir a proteção penal da imagem, o que será visto a seguir.

### 5.1 A tutela penal da imagem da criança e do adolescente

A imagem da criança e do adolescente é protegida no artigo 17 do Estatuto da Criança

32 ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4. ed. Lisboa: Universidade Católica, 2010, p. 615.

33 BEXIGA, Vanessa Vicente. *O direito à imagem e o direito à palavra no âmbito do processo penal*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, Mestrado, 2013, p. 21.

34 ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo: Saraiva, 2011, *passim*.

35 CHAVES DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 253-254.



e do Adolescente (ECA - Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), que cuida do direito ao respeito, expressamente estabelecendo que esse direito abrange a preservação da imagem<sup>36</sup>.

Com isso, há uma proteção específica do *ius imaginis* pelo microssistema da Lei nº 8.069/1990, que abarca a criança, considerada a pessoa até doze anos de idade incompletos, e o adolescente, ou seja, aquele que possui idade entre doze e dezoito anos (art. 2º do ECA)<sup>37</sup>.

Ao lado da possibilidade de tutelar civilmente a imagem, o Estatuto da Criança e do Adolescente apresenta, em seu artigo 232, uma norma que permite, ainda que indireta-

mente, haja vista que não foi criada com essa finalidade específica, a proteção da imagem. E vale aqui a sua transcrição:

Art. 232. Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou a constrangimento: Pena - detenção de seis meses a dois anos.

Ora, ainda que se trate de delito próprio, que exige condição especial do sujeito ativo, essa norma penal, inegavelmente, também permite a tutela da imagem dos infantes. E o tipo pode, inclusive, alcançar coautores ou partícipes, que não detêm a autoridade, guarda ou vigilância do menor, mas podem atuar em conjunto com quem detém essa condição.

Parece óbvio que uma das formas de constrangimento ou humilhação de alguém é, justamente, por meio da divulgação de imagens em situações que expõem a pessoa à vergonha ou à execração pública. Aliás, a razão de se tutelar a imagem é exatamente para proteger as pessoas de tais situações vexatórias, uma vez que a divulgação de imagens que retratam a pessoa em situações comuns ou até honrosas não configuram ilícito penal. Se alguém é filmado socorrendo uma pessoa ferida e sua imagem é postada nas redes sociais com texto elogioso sobre sua conduta, é certo que isso não pode ser punido criminalmente.

Como o artigo 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente constitui delito de ação livre, ou seja, não exige uma forma de execução específica, é certo que o constrangimento ou vexame do menor pode ocorrer pela divulgação de suas imagens. É o caso, por exemplo, da divulgação de imagens de menores acusados de ato infracional, sem que isso tenha qualquer utilidade para o processo, o que pode ensejar não somente a responsabilização da autoridade responsável pela vigilância do menor, mas também do executor da captação da imagem ou de quem a divulgou.



Crédito: Pierre-Auguste Renoir

36 FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 60.

37 Art. 2º da Lei nº 8.069/1990: "Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade".

Outrossim, o artigo 143 do Estatuto da Criança e do Adolescente determina que, na divulgação de atos judiciais, policiais ou administrativos concernentes a crianças e adolescentes a quem se atribua autoria de ato infracional, são vedadas fotografias. Pode a Polícia manter a fotografia do menor em seus cadastros para atuação investigativa, mas obviamente não pode publicar essa imagem.

Além das normas acima, o Estatuto da Criança e do Adolescente garantiu, nas situações previstas nos artigos 240 a 241-C, a proteção penal da imagem da criança e do adolescente. Tais disposições criminalizam, em linhas gerais, a realização de foto ou de filme pornográfico com criança ou adolescente, a venda de foto ou filme pornográfico envolvendo criança ou adolescente, a divulgação pela internet de foto ou vídeo pornográfico de criança ou adolescente<sup>38</sup>, a guarda de material que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente, bem como a montagem de foto ou vídeo pornográfico de criança ou adolescente<sup>39</sup>.

Da análise das disposições penais, fica evidente que a preocupação do legislador foi o combate à pornografia infantil e à pedofilia. Essas condutas perniciosas devem ser afastadas, a todo custo, da vida da criança e do adolescente, para que se preserve o desenvolvimento íntegro de sua personalidade<sup>40</sup>,

pelo que a proteção da imagem foi apenas secundária ou reflexa.

De fato, não há no Estatuto da Criança e do Adolescente nenhum tipo penal voltado especificamente para a tutela da imagem da criança e do adolescente. Assim sendo, uma ampla gama de condutas passíveis de criminalização fica sem a necessária salvaguarda, como é o caso da tutela da imagem em associação com a honra, a intimidade ou a vida privada.

Nesse contexto, pode-se dizer que há uma parcial proteção penal da imagem da criança e do adolescente, que é voltada especificamente para cenas pornográficas ou de sexo explícito. Essa tutela compreende, conforme o artigo 241-E do Estatuto da Criança e do Adolescente, qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais. Ademais, vale notar que ao dispositivo legal não é dada interpretação meramente literal, mas sim extensiva, pelo que abrange, por exemplo, casos de fotografias ou filmes em que crianças ou adolescentes apenas estão despidos ou que dizem respeito a “zonas erógenas”<sup>41</sup>.

De qualquer forma, sem pretendermos fazer uma análise aprofundada dos tipos penais em questão, é certo que o Estatuto da Criança e do Adolescente não procurou tutelar diretamente a imagem, pois nos crimes mencionados os bens jurídicos protegidos são a integridade física, psíquica e moral.

Por conseguinte, ao cotejarmos a legislação nacional com a proteção da imagem em outros países, não resta dúvida que no exterior existem leis penais que protegem de forma mais ampla a imagem da criança e do adolescente, visto que não resguardam apenas as situações que envolvem pornografia ou cenas de sexo explícito, mas igualmente os casos

38 No que toca à competência, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) já firmou posicionamento no sentido de que compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes consistentes em disponibilizar ou adquirir material pornográfico envolvendo criança ou adolescente (arts. 241, 241-A e 241-B da Lei nº 8.069/1990) quando praticados por meio da rede mundial de computadores. Igualmente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que o crime previsto no artigo 241-A da Lei nº 8.069/1990, relativo à divulgação de imagens pornográficas de crianças e adolescentes, quando praticado pela internet, é da competência da Justiça Federal, pois as imagens são colocadas à disposição de um número indefinido de pessoas e, ao menos potencialmente, para usuários residentes fora do território nacional.

39 ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 540-556.

40 ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da criança e do adolescente*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, *passim*.

41 ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 542.



em que há violação conjunta da imagem e da vida privada ou intimidade, como é o caso da legislação da Alemanha<sup>42</sup>.

## 5.2 Invasão de dispositivo informático

A Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012, dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos, inserindo o artigo 154-A ao Código Penal, que criou o delito de invasão de dispositivo informático<sup>43</sup>.

Tal diploma legal foi elaborado depois da divulgação na internet, por um site pornográfico hospedado em Londres, de fotos íntimas da atriz Carolina Dieckmann. As imagens, que se espalharam rapidamente pelas redes sociais, foram feitas pela atriz e seu marido em momentos íntimos, e estavam guardadas em seu computador pessoal, pelo que teriam sido copiadas por terceiros sem autorização. Posteriormente, os autores da invasão do computador pessoal da atriz foram identificados e responsabilizados pelos crimes de extorsão, difamação e furto, mas não propriamente pela invasão do computador, ante a ausência de previsão de um tipo penal específico<sup>44</sup>.

Dessa forma, como reação à exposição das mencionadas fotos íntimas, foi elaborada a Lei nº 12.737/2012, conhecida como Lei Carolina Dieckmann. Essa lei incluiu no Código Penal, no capítulo dos crimes contra a liberdade individual, na seção dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos<sup>45</sup>, o delito de invasão de dispositivo informático, também conhecido como intrusão informática (arts. 154-A e 154-B do CP).

O Código Penal passou a tipificar a conduta daquele que invade dispositivo in-

formático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita<sup>46</sup>. A lei também criminalizou a ação daquele que produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática de invasão de dispositivo informático, pelo que se deu relevo penal ao ato preparatório (artigo 154-A, § 1º, do Código Penal)<sup>47</sup>.

Pelo que se pode notar, a lei tem como bem jurídico mediato a proteção da liberdade individual, outorgando tutela, de forma imediata,

[...] à intimidade, à vida privada, à honra, à inviolabilidade de comunicação e correspondência, enfim, à livre manifestação do pensamento, sem qualquer intromissão de terceiros<sup>48</sup>.

No mesmo sentido, destaca Rogério Greco que os bens juridicamente protegidos pelo tipo são

[...] a liberdade individual e o direito à intimidade, configurados na proteção da inviolabilidade dos dados e informações existentes em dispositivo informático<sup>49</sup>.

No que toca especificamente ao direito

42 MAURACH, Reinhart; SCHROEDER, Friedrich-Christian; MAIWALD, Manfred. *Strafrecht Besonderer Teil*. 10. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2009, v. 1, p. 338-339.

43 GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial: crimes contra a pessoa*. 11. ed. Niterói: Impetus, 2014, v. II, p. 606.

44 MASSON, Cleber. *Código penal comentado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2018, p. 680.

45 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 774.

46 GRECO, Rogério. *Comentários sobre o crime de invasão de dispositivo informático* - art. 154-A do Código Penal. Disponível em: <<https://www.impetus.com.br/artigo/143/comentarios-sobre-o-crime-de-invasao-de-dispositivo-informatico-art-154-a-do-codigo-penal>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

47 JÚNIOR, Miguel Reale. Arts. 146 a 154-B. In: JÚNIOR, Miguel Reale (coord.). *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 468.

48 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 774.

49 GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial: crimes contra a pessoa*. 11. ed. Niterói: Impetus, 2014, v. II, p. 613.

à imagem, a norma tipifica a conduta daquele que obtiver fotografias ou vídeos por meio da invasão de dispositivo informático alheio, sendo irrelevante se o dispositivo se encontra ou não conectado à rede de computadores<sup>50</sup>.

Trata-se, como lamentavelmente é costume no direito pátrio, de um “casuísmo”, de uma lei criada às pressas, sem maiores reflexões, cheia de imprecisões técnicas, bem como com excessivo recurso a elementos normativos<sup>51</sup>. Nada mais é do que uma forma de dar resposta rápida aos anseios da opinião pública, que foi sensibilizada por um caso envolvendo uma celebridade<sup>52</sup>.

Realmente, como no caso envolvendo a atriz as imagens foram retiradas de um computador, o legislador brasileiro preocupou-se com a proteção de dados digitais, voltando-se precipuamente para o instrumento utilizado na prática da conduta lesiva. Dessa maneira, deixou de dar uma solução efetiva, racional e abrangente para o verdadeiro problema, ou seja, a utilização criminosa de fotos e vídeos que expõem situações relacionadas à privacidade e intimidade. É que a Lei nº 12.737/2012 não trata propriamente da divulgação do conteúdo, mas sim de situações que envolvem a invasão de dispositivos informáticos, como, por exemplo, o computador de mesa (*desktop*), o *notebook*, o *tablet*, bem como os *smartphones*<sup>53</sup>.

Assim sendo, se as mesmas fotos fossem novamente publicadas na internet, porém não tivessem sido retiradas do computador da atriz, mas sim realizadas, por exemplo, por

um fotógrafo com auxílio de lentes teleobjetivas, a conduta não seria incriminada pela Lei nº 12.737/2012, não obstante a ocorrência do mesmo resultado danoso para a vítima.

O mesmo poderia ser dito se as imagens tivessem sido obtidas: a) por uma câmera digital ocultada em um quarto de hotel; b) se a atriz tivesse imprimido as fotos e estas tivessem sido furtadas durante uma invasão de sua residência ou; c) se as fotos tivessem sido realizadas, de forma consentida, por seu marido, que após eventual separação as lançasse na internet (pornografia de vingança).

Todavia, os problemas da Lei nº 12.737/2012 não se resumem ao exposto acima. É que, mesmo na hipótese de invasão de dispositivo informático, exige a lei, para configurar violação do tipo previsto no artigo 154-A do Código Penal, que o equipamento tenha algum mecanismo de segurança, o que pode ser compreendido como todo tipo de meio que objetive garantir que somente determinadas pessoas terão acesso ao dispositivo informático, como uma senha, um *firewall*, um *antimalware*, um *antispyware* ou mesmo um programa antivírus<sup>54</sup>.

Com isso, somente vai ocorrer o crime se a invasão do dispositivo informático se der por meio de violação de mecanismo de segurança, o que constitui, nas palavras de Nucci, o calcanhar de Aquiles do tipo<sup>55</sup>. De fato, a norma incriminadora em questão não será aplicável se imaginarmos que as fotos foram retiradas do computador ou do celular da atriz, que não eram dotados de tal aparato de segurança<sup>56</sup>.

Outrossim, vale notar que a lei exige, como elemento subjetivo do tipo, a especial finalidade do agente de obter, adulterar ou

50 MASSON, Cleber. *Código penal comentado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2018, p. 681.

51 JÚNIOR, Miguel Reale. Arts. 146 a 154-B. In: JÚNIOR, Miguel Reale (coord.). *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 467.

52 ISHIDA, Válder Kenji. *As modificações promovidas pela Lei Carolina Dieckmann no Código Penal*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/as-modificacoes-promovidas-pela-lei-carolina-dieckmann-no-codigo-penal/9986>>. Acesso em: 16 jan. 2016.

53 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 775.

54 GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial: crimes contra a pessoa*. 11. ed. Niterói: Impetus, 2014, v. II, p. 610.

55 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 776.

56 MASSON, Cleber. *Código penal comentado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2018, p. 681.

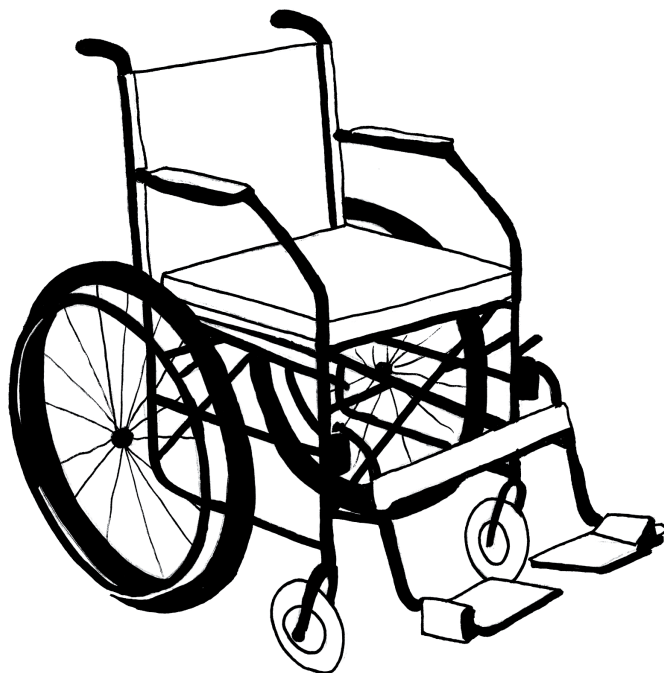
destruir dados ou informações<sup>57</sup>. Sem este fim especial, tradicionalmente chamado de dolo específico, o delito não se aperfeiçoa. Desse modo, se o sujeito ativo invadir um computador sem nenhuma finalidade específica, apenas e tão somente para se entreter, para visualizar as fotografias ou as imagens nele contidas, não incorrerá nesse delito.

Destarte, da análise das situações supramencionadas, fica claro que a legislação deixou de dar proteção penal à imagem, bem jurídico passível de tutela penal, pelo menos quando em associação com a violação da intimidade<sup>58</sup>. Por isso, chega-se à conclusão de que a Lei nº 12.737/2012, em mais um espetáculo de incompetência do legislador, não foi adequada para a resolução do problema da divulgação indevida de imagens com conteúdo íntimo. A referida lei é mais uma tentativa de satisfação da opinião pública, que ficou chocada com o ocorrido com a atriz<sup>59</sup>. E justamente pela insuficiência da Lei Carolina Dieckmann, no que toca à proteção da imagem, que se fez necessária, como será visto adiante, a inclusão de outros dispositivos no Código Penal.

### 5.3 Tutela penal da imagem das pessoas com deficiência

No Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015), encontra-se outra previsão penal que pode ser utilizada para a tutela da imagem. Trata-se do artigo 88 do referido estatuto, o qual exige, entretanto, que o sujeito passivo seja pessoa com deficiência.

Dispõe o artigo 88 da Lei nº 13.146/2015:



Crédito: Mazé Leite

Art. 88. Praticar, induzir ou incitar discriminação de pessoa em razão de sua deficiência:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

§ 1º. Aumenta-se a pena em 1/3 (um terço) se a vítima encontrar-se sob cuidado e responsabilidade do agente.

§ 2º. Se qualquer dos crimes previstos no *caput* deste artigo é cometido por intermédio de meios de comunicação social ou de publicação de qualquer natureza:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 3º. Na hipótese do § 2º deste artigo, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência:

I - recolhimento ou busca e apreensão dos exemplares do material discriminatório;

II - interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na internet.

57 GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial: crimes contra a pessoa*. 11. ed. Niterói: Impetus, 2014, v. II, p. 610.

58 MAURACH, Reinhart; SCHROEDER, Friedrich-Christian; MAIWALD, Manfred. *Strafrecht Besonderer Teil*. 10. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2009, v. 1, p. 319.

59 Sobre o problema na construção das leis penais, assevera Carvalho que "atribuir ao direito penal um papel simbólico é abrir as portas à aceitação de 'bodes expiatórios', o que o direito em geral, e o direito penal em especial, deve evitar a todo custo". CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito penal: parte geral: questões fundamentais. Teoria geral do crime*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 50.

Assim sendo, pela norma em comento, é possível a punição da utilização de imagens de pessoas com deficiência, mas para que isso ocorra é fundamental que exista o objetivo de discriminar essas pessoas. E a pena ainda é maior se o crime for praticado por intermédio de meios de comunicação social ou de publicação de qualquer natureza que menospreze a pessoa com deficiência.

Com efeito, só existe esse crime se houver a finalidade específica de discriminação. É dizer: o bem jurídico protegido é o direito de não ser discriminado e não propriamente a imagem. Todavia, quando a discriminação envolve a utilização de imagens da vítima, por via transversa, também se tutela a imagem.

Ademais, é interessante notar que, entre as normas não penais do Estatuto da Pessoa com Deficiência, não há previsão expressa da proteção da imagem dessas pessoas. A despeito disso, é certo que a norma anunciada do artigo 1º estabelece que o Estatuto objetiva garantir o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais das pessoas com deficiência.

## 5.4 Registro não autorizado da intimidade sexual

A Lei nº 13.772, de 19 de dezembro de 2018, criminalizou o registro não autorizado da intimidade sexual, incluindo no Código Penal, no âmbito dos crimes contra a liberdade sexual, o artigo 216-B, que dispõe:

Art. 216-B. Produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes:  
Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.

O objetivo do registro previsto pelo tipo diz respeito ao “conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado”. Em sendo assim, o bem jurídico protegido não é propriamente a imagem, mas

sim a dignidade sexual, envolvendo a intimidade e a privacidade da pessoa<sup>60</sup>.

Ainda, vale observar que a limitação do conteúdo das cenas descritas no tipo penal constitui um ponto passível de reflexão, visto que a dignidade da proteção penal da imagem não deveria se resumir apenas a tais cenas, ficando de fora do tipo a captação de imagens que não se amoldam ao referido conteúdo, mas que podem ser tão prejudiciais quanto o registro de cenas de nudez ou de ato libidinoso.

O modo pelo qual as imagens serão captadas é livre, ou seja, “por qualquer meio”. Com isso, o crime já se consuma quando a captação é feita, constituindo a sua publicidade, por qualquer meio, meramente esgotamento do delito.

Ademais, na descrição típica há um elemento normativo, referente à não autorização dos participantes. Assim sendo, se houver autorização, que pode ser verbal ou por escrito, expressa ou presumida, a conduta se torna atípica.

Por outro lado, em se tratando de registro não autorizado de cenas de nudez ou sexo explícito ou pornográfico envolvendo menores de 18 anos, a tipificação da conduta, como já foi visto, está prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>61</sup>.

Outrossim, no parágrafo único do artigo 216-B é punida a conduta daquele que “realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo”. Nesse caso, diferentemente do *caput*, em que o agente capta imagens e/ou sons autênticos da vítima, no artigo 216-B o sujeito ativo monta quadros envolvendo a vítima, valendo-se de peças separadas, sendo bastante comum a utilização

60 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1197.

61 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1197.



de montagens falsas. E aqui, mais uma vez, o bem jurídico protegido é a dignidade sexual, que se concentra na intimidade e privacidade, ficando a tutela da imagem em segundo plano.

### 5.5 A divulgação de cena de estupro, de sexo, de nudez ou de pornografia

A Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018, alterou o Código Penal e atendeu ao anseio social, criminalizando a conduta daquele que expõe, sem consentimento, fotos e vídeos íntimos alheios. A nova lei, que incluiu o artigo 218-C ao Código Penal, tem como objetivo precípuo evitar a prática de crimes de divulgação, especialmente pela internet, de cena de estupro, de estupro de vulnerável, de sexo, de nudez ou de pornografia.

Como foi visto, não havia legislação penal adequada para o enfrentamento das condutas tipificadas no artigo 218-C do Código Penal. O enquadramento em crimes não específicos era bastante difícil e, muitas vezes, extremamente polêmico. Na tentativa de oferecer respaldo às vítimas, normalmente mulheres e adolescentes, as autoridades, quando não era possível a aplicação da Lei Carolina Dieckmann ou do Estatuto da Criança e do Adolescente, procuravam enquadrar a conduta no âmbito dos crimes contra a honra ou como contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (art. 61 da Lei das Contravenções Penais)<sup>62</sup>. Outra forma de lidar com o problema era a analogia ao crime de estupro, com o uso do conceito de estupro virtual, cuja pena acabava sendo desproporcional, isso sem falar na natureza hedionda desse crime. Ora, tais medidas se mostravam inadequadas, pois muitas vezes não era possível a subsunção das condutas aos mencionados tipos.

Com a entrada em vigor da Lei nº 13.718/2018, a conduta daquele que divulga

vídeos e fotos íntimas, sem o consentimento da vítima, passou a ser tipificada, seguindo tendência das legislações penais de diversos países desenvolvidos, nos seguintes termos:

Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio – inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática –, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Assim sendo, é certo que o tipo também alcança a conduta popularmente conhecida como pornografia de vingança, cuja maioria das vítimas são pessoas do sexo feminino.

Outrossim, como se pode notar, o consentimento foi inserido diretamente no tipo penal, de maneira que ganhou especial relevância a ausência de consentimento da vítima. Desse modo, somente serão consideradas ilícitas aquelas condutas praticadas sem o consentimento de um dos envolvidos<sup>63</sup>.

A norma penal prevê, ainda, causa de aumento de 1/3 a 2/3 se o crime for praticado por agente que mantenha ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima, ou com o fim de vingança (*revenge porn*) ou humilhação (art. 218-C, § 1º, do CP). A previsão leva em conta que, frequentemente, a pessoa que mantém ou manteve relacionamento com a vítima tem acesso facilitado a fotografias e vídeos de conteúdo íntimo, havendo uma quebra de confiança, a qual justifica uma pena maior.

62 Art. 61 da Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688/1941): “Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor: Pena – multa”. Vale notar que a Lei nº 13.718/2018 revogou expressamente o artigo 61 da LCP, que previa a figura da importunação ofensiva ao pudor.

63 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1218.



Além disso, no § 2º do artigo 218-C, está prevista a exclusão da ilicitude, não havendo que se falar em crime quando o agente pratica as condutas descritas no *caput* em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, caso seja maior de 18 anos. Nesse caso, é relevante ressaltar a necessidade de adoção de recurso que preserve a identificação da vítima. E outra exceção consiste justamente na prévia autorização da pessoa ofendida, desde que maior de 18 anos, para a divulgação de sua imagem<sup>64</sup>.

Por conseguinte, vê-se que a Lei nº 13.718/2018 procura adequar o ordenamento jurídico à evolução tecnológica, afastando a dificuldade de enquadramento penal de determinados comportamentos, que agora contam com normas penais com penas compatíveis com a gravidade desses casos. Em todo caso, além das previsões da Lei nº 13.718/2018, também é necessário que o Estado implemente políticas públicas para a prevenção desse tipo de violência.

## 6 Considerações finais

No panorama atual, não resta dúvida que o direito penal brasileiro considera ser necessária a tutela penal contra determinados ataques graves e intoleráveis à imagem da pessoa. A violação decorrente da captação e utilização da imagem sem maiores consequências para seu titular, por outro lado, em função da subsidiariedade, deve ficar fora da esfera de proteção penal.

No ordenamento jurídico brasileiro, não existe um tipo penal voltado especificamente para a tutela da imagem. Apesar disso, embora não haja tutela penal própria e autônoma do direito de imagem, é certo que algumas

disposições, como foi visto, permitem sua defesa mediata, uma vez que cuidam, precipuamente, da lesão a outros bens jurídicos.

Nesse contexto, pode-se afirmar que o combate à prática de divulgação indevida de imagens atinentes a material íntimo vem ganhando muita força no Direito brasileiro, visto que a criação de novos tipos penais tem permitido a criminalização de uma ampla gama de condutas. Assim sendo, não resta dúvida que o legislador brasileiro considerou existir, como regra, dignidade penal na proteção da imagem que contenha cenas de nudez, ato sexual ou ato obsceno. Ademais, o legislador também reconheceu a existência de necessidade de proteção penal nessas situações, constituindo o Direito Penal a forma adequada e eficaz para tanto.

Todavia, vale questionar se seriam somente as hipóteses de cenas de nudez, de ato sexual ou de ato obsceno que deveriam ser tipificadas. Em realidade, as normas examinadas ainda deixaram em aberto um vasto campo de imagens relacionadas com a intimidade da pessoa, que nada tem a ver com cenas de nudez, de ato sexual ou de ato obsceno, mas que certamente têm legitimidade e necessidade de proteção pelo Direito Penal. Esse é o caso, por exemplo, de fotografias tiradas de uma pessoa em um leito de um hospital ou de um vídeo feito quando uma pessoa estava agonizando após um acidente automobilístico. Em tais situações, a despeito da legitimidade e da necessidade, não há que se falar na salvaguarda penal da imagem.

Outrossim, a existência de inúmeros tipos penais, inseridos no Código Penal e em leis especiais, também dificulta a defesa penal da imagem. É bastante complexo interpretar harmonicamente, sem cometer injustiças, as diferentes normas penais que guardam relação com a imagem. Dessa forma, seria melhor a unificação de alguns tipos, o que pode ser notado em alguns países europeus, como na Suíça, na Alemanha, na França e em Portugal.

64 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1219.

Por conseguinte, não obstante ser evidente que houve um avanço considerável em relação ao quadro deficitário até então existente, acredita-se que o Direito Penal brasileiro deveria contar com um tipo dotado de maior alcance, levando em conta a proteção da imagem em associação com a intimidade,

não se restringindo apenas e tão somente ao campo da liberdade sexual. Assim, deveria abranger, no mínimo, a salvaguarda contra a violação da intimidade, que também vem sendo diuturnamente vulnerada pelos novos avanços tecnológicos.

## Referências

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4. ed. Lisboa: Universidade Católica, 2010.
- BARTNIK, Marcel. *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.
- BEXIGA, Vanessa Vicente. *O direito à imagem e o direito à palavra no âmbito do processo penal*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, Mestrado, 2013.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito penal: parte geral: questões fundamentais. Teoria geral do crime*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2008.
- CHAVES DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1995.
- COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Curso de direito penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, t. I.
- ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da criança e do adolescente*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FACHIN, Zulmar. *A proteção jurídica da imagem*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. München: C.H. Beck, 2013.
- FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: Atlas, 2011.
- GRECO, Rogério. *Comentários sobre o crime de invasão de dispositivo informático* - art. 154-A do Código Penal. Disponível em: <<https://www.impetus.com.br/artigo/143/comentarios-sobre-o-crime-de-invasao-de-dispositivo-informatico-art-154-a-do-codigo-penal>>. Acesso em: 14 jun. 2019.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial: crimes contra a pessoa*. 11. ed. Niterói: Impetus, 2014, v. II.
- ISHIDA, Válder Kenji. *As modificações promovidas pela Lei Carolina Dieckmann no Código Penal*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/as-modificacoes-promovidas-pela-lei-carolina-dieckmann-no-codigo-penal/9986>>. Acesso em: 16 jan. 2016.
- ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente*. São Paulo: Atlas, 2011.
- JÚNIOR, Miguel Reale. Arts. 146 a 154-B. In: JÚNIOR, Miguel Reale (coord.). *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 429-469.
- KAYSER, Pierre. *La protection de la vie privée par le droit*. Paris: Economica, 1995.
- KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Baden-Baden: Nomos, 2015.
- MASSON, Cleber. *Código penal comentado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2018.
- MAURACH, Reinhart; SCHROEDER, Friedrich-Christian; MAIWALD, Manfred. *Strafrecht Besonderer Teil*. 10. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2009, v. 1.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- RENGIER, Rudolf. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 7. ed. München: C. H. Beck, 2015.
- ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. München: C.H. Beck, 2006, v. 1.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2007.

WESSELS, Johannes; HETTINGER, Michael. *Strafrecht Besonderer Teil*. 37. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2013, v. 1.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito à imagem*. Curitiba: Juruá, 2018.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo: Saraiva, 2011.





# **Interesse público e sua supremacia: um estudo sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular**



## **Fernando Mariath Rechia**

Juiz Federal. Mestre em Direito Público com ênfase em Direito Tributário pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET).

**RESUMO:** Este artigo tem dois objetivos. De um lado, pretende investigar os elementos que integram o “interesse público” e, principalmente, aqueles que não o integram. De outro lado, depois de analisar o conteúdo jurídico possível do “interesse público” e as balizas para a sua configuração, este ensaio apresentará razões contrárias à existência e à funcionalidade de um “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”, sobretudo em relação à sua utilização enquanto fundamento para legitimar atuações administrativas que restrinjam direitos individuais, em especial dos contribuintes.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito administrativo. Direito tributário. Interesse público. Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Interesse público e parâmetros de controle. Controle da Administração Pública.

**ABSTRACT:** This article has two objectives. On one hand, it intends to investigate the elements that integrate the concept of “public interest” and, mainly, those that do not integrate it. On the other hand, after examining the possible legal content of the “public interest” and the beacons for its configuration, this essay will present reasons against the existence and functionality of a “principle of the supremacy of public interest over the private interest”, especially in relation to its use as a basis for legitimizing administrative actions that restrict individual rights of individuals - especially taxpayers.

**KEYWORDS:** Administrative law. Tax law. Public interest. Principle of the supremacy of public interest over the private interest. Public interest and parameters of control. Control of Public Administration.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O conteúdo jurídico do interesse público. 2.1 O que não é interesse público. 2.1.1 Interesse público e interesse do Estado. 2.1.2 Interesse público e interesse da Administração Pública. 2.1.3 Interesse público e interesse do agente público. 2.1.4 Interesse público e interesse supraindividual. 2.1.5 Interesse público e interesse da maioria. 2.2 A configuração do interesse público a partir da Constituição. 3 O “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”: construção e desconstrução. 3.1 As bases teóricas do “princípio da supremacia”. 3.2 A desconstrução do “princípio da supremacia”. 3.2.1 Primeira objeção: ausência de natureza de norma-princípio. 3.2.2 Segunda objeção: ausência de fundamentação normativa. 3.2.3 Terceira objeção: ausência de uma necessária contraposição entre interesses públicos e particulares. 4 Conclusões. Referências.

## 1 Introdução

O propósito deste artigo é investigar a existência e a funcionalidade de um “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”, notadamente no que se refere à sua utilização enquanto mecanismo de legitimação de atos estatais que restringem liberdades individuais.

A importância prática e teórica desta discussão é incontestável. São diversas as decisões – especialmente no âmbito do Direito Tributário – que fazem alusão ao referido “princípio da supremacia”, seja para fundamentar medidas processuais em favor da Fazenda Pública, seja para convalidar exigências tributárias contrárias aos interesses dos contribuintes. Ademais, os aspectos teóricos em torno deste “princípio da supremacia”, desde sempre apontado como um dos fundamentos de todo o Direito Administrativo, têm motivado acalorados debates na doutrina nacional.

No entanto, um tema tão complexo e abrangente quanto este impõe diversos obstáculos ao seu adequado enfrentamento. O mais imediato deles diz respeito à delimitação do objeto do estudo. Sem esta precaução, o trabalho científico perde em consistência e frustra o leitor, incapaz de verificar se o autor foi efetivamente capaz de cumprir as suas promessas.

Para alcançar este objetivo, a problematização do tema é instrumento da mais alta relevância. Assim, o artigo que ora se inicia adotará como projeto de trabalho os seguintes questionamentos: *i)* qual o conteúdo jurídico desse interesse público que deteria “supremacia” sobre os interesses particulares? (seria ele composto exclusivamente por interesses estatais ou da Administração Pública?); *ii)* o “princípio da supremacia do interesse público” pode servir de fundamento jurídico para legitimar atos administrativos restritivos de direitos individuais?

Para dar conta de ambas as questões – intimamente conectadas –, o presente ensaio foi dividido em duas partes.

A primeira delas tem por objetivo investigar os elementos que compõem o “interesse público” e os parâmetros para a sua configuração. Para tanto, propõe-se inicialmente uma conceituação negativa, a fim de afastar alguns “interesses” que, apesar de usualmente caracterizados como “públicos”, com estes não se confundem. Se é correto afirmar que uma conceituação negativa é insuficiente para alcançar uma *definição* de “interesse público” (objetivo que, além de extrapolar os limites deste ensaio, parece insuscetível de atingimento), ela cumpre a função de iluminar os caminhos em direção aos interesses que poderão ser alçados à condição de “públicos”. Daí por que o segundo tópico da primeira

parte é destinado a analisar as balizas para a configuração do “interesse público”.



Fonte: [www.rawpixel.com](http://www.rawpixel.com)

Por fim, na segunda parte do artigo, e com base nos pressupostos analisados na primeira metade, será endereçado o segundo questionamento referido acima. Isto é, depois de excluídas todas as concepções que não se confundem com o “interesse público” (item 2.1 da primeira parte), analisar-se-á criticamente a existência e a funcionalidade de um “princípio da supremacia”, notadamente para identificar se ele poderia servir de parâmetro para orientar as relações que envolvem a Administração Pública e os particulares.

## 2 O conteúdo jurídico do interesse público

A doutrina (acompanhada pela jurisprudência) costuma invocar o “interesse público” para justificar os mais diversos posicionamentos. Sem antes, contudo, refletir sobre o seu conteúdo ou, ao menos, sobre a natureza dos elementos que o integram<sup>1</sup>. Como se a investigação sobre o conteúdo do interesse público fosse algo desnecessário, incapaz de justificar a atenção da comunidade jurídica, que já o conheceria de antemão.

No entanto, como se verá abaixo, essa crença é equivocada. Com isso, um tema de fundamental relevância para o Direito Públi-

co subsiste relegado ao segundo plano. Daí a precisa afirmação de Eros Grau, no sentido de que o interesse público “permanece, sem dúvida, sendo a grande questão do Direito Administrativo, ainda que os administrativistas, em regra, não a discutam”<sup>2</sup>.

### 2.1 O que não é interesse público?

Por essa razão, e nos estreitos limites deste ensaio (tal qual apontado na introdução), resta absolutamente relevante investigar o conteúdo jurídico do interesse público, especificamente para identificar quais os elementos que podem integrá-lo.

No entanto, considerando a impossibilidade de apresentar uma *definição* de interesse público, já que este, como será visto em seguida, varia conforme os bens em conflito no caso concreto, parece prudente, logo de início, precisar justamente aquilo que o interesse público *não é*. Trata-se, portanto, de identificar aqueles interesses que não podem ser confundidos com o interesse público, mas que, não raras vezes, acabam sendo. Posteriormente, superada esta empreitada inicial, será possível localizar os interesses passíveis de serem configurados como públicos e, principalmente, qual o instrumento pertinente para tanto.

#### 2.1.1 Interesse público e interesse do Estado

Em primeiro lugar, o interesse público não pode ser confundido com o interesse do Estado.

Se era verdade que, no surgimento do Estado Moderno, essa confusão era comum, já que a totalidade dos interesses públicos estava na titularidade do soberano, hoje ela

<sup>1</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo. *Revista trimestral de direito público*, n. 26, 1999, p. 116.

<sup>2</sup> GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 171. No mesmo sentido, BORGES, Alice Gonzales. Interesse público: um conceito a determinar. *Revista de Direito Administrativo*, v. 205, jul./set. 1996, p. 112., quando conclui que “entre os conceitos jurídicos indeterminados invocáveis no direito público, é o interesse público o de mais difícil determinação”.

não mais se sustenta, por duas razões<sup>3</sup>. Em primeiro lugar, porque, nos dias de hoje, nem todos os interesses públicos são titularizados pelo Estado. A Constituição reconhece a possibilidade de interesses públicos não estatais, notadamente no que se refere ao chamado *terceiro setor*, composto pelas organizações não governamentais<sup>4</sup>. Em segundo lugar, já que nem todos os interesses titularizados pelo Estado são públicos<sup>5</sup>.

A propósito, a própria caracterização da natureza pública de um interesse exclusivamente a partir da pessoa do seu titular (no caso, o Estado) dá lugar a uma petição de princípio ou raciocínio circular: o interesse seria público porque atribuído ao Estado e seria atribuído ao Estado por ser público<sup>6</sup>. No entanto, a partir do momento em que o Estado deixa de ser visto como um fim em si mesmo, passando a atuar como instrumento de realização de interesses alheios, é preciso admitir que a existência destes *precede* a existência do Estado<sup>7</sup>.

Em suma: o interesse é público não por ser de titularidade do Estado, mas pode ser atribuído ao Estado por ser público<sup>8</sup>.

### 2.1.2 Interesse público e interesse da Administração Pública

Em segundo lugar, e por razões similares, é igualmente equivocado confundir o interesse público com o interesse do aparato administrativo (ou da Administração Pública).

O Estado, enquanto sujeito de direitos,

pode ter interesses de forma semelhante ao que ocorre com os sujeitos de direito privado. Mas esses interesses, por serem regidos por uma lógica de conveniência, não podem ser reconhecidos como “públicos”. Representam apenas as vontades do aparato estatal, independentemente de sua qualidade de servidor de interesses da coletividade<sup>9</sup>.

Nesse aspecto é didática a distinção entre interesses primários do Estado e interesses secundários, criada pelo italiano Renato Alessi e introduzida na doutrina brasileira por Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>10</sup>. Enquanto o interesse primário corresponderia ao interesse geral e legítimo, o interesse secundário corresponderia ao interesse do gestor do patrimônio público. Para ilustrar o segundo caso, é possível imaginar o caso de um Estado que tributa de forma excessivamente alta os contribuintes, enriquecendo o Erário às custas do empobrecimento da sociedade. Nessa hipótese, o Estado estaria agindo para atender um interesse secundário, em desconformidade com o interesse público primário que deveria nortear as suas ações<sup>11</sup>.

Por essa razão, parte da doutrina qualifica esses “interesses da Administração” de secundários, por representar apenas as vontades do aparato estatal, independentemente de sua qualidade de instrumento a serviço dos interesses da coletividade<sup>12</sup>.

- 3 JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo. *Revista trimestral de direito público*, n. 26, 1999, p. 116-117.
- 4 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 155.
- 5 JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo. *Revista trimestral de direito público*, n. 26, 1999, p. 117-118.
- 6 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 155.
- 7 JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo. *Revista trimestral de direito público*, n. 26, 1999, p. 117.
- 8 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 155.

- 9 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 73. No mesmo sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 156; LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7. ed. Atualizada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 558.
- 10 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 67-66 e 73.
- 11 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 67.
- 12 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 73. No mesmo sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 156; LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7. ed. Atualizada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 558.



Ademais, caso adotada a concepção de que o interesse público se confunde com o interesse do Estado ou da Administração Pública, jamais seria possível utilizá-lo como parâmetro de controle do exercício de poder<sup>13</sup>. Haveria uma espécie de autolegitimação da conduta estatal. Já que, se todos os interesses estatais são “públicos”, sempre que a Administração agisse para atender os *seus* interesses (sejam quais fossem) ela estaria reflexamente atendendo aos interesses *públicos* (justamente porque a sua natureza – pública – é determinada pela pessoa do seu titular, e não pelo conteúdo do interesse).

### 2.1.3 Interesse público e interesse do agente público

Com maior razão ainda, o interesse público não pode ser confundido com o interesse privado do sujeito que exerce função administrativa.

Os interesses do agente público configuram interesses privados, submetidos às regras comuns. Como no caso do governante que tem total interesse em evitar a veiculação de notícias sobre atos de improbidade que tenha praticado. No entanto, o interesse do agente público na preservação da sua imagem para eventual manutenção no cargo que ocupa em nada se aproxima de um interesse público. O simples fato de um sujeito exercer função pública não transfigura todos os seus interesses privados/particulares em públicos<sup>14</sup>.

Portanto, diante da evolução histórica houve (ou deveria ter havido) a superação da identificação do interesse público com as meras conveniências da Administração. O Estado e os seus agentes não são guardiões de interesse próprio. Por essa razão, fala-se em função administrativa, justamente para

retratar um “dever-poder” voltado à proteção de interesses alheios à pessoa que o exerce<sup>15</sup>. Em suma, o simples fato de um sujeito estar no exercício de uma função pública, não transforma os *seus* interesses em interesses *públicos*.



Fonte: [www2.planalto.gov.br](http://www2.planalto.gov.br)

### 2.1.4 Interesse público e interesse supraindividual

Embora por motivos diversos, também não é correto associar o interesse público com o interesse da sociedade (entendida esta como algo diverso da soma de interesses individuais dos seus integrantes).

Ainda que a sociedade não se confunda com os indivíduos que a integram, a adoção dessa tese possibilitaria que o interesse do todo fosse, ao mesmo tempo, contrário ao interesse de todas as suas partes. Tal confusão permitiria o surgimento de interesses supraindividuais (típico de regimes totalitários), através da alusão a um interesse geral ou público (da “sociedade”), que não guardasse qualquer vínculo com nenhum interesse individual dos seus membros<sup>16</sup>.

13 JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo. *Revista trimestral de direito público*, n. 26, 1999, p. 117; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 155.

14 JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo. *Revista trimestral de direito público*, n. 26, 1999, p. 118.

15 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 100-101.

16 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 60; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 156.



Além desse risco, haveria um segundo problema: o de identificar qual seria esse “interesse da sociedade”. Ou seja, justamente por não guardar nenhuma relação com os interesses individuais e concretos dos integrantes da coletividade, surgiria o problema de determinar o seu conteúdo. E, mais do que isso, surgiria o problema de definir *quem* seria o responsável por identificar “o” interesse público.

A depender das soluções apresentadas, poderíamos retornar para os itens anteriores, onde o interesse do governante (agora na condição de intérprete do interesse da sociedade) poderia acabar se confundindo com o interesse público<sup>17</sup>.

## 2.1.5 Interesse público e interesse da maioria

Por fim, o interesse público também não corresponde ao somatório dos interesses particulares ou ao interesse privado comum e homogêneo da maioria da população<sup>18</sup>.

Embora não pelos mesmos motivos do item anterior, já que ao representar a maioria dos interesses individuais, não haveria risco de existir um interesse público estranho aos interesses dos indivíduos, essa concepção também não deve prosperar, por três razões.

Em primeiro lugar, ao somente reconhecer como público o interesse que reflete a maioria dos interesses privados, a adoção dessa concepção resultaria na destruição/opressão dos interesses de minorias, os quais nunca seriam alçados à condição de interesse público. Contudo, em um Estado Democrático, mesmo que a vontade da maioria prevaleça, essa preponderância deve observar certos limites, de modo que os interesses da minoria não sejam completamente desatendidos<sup>19</sup>.

Em segundo lugar, em uma sociedade pluralista e diversificada, há grande dificuldade em realizar esta composição entre os diferentes grupos de interesses o que dificultaria (para não dizer inviabilizaria) a formação de uma maioria em torno de um interesse comum e homogêneo. Como adverte Juarez Freitas, “não há somatório de interesses individuais que, num passe-de-mágica, possa ser convertido em interesse público”<sup>20</sup>.

Em terceiro lugar, ao apresentar um critério exclusivamente aritmético, essa concepção transformaria em interesse público todo e qualquer interesse comum da maioria do povo, independentemente do seu conteúdo. No entanto, há interesses, como aquele manifestado por grande parte da população brasileira em relação ao futebol que, apesar de compartilhado por uma maioria de sujeitos privados, continuam a ter natureza privada<sup>21</sup>.

## 2.2 A configuração do interesse público a partir da Constituição

Mas se é verdadeiro que o fato de um interesse ser compartilhado pela maioria é insuficiente, por si só, para configurá-lo como público, é forçoso admitir que *o conteúdo jurídico do interesse público não se vincula apenas a questões quantitativas*<sup>22</sup>. No entanto, se assim o é, então qual seria o critério para configurar um interesse como público?

Os critérios para o reconhecimento ou para a definição de interesse público não podem ser encontrados em outro lugar senão no próprio ordenamento jurídico. Daí a conclusão da doutrina de que não há interesse público sem uma norma prévia<sup>23</sup>. E, no

17 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 157.

18 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 157.

19 JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo. *Revista trimestral de direito público*, n. 26, 1999, p. 122.

20 FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 54.

21 JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo. *Revista trimestral de direito público*, n. 26, 1999, p. 122.

22 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 158.

23 DE LA MORENA, Luis. Derecho administrativo e interés público: correlaciones básicas. *Revista de Administración*

ordenamento jurídico brasileiro, os critérios para a definição do conteúdo do interesse público devem ter como ponto de partida a Constituição Federal e a legislação editada em conformidade com ela<sup>24</sup>. Como corretamente observa a doutrina:

[...] a significação do que vem a ser o interesse público será determinada de forma objetiva pelo ordenamento jurídico, particularmente na ordem de valores, fins, objetivos e bens protegidos pela Constituição<sup>25</sup>.

Entretanto, se o conteúdo do interesse público é determinado a partir de uma análise sistemática do ordenamento jurídico e, se a própria Constituição outorga proteção tanto a interesses particulares (individuais), quanto a interesses coletivos, surge o seguinte questionamento: é possível falar em um princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no ordenamento jurídico brasileiro? Mais do que isso, indaga-se se esse “princípio” da supremacia constituiria um parâmetro a ser observado pela Administração Pública, especialmente nas relações que mantém com os particulares.

*Pública*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, n. 100-102, 1983, p. 852-853; MAFFINI, Rafael. *Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 41.

24 ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, vol. I, n. 7, out. 2001, p. 18. No mesmo sentido: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 68.

25 GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 179. No mesmo sentido: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 69; HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, abr./jun. 2011, p. 74-75.

É o que se passa a analisar a partir de agora.

### 3 O “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”: construção e desconstrução

#### 3.1 As bases teóricas do “princípio da supremacia”

No Direito brasileiro, desde há muito, o autor mais importante a enfatizar a existência e importância do “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”, sem dúvidas, é o jurista paulista Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>26</sup>. Em suas palavras, esse princípio proclamaria a “superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último”<sup>27</sup>.

Entre outras funções desempenhadas pelo referido princípio, a mais importante delas (e a que interessa mais de perto ao presente ensaio) seria a de regular as relações entre o Estado e o particular, assegurando uma posição de privilégio e de supremacia à Administração enquanto órgão encarregado de zelar pelos interesses públicos (ou seja, sempre que ela atuasse de acordo com aquilo que ele denomina de interesse público primário)<sup>28</sup>.

Mesmo não sendo possível vincular esse princípio da supremacia a algum dispositivo específico da Constituição, seria possível identificar diversas manifestações dele, como, por exemplo, no artigo 170, cujos incisos III, V e VI, fazem referência à função social da propriedade, à defesa do consumidor e à defesa do meio ambiente. Assim como no artigo 5º, incisos XXIV e XXV, que trata da

26 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 55.

27 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 29.

28 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 30.

desapropriação e da requisição, institutos nos quais, de acordo com Bandeira de Mello, seria “evidente a supremacia do interesse público sobre o interesse privado”<sup>29</sup>.

Inicialmente, eram essas as principais características apresentadas pelo professor paulista para fundamentar a existência de um princípio da supremacia do interesse público. Com efeito, parece curioso atribuir tamanha importância ao princípio e aos efeitos que decorreriam dele, sem, contudo, analisar com maior detalhamento o conteúdo (possível) do interesse público que estaria em posição de supremacia frente ao particular.

### 3.2 A desconstrução do “princípio da supremacia”

Apesar da sua fundamentação deficiente, esse “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular” teve aceitação tranquila na doutrina e jurisprudência brasileira (pelo menos) até o ano de 1998<sup>30</sup>. A partir daí, o princípio, que antes era tido como um verdadeiro dogma do Direito Administrativo, passou a ter a sua existência fortemente questionada por inúmeros autores<sup>31</sup>.

Os diversos argumentos apresentados contra o princípio da supremacia do interesse público podem ser adequadamente reduzidos a três objeções. As primeiras duas atacam a existência desse princípio através do questionamento da sua natureza e fundamentação normativa. Já o terceiro argumento se dirige contra a funcionalidade (operacionalidade) deste “princípio”.

Nas linhas abaixo, as três objeções serão analisadas individualmente.

#### 3.2.1 Primeira objeção: ausência de natureza de norma-princípio

O primeiro argumento apresentado pelos seus críticos questiona a própria natureza normativa atribuída ao assim denominado “princípio” da supremacia do interesse público sobre o particular.

De maneira absolutamente breve, um princípio jurídico pode ser classificado como uma norma que regula de forma indireta o comportamento por meio da indicação de um estado ideal de coisas a ser realizado (de modo que o comportamento a ser adotado deva, necessariamente, contribuir para alcançar essa finalidade)<sup>32</sup>. É o caso, por exemplo, do princípio da moralidade, previsto no artigo 37 da Constituição Federal, que, ao exigir a realização ou a manutenção de um estado de coisas compatíveis com a moralidade (lealdade, boa-fé, probidade), impede a prática de atos de corrupção, conduta esta que vai na contramão da finalidade determinada pelo aludido princípio constitucional.

No entanto, o chamado “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular” não aponta um estado de coisas a ser concretizado por meio de um comportamento a ser encontrado, em nada se assemelhando com a atuação de uma norma-princípio<sup>33</sup>. Por não permitir qualquer gradação na sua aplicação diante de um caso concreto, esse “princípio” não admite qualquer interação com outros princípios ou mesmo regras constitucionais. Pelo contrário, justamente por propor uma supre-

29 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 55.

30 Data da publicação original do seguinte artigo: ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, vol. I, n. 7, out. 2001.

31 Representativa desta nova “desconfiança” em relação ao “princípio da supremacia” é a seguinte coletânea de artigos: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

32 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios* – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 102.

33 ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 284. Em sentido contrário, reconhecendo a existência de um “princípio de interesse público superior ao interesse privado” implícito na ordem constitucional brasileira, ver: OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 28, 1999, p. 45-47.

macia do interesse público sobre o particular, ele mais se assemelha com uma regra abstrata de preferência a ser utilizada para resolver conflitos (estes sim) concretos entre princípios ou interesses protegidos pela Constituição<sup>34</sup>.

### 3.2.2 Segunda objeção: ausência de fundamentação normativa

Não obstante, ainda que superada a primeira objeção e admitida, em tese, a possibilidade de uma regra abstrata de preferência que estabelecesse *a priori* a supremacia dos interesses públicos em detrimento dos particulares, ela deveria encontrar suporte na Constituição. Contudo, e este é o segundo argumento contra o “princípio”, isso não acontece.

Isso porque, se em determinados casos o constituinte atribuiu preferência, em abstrato, a um interesse público em detrimento de um interesse privado (como no caso do artigo 5º, XXV)<sup>35</sup>, isso não autoriza a construção de um princípio geral da “supremacia” do primeiro sobre o segundo, já que ele seria incapaz de explicar os casos em que a Constituição faz a opção inversa (caso do artigo 5º, XI e XII<sup>36</sup>, em que a regra é a inviolabilidade dos direitos privados)<sup>37</sup>.

Por essa razão – que impediria, de



Fonte: [www.congressonacional.leg.br](http://www.congressonacional.leg.br)

outro lado, a formulação de um princípio da supremacia dos interesses particulares –, não é possível identificar o fundamento normativo desse “princípio da supremacia do interesse público” na Constituição<sup>38</sup>.

Mesmo no caso da desapropriação, referida como um exemplo evidente da “supremacia do interesse público sobre o privado”<sup>39</sup>, o que ocorre, na verdade, é tão somente a limitação do interesse individual frente ao interesse coletivo. Tanto não há superioridade absoluta do interesse coletivo, que a flexibilização do direito à propriedade está condicionada à “justa e prévia indenização em dinheiro”<sup>40</sup>. Não sendo possível, mesmo em nome de um interesse coletivo, o simples confisco dessa propriedade por parte do poder público<sup>41</sup>.

### 3.2.3 Terceira objeção: ausência de uma necessária contraposição entre interesses públicos e particulares

Existe, ainda, um terceiro argumento contra o princípio da supremacia do interesse

34 ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, vol. I, n. 7, out. 2001, p. 10.

35 CF. “Art. 5º. [...] XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”. (destaquei)

36 CF. “Art. 5º. [...] XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. (destaquei)

37 SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel. (org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 233.

38 SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel. (org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 234-235.

39 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 55. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 67.

40 CF. “Art. 5º. [...] XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”. (destaquei)

41 BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel. (org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 163.



público sobre o particular, que parte de pressuposto (aparentemente diverso ao dos defensores do “princípio”) no sentido de que não há uma necessária relação de contraposição entre esses dois interesses, o que afastaria a possibilidade de existir uma relação de “supremacia” de um contra o outro.

Note-se que um princípio geral cujo conteúdo consista na afirmação da supremacia de um interesse (no caso o público) sobre outro (particular) pressupõe (ou deveria pressupor), logicamente, uma oposição entre eles, caso contrário, não teria qualquer sentido em se falar em “supremacia”.

No entanto, levando-se em conta novamente a Constituição, essa premissa não se sustenta. Muito pelo contrário. Da forma como foram instituídos pelo constituinte, elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado, como é o caso do dever de proteção e promoção dos direitos fundamentais<sup>42</sup>. De modo que, em inúmeras vezes, o interesse público, tal qual definido a partir da Constituição, consiste justamente na proteção de direitos individuais por ela assegurados.

É o que acontece com o direito de propriedade, por exemplo. Parece tranquilo afirmar que o direito previsto no artigo 5º, *caput*, e no seu inciso XXII, seja um direito de natureza individual. Apesar disso, a proteção desse direito de propriedade configura interesse público, assim como a proteção dos demais direitos e garantias individuais assegurados pela Constituição, ainda que a essência deles seja particular.

A essa mesma conclusão chegou o Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADI 493/DF. Naquela oportunidade, conforme voto do Ministro Relator Moreira Alves, foi decidido que uma lei não poderia

retroagir para alcançar direito adquirido, ainda que por motivo de ordem pública. Isso porque, assegurar a proteção da garantia prevista pelo artigo 5º, XXXVI (de natureza reconhecidamente individual), constitui também um forte motivo de interesse público<sup>43</sup>.

Por essa razão, é possível concluir que, na definição de interesse público, estão também contidos elementos privados, precisamente aqueles cuja proteção foi assegurada pela Constituição<sup>44</sup>. Em função disso, não é adequado falar em uma relação de contradição ou oposição propriamente dita entre esses interesses (muito menos em uma relação de supremacia). Trata-se, mais adequadamente, de uma relação de “conexão estrutural” entre ambos<sup>45</sup>.

Dentre as três objeções apresentadas contra o princípio da supremacia do interesse público, a terceira delas foi o que mereceu a maior atenção por parte dos seus defensores<sup>46</sup>. Em defesa do “princípio da supremacia”,

43 Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 493/DF, Pleno, Relator Ministro Moreira Alves, j. 25/06/1992. Nesse sentido o seguinte trecho do voto do Ministro Moreira Alves:

“[...] o interesse público e o interesse privado se entrelaçam de tal forma, que as mais das vezes não é possível separá-los. E seria altamente perigoso proclamar como verdade que as leis de ordem pública ou de direito público têm efeito retroativo, porque mesmo diante dessas leis, aparecem algumas vezes direitos adquiridos que a justiça não permite que sejam desconhecidos e apagados. [...] No caso afirmado, a lei não deve retroagir, porque a simples invocação de um motivo de ordem pública não basta para justificar a ofensa ao direito adquirido, no dizer de Gabba, é também um forte motivo de interesse público”.

44 UERER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. 14. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006, p. 5; ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, vol. I, n. 7, out. 2001, p. 24.

45 ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, vol. I, n. 7, out. 2001, p. 13.

46 O próprio Celso Antônio Bandeira de Mello, nas edições posteriores do seu Curso, especificamente a partir da 12ª edição (2000), passou a dedicar uma seção inédita para tratar justamente sobre o “conceito jurídico de interesse público”. Esta seção está mantida nas edições mais atuais, inclusive naquela que foi consultada para elaboração des-

42 ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, vol. I, n. 7, out. 2001, p. 13; ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 284.



Bandeira de Mello sustentou que a proteção do interesse particular, nos termos da Constituição, sempre esteve inserida no interesse público<sup>47</sup>. Ou seja, o interesse público que teria supremacia sobre os interesses particulares já abrangeria os interesses particulares protegidos pela Constituição.

Das considerações referidas acima, é possível formular duas conclusões:

Em primeiro lugar, a de que esse conceito de interesse público (não a sua supremacia) está alinhado com aquilo que foi analisado na primeira parte da exposição e, também, com aquilo que é defendido pelos próprios críticos do “princípio da supremacia”. Ou seja, há certo consenso no sentido de que o interesse público resulta, sim, de uma análise sistemática da Constituição e que, em função disso, pode contemplar até mesmo a proteção de interesses particulares. Quanto a isso, parece irrefutável a argumentação trazida pelo jurista paulistano.

Contudo, depois de admitir que o conceito de interesse público contempla (e sempre teria contemplado) interesses particulares assegurados pela Constituição, a afirmação de um “princípio da supremacia” de um sobre o outro parece não reunir consistência alguma. Não há como defender a existência de um “princípio” que determina a supremacia de um interesse sobre o outro, sendo que a defesa do segundo é (em muitos casos) parte do primeiro. É como se o interesse público pudesse ter “supremacia” sobre ele mesmo.

Na verdade, o que parece representar esse “interesse público” que gozaria de supremacia é precisamente o resultado da ponderação entre dois ou mais interesses protegidos pela Constituição à luz de um determinado caso<sup>48</sup>. Ou seja, entre dois interesses em conflito, ambos protegidos pela Constituição, aquele que for restringido em menor medida será o interesse público “supremo”. Essa afirmação parece em harmonia com a própria conclusão de Bandeira de Mello, no sentido de que:

[...] do ponto de vista jurídico, será de interesse público a solução que haja sido adotada pela Constituição ou pelas leis editadas em consonância com as diretrizes da Lei Maior<sup>49</sup>.

No entanto, qual seria a utilidade de um “princípio” que não exerce papel algum na orientação de condutas ou na interpretação de dispositivos legais, e que serve apenas para indicar que o prevalente é aquele que detém supremacia sobre o outro?

O verdadeiro problema não reside na atribuição abstrata (e *a priori*) de prevalência mas, sim, no conteúdo do que deve prevalecer. O importante são os instrumentos que atuam no processo de solução entre interesses conflitantes, como o postulado da proporcionalidade (e os princípios e regras constitucionais em conflito), e não um suposto “princípio” que só teria alguma contribuição a dar quando já não houvesse problema algum a ser resolvido.

te ensaio: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 59-70.

47 “[E] evidente, e de evidência solar, que a proteção do interesse privado, nos termos do que estiver disposto na Constituição, é, também ela, um interesse público. [...] Só mesmo em uma visão muito pedestre ou desassistida do mínimo bom senso é que se poderia imaginar que o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado não está a reger nos casos em que sua realização traz consigo a proteção de bens e interesses individuais [...]” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 69.

48 BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 151. Em sentido semelhante: MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 152.

49 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 69.

Ademais, nas hipóteses em que a Constituição opta, em abstrato, pela prevalência do interesse público sobre o privado (ou vice-versa), isso é feito como técnica de solução prévia de conflitos. Nestes casos, retira-se do aplicador do Direito a necessidade (bem como a possibilidade) de ponderá-los novamente<sup>50</sup>. Contudo, nos casos em que a solução não é apresentada previamente pela Constituição, a prevalência de um ou outro interesse contraposto deverá se dar à luz do caso concreto. E, para resolver este conflito, o intérprete não obterá nenhum tipo de auxílio ou suporte desse suposto “princípio”.

Assim, o “princípio da supremacia” não serve como parâmetro de controle da Administração, que deverá avaliar, sempre com base no ordenamento jurídico – e nos casos em que a própria Constituição não o fez previamente –, qual interesse deverá prevalecer *em concreto*. Entre outros, o instrumento que serve como guia nesse processo será o postulado da proporcionalidade, e não um famigerado “princípio” que, além de se ressentir de natureza e fundamento normativo, em nada acrescenta para o processo de interpretação e aplicação do Direito.

## 4 Conclusões

Portanto, por tudo que foi dito até aqui, não parece possível sustentar a existência de um “princípio” da supremacia do interesse público sobre o particular.

Rigorosamente, da análise da Constituição, não é possível identificar uma prevalência de interesses públicos ou privados. Essa relação de supremacia simplesmente não existe. Se em determinados casos, como já referido, a Constituição atribuiu preferência, em abstrato, a um interesse público em

detrimento de um interesse privado, isso não autoriza a construção de um princípio geral da “supremacia” do primeiro sobre o segundo, já que esse princípio seria incapaz de explicar os casos em que a Constituição faz a opção inversa (e, como visto, tal situação não é de forma alguma excepcional, haja vista o extenso rol de direitos individuais assegurados pela Constituição).

Por essa razão – que igualmente impediria a formulação de um “princípio da supremacia dos interesses privados” –, a atividade do intérprete deverá ser a harmonização entre os interesses públicos e privados garantidos pela Constituição, sempre que o conflito entre eles, no caso concreto, não tenha sido alvo de ponderação prévia pelo legislador constituinte (hipótese esta em que não haveria que se falar em nova ponderação entre interesses, devendo ser adotada a solução constitucional)<sup>51</sup>.

Por consequência, não há como se falar em um parâmetro de controle da atuação administrativa que busque fundamento nesse suposto princípio. Daí que nenhum conflito pode ser solucionado com base nele, nenhum comportamento pode ser exigido em função dele, de modo que nenhuma decisão administrativa (especialmente aquelas que restringem direitos individuais) pode se considerar fundamentada pela mera alusão a um “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”<sup>52</sup>.

Nesse sentido, as prerrogativas do Estado – e, em especial, da Fazenda Pública – existem quando encontram fundamento na Constituição – direta ou indiretamente, através da legislação infraconstitucional. Desse modo, o interesse público jamais po-

50 SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel. (org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 231.

51 SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel. (org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 234-235.

52 ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, vol. I, n. 7, out. 2001, p. 28-29.

derá ser utilizado como fundamento direto ou imediato da produção de efeitos jurídicos (consequências), mas somente quando mediado por normas jurídicas<sup>53</sup>.

Como foi visto até aqui, existem duas alternativas para compreender esse “princípio”. A uma, ele pressuporia uma contraposição abstrata entre interesse público e privado, determinando a “supremacia” (*a priori* e em abstrato) do primeiro sobre o segundo. A duas, ele representaria a realização ótima da Constituição, correspondendo ao próprio resultado da ponderação entre interesses públicos e particulares em conflito.

No primeiro caso, o princípio é equivocado, já que a própria Constituição assegura, em inúmeras situações, a “supremacia” do interesse particular sobre o interesse público (entendido como o interesse geral), caso em que não haveria como falar em um princípio abstrato que garantisse essa supremacia prévia e incondicional do interesse público<sup>54</sup>.

Por outro lado, se o interesse público contempla os interesses individuais protegidos pela Constituição e representa o resultado do conflito, o “princípio” da supremacia é inútil, servindo como uma espécie de *rótulo* para o interesse que prevaleceu na ponderação (seja ele público ou privado, já que a proteção deste também pode ser configurada como interesse público).

Tais conclusões de nenhuma forma afastam a importância jurídica do conceito de interesse público, utilizado por várias vezes pela Constituição e pela legislação infraconstitucional<sup>55</sup>. No entanto, mesmo nos casos em

que ele legitima uma atuação restritiva específica por parte do Estado, deve haver uma ponderação, orientada não por um suposto “princípio da supremacia”, mas pelo postulado da proporcionalidade, relativamente aos interesses em jogo (sejam eles públicos ou privados) para aferir a medida de sua restrição em cada caso<sup>56</sup>.

Em suma, o interesse público que orienta e serve de norte para a atuação administrativa não é o que detém supremacia sobre o particular, mas justamente aquele que resulta de uma análise sistemática do ordenamento jurídico, representando uma síntese equilibrada entre os interesses particulares e coletivos cuja proteção (de um e de outro) é assegurada pela Constituição.

53 MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 38. Por outro lado, identificando na noção de interesse público uma dupla função (fundamento e limite das prerrogativas administrativas), ver: SAINZ MORENO, Fernando. Sobre el interés público y la legalidad administrativa. *Revista General de Administración Pública*, n. 82, 1977, p. 443.

54 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2007. p. 432.

55 Sustentar a inexistência de um princípio da supremacia do interesse público sobre o particular não se confunde

com um ataque à existência ou importância do conceito de “interesse público” (o qual, inclusive, foi analisado na primeira parte do trabalho). Para um debate sobre o “interesse público” enquanto conceito jurídico indeterminado e os limites da sua sindicabilidade pelo Poder Judiciário, ver: BELTRAN DE FELIPE, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y constitucion*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 245 e ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Una nota sobre el interes general como concepto jurídico indeterminado. *Revista do Tribunal Regional Federal 4ª Região*, Porto Alegre, v. 7, n. 25, jul./dez. 1996, p. 43-50; COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no Direito Administrativo brasileiro. *Revista da Procuradoria Geral do Estado* [do Rio Grande do Sul], v. 57, n. 27, 2003-2004, p. 101-109; SUNDFELD, Carlos Ari. Interesse público em sentido mínimo e em sentido forte: o problema da vigilância epidemiológica frente aos direitos constitucionais. *Interesse Público*, n. 28, p. 29-42, nov./dez. 2004.

56 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Construção e desconstrução doutrinária do conceito de interesse público no direito brasileiro. *Revista da AGU*, n. 28, p. 25.

## Referências

ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, vol. I, n. 7, out. 2001. (publicado originalmente em 1998)

ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BELTRAN DE FELIPE, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y constitucion*. Madrid: Tecnos, 1995.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel. (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 117-169.

BORGES, Alice Gonzales. Interesse público: um conceito a determinar. *Revista de Direito Administrativo*, v. 205, p. 109-116, jul./set. 1996.

COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no Direito Administrativo brasileiro. *Revista da Procuradoria Geral do Estado* [do Rio Grande do Sul], v. 57, n. 27, p. 95-109, 2003-2004.

DE LA MORENA, Luis. Derecho administrativo e interés público: correlaciones básicas. *Revista de Administración Pública*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, n. 100-102, p. 847-848, 1983.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 155-201.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Una nota sobre el interes general como concepto jurídico indeterminado. *Revista do Tribunal Regional Federal 4ª Região*, Porto Alegre, v. 7, n. 25, p.27-50, jul./dez.1996.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Construção e desconstrução doutrinária do conceito de interesse público no direito brasileiro. *Revista da AGU*, n. 28, p. 7-28.

GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo. *Revista trimestral de direito público*, n. 26, p. 115-136, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7. ed. Atualizada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007.

MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. 14. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2007.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo. n. 28, p. 32-65, 1999.

SAINZ MORENO, Fernando. Sobre el interés público y la legalidade administrativa. *Revista General de Administración Pública*, n. 82, p. 439-451, 1977.

SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel. (org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 217-246.

SUNDFELD, Carlos Ari. Interesse público em sentido mínimo e em sentido forte: o problema da vigilância epidemiológica frente aos direitos constitucionais. *Interesse Público*, n. 28, p. 29-42, nov./dez. 2004.





# **O Conselho Nacional de Justiça e seus limites sobre a atuação das serventias extrajudiciais**

**Denise Kobashi Silva**

Tabeliã de Notas e Protesto de Letras e Títulos de Santa Isabel/SP. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo. Graduada em Administração de Empresa pela Fundação Getulio Vargas. Mestranda em Função Social do Direito na Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo. Especialista em Direito Notarial e Registral pela Escola Paulista de Magistratura e pela Escola Paulista de Direito.

---

**RESUMO:** O presente artigo tem a finalidade de abordar o Conselho Nacional de Justiça, órgão criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004 e constante do artigo 103-B da Constituição Federal, e sua relação e limites com a atuação desempenhada pelas serventias extrajudiciais, previstas no artigo 236 da Constituição Federal, sendo administradas pelo particular por meio de delegação do Poder Público.

**PALAVRAS-CHAVE:** Conselho Nacional de Justiça. Serventias Extrajudiciais. Limites atuação serventias extrajudiciais. Normatização Conselho Nacional de Justiça.

**ABSTRACT:** The present article will approach the so called CNJ, created by the 45/2004 amendment and displayed on article 103-B of our Constitution, and its relation and limits with notaries and their extra judicial offices, that are defined on article 236 of the Constitution, being managed by delegation of Public authorities

**KEYWORDS:** CNJ. Extra judicial offices. Limits for extra judicial offices. Regulation by the CNJ.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Desenvolvimento. 2.1 Do Conselho Nacional de Justiça. 2.2 Serventias extrajudiciais. 2.3 Normatização do Conselho Nacional de Justiça e as serventias extrajudiciais. 3. Conclusão. Referências.

## 1 Introdução

A Constituição Federal, em seu artigo 103-B, instituiu por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Trata-se de um órgão voltado para o controle da atuação administrativa e financeira do Judiciário, cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados, bem como recebimento de reclamações e expedição de recomendações e provimentos direcionados às serventias extrajudiciais, dentre outras funções que serão a seguir estudadas<sup>1</sup>.

A criação e atuação do CNJ passaram por momentos iniciais de muitos questionamentos, críticas e resistências, inclusive quanto ao critério de escolha de membros para sua composição.

Com o passar dos anos, o desempenho do CNJ vem demonstrando diversos resultados práticos e objetivos, como o fornecimento de diversos dados estatísticos que auxiliam a mapear as dificuldades enfrentadas nas diferentes regiões do país relacionadas à administração da Justiça, fiscalizando e até mesmo, quando necessário, punindo membros do Poder Judiciário e também das serventias delegadas, bem como regulando as atividades nesse âmbito extrajudicial.

Nesse artigo, analisaremos o contexto da atuação e regulação do CNJ em âmbito nacional em relação às serventias extrajudiciais, delegadas ao particular pelo Poder Público, que exercem suas atividades com independência, mas sempre adstritas aos preceitos legais vigentes.

Será, inicialmente, abordado o CNJ, o cenário de sua criação, composição, funções e forma de atuação.

Em seguida, serão estudadas as serventias extrajudiciais, como se dá sua organização, funcionalidade, regras a que se submetem e limites que devem observar para atingir os objetivos pelos quais justificam sua existência e funcionamento.

Por fim, veremos como a normatização realizada pelo CNJ afeta as serventias extrajudiciais, e se a forma como essa relação vem se desenvolvendo está dentro de parâmetros que obedecem à legalidade e à eficiência almejadas.

## 2 Desenvolvimento

### 2.1 Do Conselho Nacional de Justiça

O CNJ foi criado Emenda Constitucional nº 45/2004, e seu Regimento Interno, aprovado pela Resolução nº 67/2009, assenta que:

Art. 1º. O Conselho Nacional de Justiça - CNJ, instalado no dia 14 de junho de 2005, órgão do Poder Judiciário com atuação em todo o território nacional, com sede em Brasília-DF, compõe-se de quinze membros, nos termos do art. 103-B da Constituição Federal<sup>2</sup>.

Trata-se de órgão fiscalizador do Poder Judiciário, composto por 15 (quinze) membros: sendo 9 (nove) vindos da Magistratura – Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal de Justiça (STJ), Tribunal Superior do Trabalho (TST), Justiça Federal (primeira e segunda instância), Justiça Estadual (primeira e segunda instância), Justiça do Trabalho (primeira e segunda instância) –, e outros 6 (seis) originários do Ministério Público (federal e estadual), Advocacia e cidadãos indicados pelo Poder Legislativo, como abaixo elencados:

1 BRASIL. *Emenda Constitucional nº 45*, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm). Acesso em: 22 jun. 2019.

2 BRASIL. CNJ. *Resolução nº 67*, de 03 de março de 2009. Aprova o Regimento Interno do CNJ. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/124>. Acesso em: 22 jun. 2019.

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009)

I - o Presidente do Supremo Tribunal Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009)

II - um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

III - um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

IV - um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VII - um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VIII - um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

IX - um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

X - um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

XI - um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

XII - dois advogados, indicados pelo

Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

XIII - dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)<sup>3</sup>.

A criação do CNJ foi objeto de questionamento e análise na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.367-1/DF, de 2005, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). Coube aos ministros do STF a decisão, e consideraram que tal órgão seria constitucional. Desta feita, por maioria de sete votos, o Plenário declarou improcedente a supramencionada ADI, a qual contestava a criação do Conselho, como órgão independente para fiscalizar e propor políticas públicas para o Poder Judiciário.

Nessa ADI, o relator da matéria, ministro Cezar Peluso, votou pela improcedência total da ADI, e em seu voto fundamentou não haver ofensa aos princípios constitucionais de separação dos Poderes e violação ao Pacto Federativo, como segue abaixo transcrito:

Sob o prisma constitucional brasileiro do sistema da separação dos Poderes, não se vê *a priori* como possa ofendê-lo a criação do Conselho Nacional de Justiça. À luz da estrutura que lhe deu a Emenda Constitucional nº 45/2004, trata-se de órgão próprio do Poder Judiciário (art. 92, I-A), composto, na maioria, por membros desse mesmo Poder (art. 103-B), nomeados sem interferência direta dos outros Poderes, dos quais o Legislativo apenas indica, fora de seus quadros e, pois, sem laivos de representação orgânica, dois dos quinze membros<sup>4</sup>.

3 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 21 jun. 2019.

4 BRASIL. STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367-1/DF*, Pleno, Relator Ministro Cezar Pelu-

Com relação à suposta violação que poderia haver em relação ao pacto federativo, afirma o relator em seu voto:

O pacto federativo não se desenha nem expressa, em relação ao Poder Judiciário, de forma normativa idêntica à que atua sobre os demais Poderes da República. Porque a Jurisdição, enquanto manifestação da unidade do poder soberano do Estado, tampouco pode deixar de ser una e indivisível, é doutrina assente que o Poder Judiciário tem caráter nacional, não existindo, senão por metáforas e metonímias, “Judiciários estaduais” ao lado de um “Judiciário federal”. A divisão da estrutura judiciária brasileira, sob tradicional, mas equívoca denominação, em Justiças, é só o resultado da repartição racional do trabalho da mesma natureza entre distintos órgãos jurisdicionais. O fenômeno é corriqueiro, de distribuição de competências pela malha de órgãos especializados, que, não obstante portadores de esferas próprias de atribuições jurisdicionais e administrativas, integram um único e mesmo Poder<sup>5</sup>.

O relator ressaltou, ainda, em seu voto, sobre as atribuições do CNJ, que seriam de duas ordens:

Como já referi, são duas, em suma, as ordens de atribuições conferidas ao Conselho pela Emenda Constitucional nº 45/2004: (a) o controle da atividade administrativa e financeira do Judiciário, e (b) o controle ético-disciplinar de seus membros. A primeira não atinge o autogoverno do Judiciário. Da totalidade das competências privativas dos tribunais,

objeto do disposto no art. 96 da Constituição da República, nenhuma lhes foi castrada a esses órgãos, que continuarão a exercê-las todas com plenitude e exclusividade. [...] A segunda modalidade de atribuições do Conselho diz respeito ao controle “do cumprimento dos deveres funcionais dos juizes” (art. 103-B, § 4º). E tampouco parece-me hostil à imparcialidade jurisdicional. Representa expressiva conquista do Estado democrático de direito, a consciência de que mecanismos de responsabilização dos juizes por inobservância das obrigações funcionais são também imprescindíveis à boa prestação jurisdicional<sup>6</sup>.

Dessa forma, resta claro que, para o ministro Peluso, referida ação demonstrou a legítima preocupação da AMB de que a criação do CNJ representasse risco à independência do Poder Judiciário. No entanto, o ministro observou que referido Conselho não possuiria competência jurisdicional, ou seja, não exerceria função capaz de interferir no desempenho da função típica do Judiciário, de modo que a autonomia e independência do Judiciário não se confundiriam com seu isolamento social.

Assim, ao CNJ coube, além de uma função política de aprimoramento do Judiciário, segundo o ministro Cezar Peluso, uma função de órgão superior capaz de lidar e mediar problemas que se referissem à crise de poder vivida atualmente, sem extrapolar os limites constitucionais atribuídos ao órgão:

De modo que, sem profanar os limites constitucionais da independência do Judiciário, agiu dentro de sua competência reformadora o poder constituinte derivado, ao outorgar ao Conselho Nacional de Justiça o proeminente papel

so, j. 13/04/2005, DJ 17/03/2006, p. 224. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>. Acesso em: 22 jun. 2019.

5 BRASIL. STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367-1/DF*, Pleno, Relator Ministro Cezar Peluso, j. 13/04/2005, DJ 17/03/2006, p. 243-244. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>. Acesso em: 22 jun. 2019.

6 BRASIL. STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367-1/DF*, Pleno, Relator Ministro Cezar Peluso, j. 13/04/2005, DJ 17/03/2006, p. 229 e 231-232. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>. Acesso em: 22 jun. 2019.



de fiscal das atividades administrativa e financeira daquele Poder. A bem da verdade, mais que encargo de controle, o Conselho recebeu aí uma alta função política de aprimoramento do autogoverno do Judiciário, cujas estruturas burocráticas dispersas inviabilizam o esboço de uma estratégia político-institucional de âmbito nacional. São antigos os anseios da sociedade pela instituição de um órgão superior, capaz de formular diagnósticos, tecer críticas construtivas e elaborar programas que, no limite de suas responsabilidades constitucionais, dêem respostas dinâmicas e eficazes aos múltiplos problemas comuns em que se desdobra a crise do Poder<sup>7</sup>.

No que diz respeito à composição do CNJ, o qual, como visto, é formado por juízes em sua maioria, mas conta também com a participação de outros membros, o ministro Cezar Peluso esclareceu:

[...] pode ser que tal presença seja capaz de erradicar um dos mais evidentes males dos velhos organismos de controle, em qualquer país do mundo: o corporativismo, essa moléstia institucional que obscurece os procedimentos investigativos, debilita as medidas sancionatórias e desprestigia o Poder<sup>8</sup>.

Dessa forma, a finalidade almejada com a participação no CNJ de membros que não sejam juízes contribuiria para uma melhor análise e fiscalização dos casos que lhe forem porventura submetidos, de modo a garantir um sistema mais imparcial. A preocupação de que isso seja usado de forma negativa e

como instrumento de dominação política cede espaço à ponderação de que o exercício do poder disciplinar segue o princípio da legalidade. Ademais, a maioria qualificada dos membros continua sendo composta por juízes, os quais passaram previamente pelo crivo de exames rigorosos de aprovação em concursos públicos e são submetidos, em sua atividade laboral diária, à imparcialidade e legalidade no exercício de suas funções.

O real temor gerado pela presença de não-magistrados no Conselho Nacional de Justiça está em que sua fiscalização ético-disciplinar, num plano de superposição, transponha os horizontes constitucionais e legais, transformando-se em instrumento de dominação política da magistratura. Não se deve baratear tão válida preocupação de que um controle arbitrário corrompa as condições e garantias de imparcialidade dos juízes e, como tal, desnature a Jurisdição. Mas não se deve tampouco sobreestimá-la, nem ceder a puras fantasias, como se não dispusesse o sistema de mecanismos aptos de defesa, com força bastante para neutralizar riscos teóricos. Neste passo, vale a pena chamar a atenção para o fato de que a própria Emenda Constitucional nº 45/2004 contém provisões adequadas a garantir que o exercício do poder disciplinar se pautar por critérios de rigorosa legalidade. Relembre-se, ainda uma vez, que a maioria qualificada de membros do Conselho é formada de juízes e, pois, de pessoas insuspeitas à magistratura, aprovadas e experimentadas no ofício de aplicar a lei. Onde é lícito crer que tal maioria constitua o primeiro elemento regulador da retidão e legitimidade do uso do poder de controle atribuído ao órgão. Acresça-se-lhe a circunstância, não menos significativa, de que a função de Ministro-Corregedor é destinada ao Ministro representante do Superior Tribunal de Justiça (art. 103- B, § 5º)<sup>9</sup>.

7 BRASIL. STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367-1/DF*, Pleno, Relator Ministro Cezar Peluso, j. 13/04/2005, DJ 17/03/2006, p. 230-231. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>. Acesso em: 22 jun. 2019.

8 BRASIL. STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367-1/DF*, Pleno, Relator Ministro Cezar Peluso, j. 13/04/2005, DJ 17/03/2006, p. 234-235. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>. Acesso em: 22 jun. 2019.

9 BRASIL. STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade*

Portanto, como se pôde observar, a criação do CNJ por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, veio cercada de polêmicas e algumas descrenças, que ao longo dos anos, com a observação do exercício de suas atividades, se mostraram infundadas. Trata-se de órgão do Poder Judiciário de grande relevância, atuando na fiscalização e orientação não apenas da via jurisdicional, mas também com grande importância para as serventias extrajudiciais.

## 2.2 Serventias extrajudiciais

As serventias extrajudiciais encontram sua previsão legal na Constituição Federal, artigo 236, o qual prescreve:

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1º. Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2º. Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3º. O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses<sup>10</sup>.

A lei mencionada, que regula as atividades, é a Lei nº 8.935/1994, a qual traz a definição dos serviços e dos notários:

Art. 1º. Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

Art. 2º. (Vetado).

Art. 3º. Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro<sup>11</sup>.

Desta forma, notários e registradores são profissionais do direito dotados de fé pública, que exercem em caráter privado a atividade, a partir de delegação do Poder Público, de serviços de organização técnica e administrativa, de modo a garantir a publicidade, autenticidade e eficácia dos atos jurídicos.

Segundo Walter Ceneviva, em seus comentários sobre a Lei nº 8.935/1994:

O serviço do tabelião se caracteriza, em seus aspectos principais, como o trabalho de compatibilizar com a lei a declaração desejada pelas partes nos negócios jurídicos de seu interesse. Compatibilização participante e não meramente passiva, pois a declaração transposta para o documento público se destina a retratar limitações de direito, aceitas pelos participantes do ato<sup>12</sup>.

Resta claro que os notários atuam de forma imparcial, orientando juridicamente as partes, redigindo e formalizando sua vontade, autenticando fatos e dando a forma legal exigida ou desejada.

Art. 6º. Aos notários compete:

I - formalizar juridicamente a vontade das partes;

de 3.367-1/DF, Pleno, Relator Ministro Cezar Peluso, j. 13/04/2005, DJ 17/03/2006, p. 238. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>. Acesso em: 22 jun. 2019.

10 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 21 jun. 2019.

11 BRASIL. *Lei nº 8.935*, de 18 de novembro de 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8935.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8935.htm). Acesso em: 21 jun. 2019.

12 CENEVIVA, Walter. *Lei dos notários e dos registradores comentada*: Lei n. 8.935/94. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 22.

II - intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo;

III - autenticar fatos<sup>13</sup>.

A titularidade das serventias extrajudiciais se dá por meio de concursos de provas e títulos, é de caráter estadual e 1/3 (um terço) das vagas é preenchida pelo critério de remoção e 2/3 (dois terços) por ingresso. À remoção podem concorrer aqueles que exerçam a titularidade de serventias extrajudiciais no Estado respectivo há mais de 2 anos.

É um serviço público, exercido por meio de delegação ao particular, considerado, segundo Eduardo Socrates Castanheira Sarmento Filho:

[...] um agente público, mas não um funcionário público no sentido estrito. Não ocupa um cargo, emprego ou função dentro da hierarquia de nenhum órgão estatal<sup>14</sup>.

Quanto à natureza jurídica da atividade desempenhada por notários e registradores, mas uma vez Ceneviva traz uma definição bastante clara:

Discutiu-se em nosso país e no exterior se o tabelião é exercente de funções parajurisdicionais ou se é um serviço. A Lei 8938/94 resolveu o problema, afirmando que notários e registradores são profissionais do direito, mas praticantes de serviço no interesse público<sup>15</sup>.

Segundo o renomado autor, notários e registradores prestam um serviço público, que lhes é delegado e fiscalizado pelo Poder Público, seguindo princípios que serão a seguir elencados e de forma independente, como prescreve o artigo 28 da Lei nº 8.935/1994.

Art. 28. Os notários e oficiais de registro gozam de independência no exercício de suas atribuições, têm direito à percepção dos emolumentos integrais pelos atos praticados na serventia e só perderão a delegação nas hipóteses previstas em lei<sup>16</sup>.

Nessa atuação, notários e registradores devem garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

Por publicidade, entende-se que os atos notariais e registrais constituem garantias fundamentais do cidadão, em face ao regime democrático do Estado de Direito adotado pela Constituição vigente, e que tem por objetivo dar amplo conhecimento de toda a sociedade dos escritos e registros públicos, satisfazendo a necessidade popular de verificação pública dos atos e negócios jurídicos celebrados ou registrados no Serviço<sup>17</sup>.

O princípio da autenticidade pode ser visto como a certeza de sua autoria, e tem por objetivo afirmar que o documento que tenha a intervenção notarial ou registral é verdadeiro, em decorrência da sua fé pública. Por meio da autenticidade, pode-se afirmar que o documento, que tem por finalidade criar, extinguir ou modificar um ato ou negócio jurídico, e por consequência está apto para produzir efeitos, terá presun-

13 BRASIL. Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8935.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8935.htm). Acesso em: 21 jun. 2019.

14 SARMENTO FILHO, Eduardo Socrates Castanheira. A autonomia dos delegatários de serviços notariais e de registro diante do poder fiscalizatório do Judiciário estabelecido na Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Imobiliário*, ano 41, v. 85, p. 143-165, jul./dez. 2018.

15 CENEVIVA, Walter. *Lei dos notários e dos registradores*

comentada: Lei n. 8.935/94. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 23.

16 BRASIL. Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8935.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8935.htm). Acesso em: 21 jun. 2019.

17 ZONTA, Fábio. *Dos princípios de regência dos serviços notariais e de registro*. Disponível em: <https://www.tabelionatofischer.not.br/noticias/area-notarial/dos-principios-de-regencia-dos-servicos-notariais-e-de-registro-fabio-zonta-2>. Acesso em: 28 jan. 2020.

ção relativa de veracidade. De acordo com Walter Ceneviva:

[...] autenticidade é a qualidade do que é confirmado por ato de autoridade: de coisa, documento ou declaração de verdadeiros. O registro cria presunção relativa de verdade<sup>18</sup>.

Com relação à segurança, Walter Ceneviva afirma:

A segurança, como libertação do risco, é, em parte, atingida pelos títulos notariais e pelos registros públicos. O sistema de controle dos instrumentos, notariais e registrários tende a se aperfeiçoar, para constituir malha firme e completa de informações, que terminará, em dia ainda imprevisível, a ter caráter nacional. A primeira segurança é da certeza quanto ao ato e sua eficácia. Quando o ato não corresponder à garantia, surge o segundo elemento de segurança: a de que o patrimônio prejudicado será devidamente recomposto<sup>19</sup>.

Notários e registradores atuam como verdadeiros guardiães do Direito e do sistema de registros públicos, a fim de garantir estabilidade e segurança jurídica nas transações realizadas, nas mais diversas áreas, como direito de família, sucessões, direito contratual, controle de tributos, etc<sup>20</sup>. Neste sentido, afirma Kioitsi Chicuta:

A importância da segurança material ou formal não deve fazer olvidar que há uma segurança anterior, em grande

medida conseguida através de cautelas, sem as quais a segurança documental seria vã<sup>21</sup>.

Por fim, o último dos princípios constantes do artigo 1º da Lei 8.935/1994, diz respeito à eficácia, buscada em todos os atos que são praticados por tais profissionais do direito, dotados de fé pública. Em virtude dessa fé pública, tem-se como verdadeiros os fatos afirmados nos instrumentos lavrados. Para José Renato Nalini:

[...] a terceira das finalidades dos registros públicos é a eficácia dos atos jurídicos. A eficácia abrange não só a validade, como também a vigência e a qualidade do registro. Lavrado o assento, o qual nele descrito passa a prover de condições para produzir efeitos. É ato juridicamente existente e apto a irradiar-se na completeza de suas consequências<sup>22</sup>.

Assim, percebe-se a importância da atuação das serventias extrajudiciais em nosso contexto social, oferecendo um serviço público que garanta a seus usuários publicidade, autenticidade, segurança jurídica e eficácia.

## 2.3 Normatização do Conselho Nacional de Justiça e as serventias extrajudiciais

O CNJ, abordado anteriormente, detém uma série de atribuições. Em relação às serventias extrajudiciais, as principais formas de atuação dizem respeito à recepção e andamento de reclamações contra as serventias delegatárias e, também, à expedição de recomendações, provimentos, instruções, orientações e outros atos normativos às mesmas. Nesse sentido são as previsões elencadas no artigo 8, incisos I e X, de seu Regimento Interno:

18 CENEVIVA, Walter. *Lei dos notários e dos registradores comentada*: Lei n. 8.935/94. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 5.

19 CENEVIVA, Walter. *Lei dos notários e dos registradores comentada*: Lei n. 8.935/94. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 26.

20 ZONTA, Fábio. *Dos princípios de regência dos serviços notariais e de registro*. Disponível em: <https://www.tabelionatofischer.not.br/noticias/area-notarial/dos-principios-de-regencia-dos-servicos-notariais-e-de-registro-fabio-zonta-2>. Acesso em: 28 jan. 2020.

21 CHICUTA, Kioitsi. *Registros Públicos e segurança jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 69.

22 NALINI, José Renato. *Registros públicos e segurança jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 42.



## Seção II

Das Atribuições do Corregedor Nacional de Justiça

Art. 8º. Compete ao Corregedor Nacional de Justiça, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I - receber as reclamações e denúncias de qualquer interessado relativas aos magistrados e Tribunais e aos serviços judiciários auxiliares, serventias, órgãos prestadores de serviços notariais e de registro, determinando o arquivamento sumário das anônimas, das prescritas e daquelas que se apresentem manifestamente improcedentes ou despidas de elementos mínimos para a sua compreensão, de tudo dando ciência ao reclamante;

[...]

X - expedir Recomendações, Provimentos, Instruções, Orientações e outros atos normativos destinados ao aperfeiçoamento das atividades dos órgãos do Poder Judiciário e de seus serviços auxiliares e dos serviços notariais e de registro, bem como dos demais órgãos correccionais, sobre matéria relacionada com a competência da Corregedoria Nacional de Justiça [...]<sup>23</sup>.

Diversos são os provimentos expedidos pelo CNJ, com conteúdo normativo, e que abrangem os mais diversos temas na seara extrajudicial, como cobrança de emolumentos e usucapião extrajudicial.

Segundo Luis Paulo Aliende Ribeiro, a Corregedoria Nacional de Justiça é um órgão do CNJ, com poderes de regular a atividade notarial e de registro. Tais poderes seriam o normativo, para editar comandos gerais; de outorga para a emissão de atos concretos do particular para exercício da atividade; de fiscalização; sancionatório; de conciliação e de recomendação. Sob sua ótica: “Esses poderes

todos estão interligados e há necessidade dessa integração”<sup>24</sup>.

Essa grande atuação do CNJ, por si só, não representaria um avanço aos limites de sua competência de atuação, que lhe vem expressa na Constituição Federal, no artigo 103-B, § 4º, I. Como transcrito acima, o Regimento Interno do CNJ também detalha quais as atribuições do Corregedor Nacional de Justiça, dentre as quais se encontra a expedição de atos voltados ao aperfeiçoamento das atividades dos órgãos do Judiciário e dos serviços auxiliares notariais e de registro, sobre matérias relacionadas à competência da Corregedoria Nacional de Justiça.

Ressaltamos ainda que, quanto a esse último aspecto mencionado, o Regulamento Geral da Corregedoria Nacional de Justiça, aprovado pela Portaria nº 211/2009 do CNJ, traz disposições equivalentes, determinando no artigo 14 os atos de natureza normativa do Corregedor, que se destinam ao aperfeiçoamento das atividades dos órgãos do Poder Judiciário e de seus serviços auxiliares e dos serviços notariais e de registro.

Ao CNJ compete, ainda, fiscalizar a atividade notarial e registral, e nesse contexto cabe o controle e acompanhamento da atividade desempenhada, condução de processos administrativos, orientação e até mesmo eventuais punições.

Como já visto anteriormente, muito se discutiu quando da criação do CNJ acerca de sua constitucionalidade, inclusive na ADI 3.367-1/DF. Naquela ocasião, a decisão foi no sentido de que o poder regulamentar não feriria o princípio federativo e a repartição de poderes, pois não teria função legislativa. Veda-se, na realidade, sua atuação por meio de medidas administrativas ou normativas que sejam revestidas de abstração e generalidade, de modo que tenham como objetivo regula-

23 BRASIL. CNJ. *Resolução nº 67*, de 03 de março de 2009. Aprova o Regimento Interno do CNJ. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/124>. Acesso em: 22 jun. 2019.

24 RIBEIRO, Luis Paulo Aliende. CNB-SP e a autorregulação da atividade. *Revista de Direito Notarial*, São Paulo: Quartier Latin do Brasil, ano. 3, n. 3, p. 55-73, 2011.



mentar matérias e inovar no ordenamento jurídico. Nesse sentido é a menção abaixo, do voto do Ministro relator Cezar Peluso na referida ADI:

Ademais, o Conselho reúne as características palpáveis de órgão federal, enquanto representativo do Estado unitário, formado pela associação das unidades federadas, mas não, de órgão da União. O Conselho não é concebido nem estruturado como órgão da União, e, sim, do Poder Judiciário nacional, donde ser irrelevante que seu orçamento seja federal, pois a origem da fonte de custeio não transmuda a natureza nem a relação de pertinência do órgão no plano da separação dos Poderes, que é o plano onde se situa o critério de sua taxinomia, que nada tem com outro plano classificatório, o das unidades da federação. A inicial, aqui, incide noutro erro de ótica, pois não vê o plano lógico em que está o critério de divisão dos órgãos do mesmo Poder, só enxergando o que discerne entre as entidades elementares da federação. E é tão impróprio quanto supor que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, não pudessem julgar recursos interpostos em causas da competência de órgãos jurisdicionais estaduais, ou de interesse de municípios, porque o custeio de ambos corre à conta do orçamento da União. [...] E é só órgão que ocupa, na estrutura do Poder Judiciário, posição hierárquica superior à do Conselho da Justiça Federal e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, no sentido de que tem competência para rever-lhes os atos deste e daquele. Ora, está nisso o princípio capaz de resolver, em concreto, os conflitos aparentes de competência. Por outro lado, a competência do Conselho para expedir atos regulamentares destina-se, por definição mesma de regulamento heterônomo, a fixar diretrizes para execução dos seus próprios atos, praticados nos limites de seus poderes constitucionais, como consta, aliás, do art. 103-B, § 4º, I, onde

se lê: “no âmbito de sua competência”. A mesma coisa é de dizer-se a respeito do poder de iniciativa de propostas ao Congresso Nacional (art. 103-B, § 4º, inc. VII)<sup>25</sup>.

Tratando mais especificamente da questão da normatização feita pelo CNJ, cabe questionar porque tantos provimentos são expedidos em relação às serventias notariais e de registro.

De um lado, há a preocupação do CNJ de uniformizar tais atividades, nos mais diferentes Estados do país. As normas que regem as atividades são estaduais, o que acaba gerando muitas diferenças de procedimento e de garantias individuais. Por outro lado, observou-se, em muitos Estados, a grande capacidade que os profissionais de direito – notários e registradores – têm para abarcar outras funções e atribuições judiciais, de forma eficiente, rápida e menos onerosa. A proliferação de concursos públicos e aprimoramento das atividades têm contribuído bastante nesse cenário, selecionando profissionais com grande conhecimento na área e voltados a esta linha de atuação.

Por outro, o CNJ também é por vezes consultado para impor limites na forma de atuação de notários e registradores, ou seja, regulamentar até que ponto tais profissionais detêm atribuições e iniciativas para agir, dentro da legalidade que lhes é imposta. Deve-se, nesse caso, verificar quais seriam tais limites e, sendo concernentes a questões da legalidade dita e de juridicidade, a atividade desempenhada estará dentro das atribuições que lhe foram conferidas pela Constituição Federal e pelo Regimento Interno do CNJ.

Há outras situações, no entanto, em que a atuação do CNJ acaba por ultrapassar os

25 BRASIL. STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367-1/DF*, Pleno, Relator Ministro Cezar Peluso, j. 13/04/2005, DJ 17/03/2006, p. 247 e 249. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>. Acesso em: 22 jun. 2019.

limites e atribuições que detém, proferindo decisões e normas além de sua competência. Nesse contexto, questiona-se a legalidade de tais decisões e provimentos, e como as serventias extrajudiciais se situam e devem proceder.

Esse poder regulamentar do CNJ já foi discutido na Ação Declaratória de Constitucionalidade 12-MC/DF, em que o STF decidiu, por maioria de votos, que o CNJ detém competência regulamentar primariamente para as matérias previstas no artigo 103-B, § 4º, II, da Constituição Federal, e que a competência para zelar pelo artigo 37 da Constituição Federal e de baixar atos para sanar condutas que possam ser contrárias à legalidade é um dever que traz consigo a norma em abstrato<sup>26</sup>. É nesse sentido o voto do Ministro Carlos Britto:

A Resolução nº 07/05 do CNJ reveste-se dos atributos da generalidade (os dispositivos dela constantes veiculam normas proibitivas de ações administrativas de logo padronizadas), impessoalidade (ausência de indicação nominal ou patronímica de quem quer que seja) e abstratividade (trata-se de um modelo normativo com âmbito temporal de vigência em aberto, pois claramente vocacionado para renovar de forma continua o liame que prende suas hipóteses de incidência aos respectivos mandamentos). A Resolução nº 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade. O ato normativo que se faz

de objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/04<sup>27</sup>.

A Resolução nº 07/2005 do CNJ trata do nepotismo, e disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências.

Observamos que os argumentos apresentados por Carlos Britto em seu voto se baseiam na limitação da atuação do CNJ, autorizada a expedição de atos meramente regulamentares, como prevê a Constituição Federal. Nesse sentido, muitos autores, como Lenio Luiz Streck e Ingo Wolfgang Sarlet, acreditam que a matéria deva ser enfrentada independentemente do mérito das resoluções, partindo da necessária discussão acerca dos limites para a expedição desses atos regulamentares<sup>28</sup>.

Não se poderia, sob esse ponto de vista, admitir que os Conselhos pudessem, mediante a expedição de atos regulamentares – ou resoluções –, suprimir o Poder Legislativo e a atividade típica que lhe é inerente. A

26 PANSIERI, Flávio. Conselho Nacional do Ministério Público. In: *Enciclopédia jurídica da PUC/SP*. Tomo Direito Administrativo e Constitucional. 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/69/edicao-1/conselho-nacional-do-ministerio-publico>. Acesso em: 28 jan. 2020.

27 BRASIL. STF. *Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade 12-6/DF*, Tribunal Pleno, Relator Ministro Carlos Ayres Britto, j. 16/02/2006, DJ 01/09/2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=372910>. Acesso em: 22 jun. 2019.

28 PANSIERI, Flávio. Conselho Nacional do Ministério Público. In: *Enciclopédia jurídica da PUC/SP*. Tomo Direito Administrativo e Constitucional. 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/69/edicao-1/conselho-nacional-do-ministerio-publico>. Acesso em: 28 jan. 2020.

Constituição Federal apenas delegou ao CNJ atribuição para, ao editar resoluções e providimentos, romper em certa medida o princípio da reserva de lei. No entanto, tais resoluções não gozam da mesma hierarquia de uma lei, pois essas são advindas do Poder Legislativo, enquanto os atos regulamentares ficam restritos a matérias com menor amplitude normativa e não podem, de forma alguma, inovar o ordenamento jurídico ou contrariar dispositivos legais.

Dessa forma, percebe-se que o poder regulamentar do CNJ encontra-se limitado na impossibilidade de inovar no ordenamento jurídico. Entretanto, o CNJ vem editando resoluções que tratam de matérias diretamente importantes para os serviços notariais e de registro, sem o devido processo legislativo reservado à criação de leis, com observância das garantias constitucionais.

Nesse contexto, constatamos a crescente desjudicialização, em que diversas atribuições vêm sendo transferidas às serventias extrajudiciais, como separações, divórcio e partilha, por meio da Lei nº 11.441/2007<sup>29</sup>. E isso contribuiu, ainda mais, para a atuação regulamentadora do CNJ, que à época editou a Resolução nº 35/2007, regulamentando referida lei.

Como já mencionado anteriormente, a diversidade existente entre os diversos Estados do país torna difícil a missão de se tentar uniformizar regras e procedimentos.

Além disso, deve-se ter cuidado para que os serviços notariais e de registro não sejam utilizados como forma política para efetivar direitos, inovando no ordenamento jurídico.

É evidente que notários e registradores têm papel relevante na efetivação de direitos, mas não se pode utilizá-los como ferramenta

para suprimir lacunas jurídicas ou legais e violar o devido processo legislativo.

A atividade fundamental desses profissionais de direito permanece sendo a qualificação de partes e formalização de sua vontade, e são fundamentais para o fluxo jurídico e desenvolvimento econômico do país, trazendo segurança jurídica e eficiência aos atos dos quais participam.

### 3 Conclusão

O artigo abordou o CNJ, especialmente considerando sua relação e limites de atuação em relação às atividades desempenhadas pelas serventias extrajudiciais, previstas no artigo 236 da Constituição Federal.

A atuação do CNJ, importante órgão para a manutenção do equilíbrio do Poder Judiciário e dos serviços extrajudiciais, fiscalizando e regulamentando as atividades, requer uma análise cuidadosa, a fim de que cumpra esses objetivos de sua criação.

Vimos que dentre os poderes conferidos ao CNJ está o de editar orientações, normas e regulamentos, norteadores da atividade das serventias extrajudiciais. Tal deve ocorrer, entretanto, em observância ao princípio da reserva de lei, não podendo inovar no ordenamento jurídico por meio de tais instrumentos, respeitando o rito legal e a competência do Poder Legislativo na elaboração das leis.

A Constituição Federal delegou poderes de regulamentação ao CNJ para atos de menor amplitude, que visem uniformizar entendimentos e procedimentos nos diversos Estados do país, de modo que a população tenha garantidos os seus direitos e seja atendida satisfatoriamente nas serventias extrajudiciais. Não se poderá, como visto, inovar no ordenamento jurídico ou contrariar dispositivos legais por meio desse poder conferido ao CNJ.

A criação do CNJ, passados os anos e preocupações iniciais, mostrou-se relevante no cenário nacional, trazendo maior equi-

29 BRASIL. Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Lei/L11441.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11441.htm). Acesso em: 23 jun. 2019.

brio por meio de atividades preventivas de orientação, da fiscalização e da regulamentação, dentro das limitações estudadas. Isso reflete diretamente na população, que tem a garantia de maior acesso ao direito e à Justiça a que faz jus.

## Referências

BRASIL. CNJ. *Resolução nº 67*, de 3 de março de 2009. Aprova o Regimento Interno do CNJ. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/124>. Acesso em: 22 jun. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 21 jun. 2019.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 45*, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm). Acesso em: 22 jun. 2019.

BRASIL. *Lei nº 8.935*, de 18 de novembro de 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8935.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8935.htm). Acesso em: 21 jun. 2019.

BRASIL. *Lei nº 11.441*, de 4 de janeiro de 2007. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Lei/L11441.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11441.htm). Acesso em: 23 jun. 2019.

BRASIL. STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367-1/DF*, Pleno, Relator Ministro Cezar Peluso, j. 13/04/2005, DJ 17/03/2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoPelusoADI3367.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2019.

BRASIL. STF. *Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade 12-6/DF*, Tribunal Pleno, Relator Ministro Carlos Ayres Britto, j. 16/02/2006, DJ 01/09/2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=372910>. Acesso em: 22 jun. 2019.

CENEVIVA, Walter. *Lei dos notários e dos registradores comentada: Lei n. 8.935/94*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CHICUTA, Kioitsi. *Registros públicos e segurança jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

NALINI, José Renato. *Registros públicos e segurança jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

PANSIERI, Flávio. Conselho Nacional do Ministério Público. In: *Enciclopédia jurídica da PUC/SP*. Tomo Direito Administrativo e Constitucional. 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/69/edicao-1/conselho-nacional-do-ministerio-publico>. Acesso em: 28 jan. 2020.

RIBEIRO, Luis Paulo Aliende. CNB-SP e a autorregulação da atividade. *Revista de Direito Notarial*, São Paulo: Quartier Latin do Brasil, ano. 3, n. 3, p. 55-73, 2011.

SARMENTO FILHO, Eduardo Socrates Castanheira. A autonomia dos delegatários de serviços notariais e de registro diante do poder fiscalizatório do Judiciário estabelecido na Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Imobiliário*, ano 41, v. 85, p. 143-165, jul./dez. 2018.

ZONTA, Fábio. *Dos princípios de regência dos serviços notariais e de registro*. Disponível em: <https://www.tabelionatofischer.not.br/noticias/area-notarial/dos-principios-de-regencia-dos-servicos-notariais-e-de-registro-fabio-zonta-2>. Acesso em: 28 jan. 2020.



## Magistratura e capitalismo: elementos para uma crítica



### Juliana Paula Magalhães

Doutoranda e Mestra em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP (Largo São Francisco). Bacharela em Direito pela mesma instituição. Autora da obra *Marxismo, humanismo e direito: Althusser e Garaudy*, Editora Ideias & Letras, 2018. Servidora pública do TRF da 3ª Região.

**RESUMO:** O escopo de nosso artigo é abordar a imbricação existente entre Poder Judiciário e capitalismo, mediante uma análise das formas sociais e da ideologia que caracterizam esse modo de produção. Diferentemente das visões tradicionalmente assentadas, buscamos demonstrar, com base em autores que se lastreiam em uma perspectiva crítica, a peculiaridade da magistratura no contexto da sociedade capitalista, cuja especificidade não permite estabelecer pontos de contato com as funções judicantes presentes em tempos históricos pretéritos, de caráter pré-capitalista. Abordaremos, inclusive, a originalidade da forma jurídico-processual de nossa época, enquanto resultante da derivação secundária entre forma jurídica e forma política estatal, ambas, por sua vez, diretamente exsurgidas da forma-mercadoria. Trataremos também, ainda que brevemente, dos embates em torno da temática do ativismo judicial no Brasil. A base teórica de nosso estudo reside, eminentemente, na leitura marxista da sociedade e do fenômeno jurídico.

**PALAVRAS-CHAVE:** Magistratura. Capitalismo. Direito Processual. Ideologia. Estado. Poder Judiciário. Marxismo.

**RÉSUMÉ:** L'objectif de notre article est de traiter de l'imbrication existant entre le pouvoir judiciaire et le capitalisme à travers d'une analyse des formes sociales et de l'idéologie qui caractérisent ce mode de production. Contrairement aux conceptions traditionnelles, nous cherchons à démontrer, à partir d'auteurs basés sur une perspective critique, la particularité de la magistrature dans le contexte de la société capitaliste, dont la spécificité ne permet pas d'établir des points de contact avec les fonctions judiciaires présentes dans l'histoire passé, de caractère précapitaliste. Nous aborderons même l'originalité de la forme juridique processuel de notre époque, résultant de la dérivation secondaire entre la forme juridique et la forme politique de l'État, toutes deux directement extraites de la forme de la marchandise. Nous traiterons également, bien que brièvement, des affrontements autour du thème de l'activisme judiciaire au Brésil. La base théorique de notre étude réside éminemment dans la lecture marxiste de la société et du phénomène juridique.

MOTS-CLÉS: Magistrature. Capitalisme. Droit Processuel. Idéologie. État. Pouvoir judiciaire. Marxisme.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Direito, Estado e capitalismo. 3 Direito processual, magistratura e capitalismo. 4 Magistratura e ideologia. 5 Ativismo judicial, ideologia e os limites da forma jurídica: o caso brasileiro. 6 Conclusão. Referências.

## 1 Introdução

**C**ostuma-se ler o fenômeno jurídico a partir de uma ideia de continuidade, como se o Direito existente nas sociedades antigas e o Direito do tempo presente estivessem necessariamente interligados e guardassem a mesma essência. Nessa perspectiva, haveria uma espécie de evolução do arcabouço jurídico ao longo da história. Assim sendo, as funções inerentes à magistratura, por exemplo, seriam as mesmas no decorrer dos tempos, ao menos em seu aspecto fundamental, de modo que as modificações seriam apenas conjunturais e fruto das adaptações às diversas épocas.

Na realidade, tal visão do Direito e das instituições jurídicas apresenta-se em dissonância com a concretude das relações sociais. O velho brocardo *Ubi societas, ibi jus* se constitui em uma falácia, pois aquilo que se chamava por Direito nas sociedades antigas e feudais não reflete o Direito existente na contemporaneidade.

Em Roma, por exemplo, inexistia a figura do sujeito de direito. Isso decorre do fato de que aquela sociedade se estruturava com base no modo de produção escravagista. A própria atuação da magistratura romana se apresentava de maneira distinta, com nítida influência do pensamento de Aristóteles, na medida em que o jurista era compreendido como o “artista do justo”, cabendo aos julgadores a função de executar “justas partilhas”.

Diversamente, no período medieval, assentado no modo de produção feudal, a sociedade se estruturava de forma estamental, sendo que sobre os servos recaía a obrigação

do trabalho nos feudos. Nobreza e clero eram os detentores do poder econômico e político, enquanto a religião desempenhava um papel basilar para a manutenção daquele modo de produção. O próprio sistema de justiça caracterizava-se por um intenso cunho religioso, de forma que o direito possuía um caráter divino. A atividade de julgar, em última instância, competia a Deus, e isso influenciava a própria maneira pela qual as provas eram produzidas nos procedimentos judiciais.

Posteriormente, o advento do capitalismo, fruto de um longo processo histórico iniciado na Idade Moderna, realizado em sua plenitude na Idade Contemporânea, marca uma radical modificação da estrutura social. Com a ascensão da burguesia, os trabalhadores, apartados dos meios de produção, passam a vender sua força de trabalho no mercado para poderem sobreviver. A partir da mercantilização do trabalho, tem-se a constituição da forma-mercadoria e, por conseguinte, da forma da subjetividade jurídica. No pré-capitalismo, essas formas sociais eram ausentes, pois os modos de produção anteriores não davam ensejo para que elas se apresentassem. Somente no capitalismo o trabalho se torna mercadoria, surgindo a necessidade de burgueses e proletários qualificarem-se como sujeitos de direito para celebrarem contrato de trabalho, o qual tem como pressuposto a igualdade jurídica.

Antes do capitalismo, a forma política estatal também inexistia, havendo apenas núcleos de poder. O Estado enquanto ente terceiro, apartado das classes, é um corolário do modo de produção capitalista, porque tal se faz mister para que o circuito das trocas mercantis possa se perpetuar.

Nesse contexto, exsurge a figura do Poder Judiciário, completamente distinto das anteriores manifestações da magistratura. Os juízes no capitalismo atuam inseridos em uma estrutura estatal, de maneira tecnicista, observando os postulados do Direito burguês, de cunho normativo. A função de julgar deixa de ter objetivo de promover justas partilhas e perde seu caráter divino, passando a ter como escopo a garantia de que os direitos subjetivos de cada qual sejam observados. O magistrado passa a ser concebido como um agente estatal garantidor da manutenção do ordenamento jurídico.

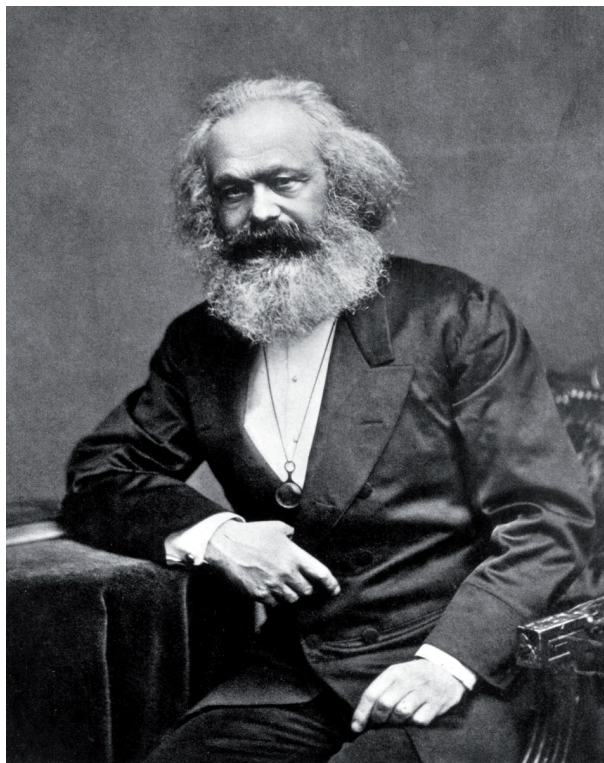
Nosso artigo tem como objetivo abordar a especificidade da magistratura no capitalismo, com lastro em uma abordagem crítica, especialmente calcada no pensamento do jurista russo Evguiéni Pachukanis e do filósofo francês Louis Althusser, dentre outros estudiosos marxistas, embora também recorramos a pensadores de matrizes teóricas distintas. Além disso, apresentaremos algumas considerações acerca da atuação da magistratura no momento presente, com foco especial na questão do ativismo judicial, no caso brasileiro.

## 2 Direito, Estado e capitalismo

O pensamento jurídico contemporâneo, na leitura proposta por Alysso Leandro Mascaro, pode ser agrupado em três grandes caminhos distintos entre si: juspositivismo, não juspositivismo e crítica<sup>1</sup>. O juspositivismo, em síntese, concebe o Direito a partir do arcabouço normativo. O não juspositivismo enxerga o Direito como resultado de relações de poder. Por sua vez, a crítica, que se apresenta como sendo o caminho do marxismo, busca desvendar o fenômeno jurídico com base na materialidade das relações sociais do modo de produção capitalista.

Com fulcro em uma leitura marxista

do fenômeno jurídico, cujo maior expoente é o jurista russo Evguiéni Pachukanis (1891-1937), especialmente em sua obra *Teoria geral do direito e marxismo*, tem-se que o Direito, tal como se apresenta na atualidade, é uma especificidade do capitalismo. Para Pachukanis, a verdade do Direito não está na norma, mas na forma jurídica, cujo núcleo reside na subjetividade jurídica, diretamente derivada da forma-mercadoria.



Fonte: [www.commonswikimedia.org](http://www.commonswikimedia.org)

O fundamento teórico da visão pachukaniana do fenômeno jurídico está na obra de maturidade de Karl Marx, especialmente em *O Capital*, no qual o filósofo alemão desenvolve uma crítica da economia-política, explicando as categorias estruturais do capitalismo. Para Marx, a peculiaridade do modo de produção capitalista tem sua base na mercantilização da força de trabalho, engendrando um processo de valorização do valor. O pensador alemão, inclusive, chega a apontar a importância da relação jurídica nesse contexto. Nas palavras de Marx:

<sup>1</sup> MASCARO, Alysso Leandro. *Filosofia do Direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 310-319.

[...] a força de trabalho só pode aparecer como mercadoria no mercado na medida em que é colocada à venda ou é vendida pelo seu próprio possuidor, pela pessoa da qual ela é a força de trabalho. Para vendê-la como mercadoria, seu possuidor tem de poder dispor dela, portanto, ser o livre proprietário de sua capacidade de trabalho, de sua pessoa. Ele e o possuidor de dinheiro se encontram no mercado e estabelecem uma relação mútua como iguais possuidores de mercadorias, com a única diferença de que um é comprador e o outro, vendedor, sendo ambos, portanto, pessoas juridicamente iguais. [...] O que caracteriza a sociedade capitalista é, portanto, que a força de trabalho assume para o próprio trabalhador a forma de uma mercadoria que lhe pertence, razão pela qual seu trabalho assume a forma do trabalho assalariado. Por outro lado, apenas a partir desse momento universaliza-se a forma-mercadoria dos produtos do trabalho<sup>2</sup>.

Assim, o modo de produção capitalista é caracterizado pela constituição e universalização da forma-mercadoria, cuja base reside nas relações de produção. Nos modos de produção anteriores, a mercadoria possuía caráter incidental e não se consubstanciava em uma forma social propriamente dita<sup>3</sup>. No capitalismo, o trabalho se torna abstrato e, por conseguinte, a forma-mercadoria passa a ser o fundamento sobre o qual se erigem todas as relações sociais desse modo de produção. A subjetividade jurídica é corolário direto da forma mercantil, tal como a forma política estatal.

Nas sociedades pré-capitalistas, o sujeito de direito não se constituía em forma social e sequer tal noção se apresentava plenamente desenvolvida no plano conceitual. A gênese filosófica da subjetividade jurídica é relativamente recente, de acordo com os estudos empreendidos por Michel Villey<sup>4</sup>. O jurista francês, ainda que em chave teórica distinta da marxista, demonstra que tal noção, embora já esteja presente na obra de Guilherme de Ockham, somente encontrou desenvolvimento posterior, a partir das obras de Thomas Hobbes e Immanuel Kant, dentre outros<sup>5</sup>. Do ponto de vista material, o desenvolvimento capitalista, desde seus primórdios, dá ensejo ao início da constituição da subjetividade jurídica, mediante práticas materiais específicas, de maneira que “a análise da forma do sujeito deriva diretamente da análise da forma da mercadoria”<sup>6</sup>.

A mera circulação mercantil não é suficiente para a constituição da forma jurídica, mas é preciso que tal processo possua universalidade, fundado em relações de produção específicas, ou seja, na exploração do trabalho assalariado como base do modo de produção. Escravidão e feudalismo, conquanto apresentassem circulação de mercadorias em caráter residual, no que tange às relações de trabalho, mediadas diretamente pela força, não permitiam a constituição da forma-mercadoria e, por conseguinte, da forma jurídica. Assim, a leitura de Pachukanis, cuja matriz teórica reside no marxismo, não traz uma abordagem meramente circuncionista. Nesse sentido, sustenta Márcio Bilharinho Naves:

2 MARX, Karl. *O Capital*. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 242 e 245.

3 “Formas sociais são modos relacionais constituintes de interações sociais, objetificando-as. Trata-se de um processo de mútua imbricação: as formas sociais advêm das relações sociais, mas acabam por ser suas balizas necessárias. [...] Se se assemelhar forma à fôrma que pode ser preenchida por conteúdos variados, a transposição de tal perspectiva ao plano social dirá respeito aos moldes que constituem e configuram os sujeitos, atos e suas relações.” (MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 21.)

4 O pensamento de Michel Villey acerca da questão da subjetividade jurídica é o objeto de minhas pesquisas atuais para a redação de minha tese de doutorado, intitulada *Michel Villey e a subjetividade jurídica*, que se encontra em fase final de elaboração.

5 VILLEY, Michel. *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Le moyens du droit*. Paris: Dalloz, 2001, p. 106-109.

6 PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria geral do Direito e marxismo*. Trad. Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 119.



É verdade que há, para Pachukanis, uma relação de determinação imediata entre forma jurídica e forma da mercadoria, como vimos, mas a determinação em Pachukanis é, a rigor, uma *sobredeterminação*. A esfera da circulação, que determina diretamente as formas do direito, é por sua vez determinada pela esfera da produção, no sentido preciso de que só o específico processo de organização capitalista do trabalho permite a produção de mercadorias como tais, isto é, como resultado de um trabalho que se limita a ser puro dispêndio de energia laborativa indiferenciada. Ora, se a forma do direito depende da forma da mercadoria, e esta só se realiza no modo de produção capitalista, então a forma jurídica também depende do modo específico de organização do processo do trabalho decorrente da instauração das relações de produção capitalistas. Podemos, então, dizer que, se o direito “acompanha” o movimento da circulação, uma vez que esse movimento é “comandado” pelas “exigências” da produção, o direito sofre também a determinação dessa esfera, ainda que não de modo imediato<sup>7</sup>.

A originalidade da leitura pachukaniana do fenômeno jurídico reside na fidelidade ao método proposto por Marx em sua maturidade. Diferentemente de outros juristas marxistas, tais como Stutchka, por exemplo, que apontava a luta de classes como base para a compreensão do direito, Pachukanis avança de modo a destrinchar o núcleo fundante da forma jurídica, conforme observa Naves:

[...] a concepção de Pachukanis corresponde inteiramente às reflexões que Marx desenvolve, sobretudo nos *Grundrisse* e em *O capital*, a propósito do *lugar central que ocupa a análise da*

*forma para compreender as relações sociais capitalistas*<sup>8</sup>.

Piotr Stutchka, ao identificar direito e luta de classes, apresentava uma verdade parcial, no entanto, não permitia uma compreensão científica do Direito e sua ligação direta com o capitalismo. Sobre esse ponto, cabe destacar a observação de Pachukanis:

O camarada P. I. Stutchka, a nosso ver, colocou de modo muito acertado o problema do direito como sendo um problema das relações sociais. Mas, em vez de começar a buscar objetividades sociais específicas, voltou-se para a definição formal habitual, ainda que limitada por questões de classe. Segundo a fórmula geral elaborada pelo camarada Stutchka, o direito já não mais figura como uma relação social específica, mas como o conjunto das relações em geral, como um sistema de relações que corresponde aos interesses da classe dominante e os assegura pelo uso da força organizada. Como consequência, no interior desses sistemas de classes, o direito como relação é indistinguível das relações sociais em geral, e o camarada Stutchka já não está em condições de responder à capciosa questão do professor Reisner sobre como as relações sociais se transformam em instituições jurídicas ou como o direito se transformou no que é. [...] A definição dada pelo camarada Stutchka, talvez por ser produto do Comissariado do Povo para a Justiça, está ajustada às necessidades da prática jurídica. Ela demonstra as limitações empíricas que a história sempre coloca à lógica jurídica, mas não expõe as raízes profundas dessa mesma lógica. Essa definição revela o conteúdo de classe contido nas formas jurídicas, mas não nos explica por que esse conteúdo assume tal forma<sup>9</sup>.

7 NAVES, Márcio Bilharinho. *Marxismo e Direito: um estudo sobre Pachukanis*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 72-73.

8 *Ibidem*, p. 48.

9 PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria geral do Direito e marxismo*. Trad. Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 96.



Para Pachukanis, na esteira do pensamento de Marx, o Direito é burguês não por seu conteúdo, mas por sua forma, cujo núcleo reside na subjetividade jurídica. Assim, o desenvolvimento capitalista gera uma alteração qualitativa na esfera jurídica<sup>10</sup>. É apenas no capitalismo que os indivíduos assumem a forma de sujeitos de direito, dotados dos atributos de liberdade e igualdade, de maneira a realizarem trocas mercantis, por meio do contrato<sup>11</sup>.

10 “No escravagismo e no feudalismo, que são anteriores ao capitalismo, não há especificamente uma instância jurídica. Não há uma qualidade de relações que seja só jurídica em meio ao todo da vida social. A religião ordena, regula e manda, e da mesma maneira o rei, o senhor feudal ou o senhor de escravo mandam sem serem subordinados a uma estrutura jurídica externa a si. Se pensássemos a totalidade das relações sociais como um edifício de vários andares, nas sociedades pré-capitalistas não há um andar específico para o direito. No capitalismo, passa a havê-lo. E, no edifício das relações sociais capitalistas, o direito é o andar mais próximo e contíguo ao pavimento do Estado no que tange à sua institucionalização. Mas, ainda mais importante, o direito, como passa a ser o modo pelo qual todas as relações sociais se constituem sob o capitalismo, não só ocupa um andar desse edifício, como é o elemento estrutural de sua totalidade. [...] Em termos históricos, é possível afirmar, então, que esse fenômeno jurídico é tão peculiar ao capitalismo que aquilo que se chama como direito pré-capitalista tornar-se-á praticamente irreconhecível face ao atual direito. [...] Essa transformação histórica qualitativa, que é oriunda dos movimentos mais básicos da atividade capitalista, foi a responsável pela especificidade do direito em face dos demais fenômenos sociais. É o capitalismo que dá ao direito a condição de fenômeno distinto do mando do senhor feudal, do mando da igreja, da crença em ordens sagradas. *O capitalismo dá especificidade ao direito.*” (MASCARO, Alysso Leandro. *Introdução ao estudo do Direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 3-4.)

11 “Ainda que o indivíduo A sinta necessidade da mercadoria do indivíduo B, não se apodera dela pela força, nem vice-versa, mas reconhecem-se mutuamente como proprietários, como pessoas cuja vontade impregna suas mercadorias. Em decorrência, aqui entra de imediato o momento jurídico da pessoa e da liberdade, na medida em que está contida na primeira. Nenhum deles se apodera da propriedade do outro pela força. Cada um a cede voluntariamente. [...] Pelo próprio ato da troca, o indivíduo, cada um dos indivíduos, está refletido em si mesmo como sujeito exclusivo e dominante (determinante) do ato da troca. Com isso, portanto, está posta a completa liberdade do indivíduo: transação voluntária; nenhuma violência de parte a parte [...]. Se, portanto, a forma econômica, a troca, põe a igualdade dos sujeitos em todos os sentidos, o conteúdo, a matéria, tanto individual como objetiva, que impele à troca, põe a liberdade. Igualdade e liberdade, por conseguinte, não apenas são respeitadas

Nesse contexto, para que tal processo se perpetue, também surge a necessidade de uma forma política distinta dos núcleos de poder das sociedades pré-capitalistas. O Estado como ente terceiro, apartado tanto da classe burguesa quanto da classe trabalhadora, é o corolário indispensável para a reprodução do modo de produção capitalista. A gênese do Estado está justamente no início da circulação mercantil, inicialmente, na esfera do absolutismo mercantilista, e, posteriormente, assumindo os contornos definitivos da forma política estatal capitalista.

Assim, a leitura pachukaniana distancia-se das visões idealistas que enxergavam no Estado um instrumento neutro à disposição das classes, fruto de uma evolução histórica, e passa compreendê-lo como forma política específica do capitalismo. Nessa perspectiva, o Estado é burguês por sua forma, independentemente do grupo político que nele esteja atuando.

Alysson Leandro Mascaro, em sua obra *Estado e forma política*, embasado em Pachukanis e em teóricos derivacionistas<sup>12</sup>,

na troca baseada em valores de troca, mas a troca de valores de troca é a base produtiva, real, de toda igualdade e liberdade. Como ideias puras, são simples expressões idealizadas dessa base; quando desenvolvidas em relações jurídicas, políticas e sociais, são apenas essa base em uma outra potência. E isso também se verifica historicamente. A igualdade e a liberdade nessa extensão são exatamente o oposto da liberdade e igualdade antigas, que não têm justamente o valor de troca desenvolvido como fundamento, mas se extinguem com seu desenvolvimento. Elas pressupõem relações de produção que ainda não haviam se realizado no mundo antigo nem tampouco na Idade Média.” (MARX, Karl. *Grundrisse*. Trad. Mario Duayer e Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 187-188.)

12 “O debate sobre a derivação do Estado inicia-se na Alemanha, na década de 1970, quando da crise dos Estados de bem-estar social europeus. A reflexão de autores como Rudolf W. Müller, Christel Neusüß, Elmar Altvater e, em especial, Joachim Hirsch buscou avançar para além da tradição marxista do Estado oriunda do stalinismo ou, de outro lado, apontando os limites de visões econômicas e políticas intervencionistas como keynesianas. Tal debate, com uma variedade de contestações e polêmicas teóricas, amplia-se de início também para o Reino Unido, a partir dos pensamentos de Bon Jessop, John Holloway e Sol Picciotto, entre outros.” (MASCARO, Alysso Leandro. *Filosofia do Direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 591.)

traz importante consideração a esse respeito:

É na assunção do sistema geral de trabalho assalariado que se estabelecem então as bases da forma política estatal. Em paralelo a essa alteração nas relações de produção, os contornos plenos do Estado somente se darão com as revoluções burguesas. Nesse ponto da história, cortam-se os últimos laços de concentração de pessoal dos poderes na figura do rei e instauram-se os aparatos que tornam o Estado um terceiro necessário em relação aos indivíduos e às classes. [...] O Estado surge historicamente antes; a forma política estatal surge depois. O estabelecimento de unidades estatais se dá sobre as específicas relações do feudalismo em fragmentação. A forma política em definitivo, que dá identidade ao Estado como instância apartada dos indivíduos surgirá com as revoluções burguesas. [...] No balanço de sua especificidade histórica, depreende-se que o nexo entre capitalismo e Estado é estrutural. A generalização das relações sociais constituídas mediante forma-mercadoria demanda uma forma política apartada dos próprios portadores e trocadores de mercadorias – a principal delas, a força de trabalho mediante salário. O Estado se consolida como ente terceiro, garante e necessário da dinâmica do capitalismo. [...] Em termos históricos, a especificidade do Estado não representa, necessariamente, originalidade de aparatos, instituições ou funções, mas sim de forma [...]¹³.

Destarte, a análise materialista desmistifica a visão tradicionalmente assentada de que o Estado se constitui em uma instância neutra¹⁴. Com base nos avanços teóricos pos-

sibilitados pelo marxismo, o Estado passa a ser compreendido como forma política do capitalismo, ou seja, o Estado é capitalista por sua forma. A burguesia, no modo de produção capitalista, não exerce um domínio direto em relação ao proletariado, mas pratica sua exploração por meio de formas sociais, dentre as quais o Estado. O Estado é atravessado pela luta de classes, mas não é ela que lhe determina a estrutura.

Forma jurídica e forma política estatal, portanto, são derivadas diretas da forma-mercadoria. Ambas se vinculam de maneira estrutural, por um processo de conformação, de acordo com o esclarecimento de Mascaro:

O vínculo entre forma política e forma jurídica é de *conformação*, realizando entre si uma espécie de derivação de segundo grau, a partir de um fundo primeiro e necessário que é derivado diretamente da forma-mercadoria. É o aparato estatal já necessariamente existente e as formas jurídicas já anunciadas socialmente que se encontram para então estabelecer um complexo fenomênico político-jurídico. [...] Pode-se entender, então, que as formas política e jurídica, ambas singulares, são derivadas de formas sociais comuns e apenas posteriormente conformadas, reciprocamente. Em tal processo de conformação, os limites nucleares das duas formas são necessariamente mantidos em sua especificidade, como estruturas fundamentais da reprodução do capital. A conformação opera na quantidade da política e do direito, nunca na qualidade de estatal ou jurídico. Como exemplo, o Estado, assumindo encargos e poderes políticos autônomos e autodeclarados soberanos, abre, constitui e cria novos campos do fenômeno jurídico nas sociedades capitalistas. Assim, a relação de trabalho, de início estruturada em vínculos contratuais totalmente autônomos e atomizados, passa a ser intermediada por institutos normativos estatais como o do salário-mínimo. O Estado avança

13 MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 56-57.

14 “O Estado jurídico é uma miragem totalmente conveniente para a burguesia, pois substitui a ideologia religiosa em decomposição e esconde das massas o domínio da burguesia.” (PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria geral do Direito e marxismo*. Trad. Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 148.)

sobre o jurídico, tocando no núcleo da própria forma-sujeito, limitando-a ou talhando-a em novos modos. Mas tal poder do político no jurídico nunca vai a ponto de negar a própria forma jurídica de sujeitos de direito livres e iguais para o vínculo de trabalho. O Estado, se limita a quantidade da autonomia da vontade no contrato de trabalho, não extingue a própria relação de trabalho<sup>15</sup>.

A norma jurídica, portanto, longe de ser o elemento fundamental do direito, é simplesmente o resultado desse processo de derivação secundária. Desse modo, resta patente a limitação das leituras juspositivistas do fenômeno jurídico.

Cumpra destacar que a estruturação social capitalista não se restringe às formas mercantil, política e jurídica, e não prescinde de outras, tais como a forma-valor<sup>16</sup>. Mascaro destaca que “a conformação é um processo de adaptação que dá contornos mais específicos às formas sociais”, de maneira que “em outra dinâmica, dá-se o mesmo com a forma dinheiro, que também é conformada pela forma política estatal e mesmo pela forma jurídica”<sup>17</sup>.

Assim, as mais avançadas leituras marxistas demonstram que Direito e Estado são elementos que permitem a exploração do trabalho no capitalismo, garantindo a reprodução desse modo de produção.

### 3 Direito processual, magistratura e capitalismo

O pensamento marxista descortina o horizonte de constituição das formas sociais capitalistas e isso tem uma repercussão direta na compreensão do fenômeno jurídico em toda a sua complexidade e em suas especificidades. Conforme assevera Pachukanis, enquanto “para a filosofia do direito burguesa”, a relação jurídica é considerada “como a forma natural e eterna de qualquer relação humana”, a teoria marxista “se esforça para penetrar nos mistérios das formas sociais”<sup>18</sup>. Tal perspectiva se mostra fundamental para entender, inclusive, as raízes materiais dos ditos ramos do Direito contemporâneo. Nesse sentido, cabe destacar a observação de Mascaro:

Se o direito privado é eminentemente haurido da forma de subjetividade jurídica, muito do direito público se erige na conformação entre a própria forma jurídica e a forma política estatal. O direito processual é eminentemente um desses objetos resultantes de uma derivação secundária entre formas sociais já derivadas da forma mercadoria<sup>19</sup>.

Marcelo Gomes Franco Grillo, em sua obra *Direito processual e capitalismo*, traz uma abordagem marxista acerca do tema, demonstrando que o direito processual, en-

15 MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 41-42.

16 “Quando as trocas se generalizam e até mesmo o trabalho passa a ser objeto de troca – trabalho assalariado –, os indivíduos, perante o mercado, apagam suas características de classe, de cultura e de condição econômica, reduzindo-se a peças formalmente iguais trocadas livremente – com o dispositivo da autonomia da vontade, tornam-se sujeitos de direito. A forma-valor, que permeia as relações de circulação e produção, está até então derivada em forma jurídica. Mas a forma-valor só pode existir quando também se derivar em forma política estatal. No capitalismo, os aparatos que garantem o vínculo contratual e que juntem contratante e contratado são distintos formalmente de ambas as partes. O contrato exprime a forma-valor e o valor é referenciado em coisas, bens, dinheiro, propriedade privada. O aparato político, terceiro a todos os possuidores e trabalhadores, garante, além dos vínculos de troca e alguns de seus termos, a própria apropriação formal do valor pelo sujeito, ou seja, a propriedade privada. [...] Assim, é o mesmo circuito das relações sociais de produção aquele que ensina a forma-valor, a forma-jurídica e a forma política estatal.” (*Ibidem*, p. 26.)

17 MASCARO, Alysson Leandro. Formas sociais, derivação e conformação. *Revista Debates*, Porto Alegre, v. 13, n. 1, jan./abr. 2019, p. 15. Disponível em: <https://seer.ufr->

[gs.br/debates/article/view/89435](https://seer.ufrgs.br/debates/article/view/89435). Acesso em: 24 maio 2019.

18 PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria geral do Direito e marxismo*. Trad. Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 96.

19 MASCARO, Alysson Leandro. Formas sociais, derivação e conformação. *Revista Debates*, Porto Alegre, v. 13, n. 1, jan./abr. 2019, p. 15. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/debates/article/view/89435>. Acesso em: 24 maio 2019.

quanto forma jurídico-processual, é produto do modo de produção capitalista<sup>20</sup>. Assim, nas sociedades pré-capitalistas, embora o vocabulário típico desse ramo já se fizesse presente, o direito processual se apresentava de maneira completamente distinta daquela pela qual passou a se caracterizar com o advento do capitalismo. Na linha dessa leitura, “o juiz, as partes, o devido processo legal, o contraditório e ampla defesa são pensados a partir da forma mercadoria”<sup>21</sup>.

Na Antiguidade, a inexistência da forma-mercadoria interditava a possibilidade de constituição das demais formas sociais dela derivadas. Por conseguinte, tanto a forma jurídica quanto a forma política estatal não se faziam presentes. Logo, conforme observa Grillo:

[...] no período do império romano não se pode falar propriamente em direito ou em forma jurídico processual, por não estar presente o requisito básico da mercadoria como valor de troca universalizado<sup>22</sup>.

Na Idade Média, marcada pelo modo de produção feudal, também não havia o desenvolvimento do direito processual enquanto forma social, considerando que as relações de produção não ensejavam sua constituição. Assim, “os procedimentos que ocorriam nesse período histórico estão muito mais ligados ao poder e ao caráter religioso dessa sociedade do que, precisamente, a uma forma jurídico-processual”<sup>23</sup>. Michel Foucault, embora em uma perspectiva não marxista, corrobora tais assertivas:

No direito feudal o litígio entre dois indivíduos era regulamentado pelo sistema da prova (*épreuve*). Quando um indivíduo se apresentava como portador de uma reivindicação, de uma contestação, acusando um outro de ter matado ou roubado, o litígio entre os dois era resolvido por uma série de provas aceitas por ambos e a que os dois eram submetidos. Esse sistema era uma maneira de provar não a verdade; mas a forma, o peso, a importância de quem dizia. [...] Havia, em primeiro lugar, provas sociais, provas da importância social de um indivíduo. [...] Havia em segundo lugar provas de tipo verbal. Quando um indivíduo era acusado de alguma coisa – roubo ou assassinato – devia responder a esta acusação com um certo número de fórmulas [...]. Ao pronunciar estas fórmulas podia-se fracassar ou ter sucesso. [...] Havia, em terceiro lugar, as velhas provas mágico-religiosas do juramento. [...] Havia, finalmente, as famosas provas corporais, físicas, chamadas ordálios, que consistiam em submeter uma pessoa a uma espécie de jogo, de luta com seu próprio corpo, para constatar se venceria ou fracassaria. [...] No sistema de prova judiciária feudal trata-se não da pesquisa da verdade, mas de uma espécie de jogo de estrutura binária<sup>24</sup>.

20 “É sabido que o direito processual vai completar-se como forma jurídico-processual somente após a ocorrência da forma política estatal, sendo que o direito processual, na sua época de protoforma, já implicava/envolia/resultava, por exemplo, algum tipo de processo e de jurisdição, sem, com isso, necessariamente, ser plenamente forma jurídico-processual. [...] A incompletude do Estado representava igualmente a incompletude da forma jurídico-processual, como duas formas ainda não integralmente derivadas da forma mercadoria. O Estado e o direito processual se completam no cume do modo de produção capitalista, quando há subsunção real do trabalho ao capital. A forma jurídico-processual, a forma política estatal e a forma jurídica se desenvolvem em plenitude com a valorização do valor no modo de produção capitalista, sendo o Estado e a subjetividade jurídica responsáveis por imprimirem a conformação do direito processual e de outros domínios do direito.” (GRILLO, Marcelo Gomes Franco. *Direito processual e capitalismo*. São Paulo: Dobra Universitária; Outras Expressões, 2017, p. 47.)

21 MASCARO, Alysson Leandro. Prefácio. In: GRILLO, Marcelo Gomes Franco. *Direito processual e capitalismo*. São Paulo: Dobra Universitária; Outras Expressões, 2017, p. 14.

22 GRILLO, Marcelo Gomes Franco. *Direito processual e capitalismo*. São Paulo: Dobra Universitária; Outras Expressões, 2017, p. 54-55.

23 *Ibidem*, p. 67.

24 FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013, p. 62-64.



Na Idade Moderna, marcada pelo absolutismo e pelo mercantilismo, deu-se o nascimento do capitalismo e, por conseguinte, das formas sociais a ele inerentes. Contudo, nesse momento histórico, a materialidade das relações sociais ainda não permitia a plena constituição da forma mercantil. Por conseguinte, tanto a forma jurídica quanto a forma política estatal ainda não se apresentavam em seus contornos definitivos. Nesse contexto, o processo “era tema que cabia ao rei, o qual, ao julgar ou mesmo legislar, tinha em conta apenas os ornamentos procedimentais, sem o dado da racionalidade jurídico-processual”<sup>25</sup>.

Destarte, na leitura materialista, a forma jurídico-processual apresenta-se dotada de especificidade inerente ao modo de produção capitalista, cujo pleno estabelecimento se dá na Idade Contemporânea, erigindo-se “como terceira forma impreterível na dinâmica do capital, jungida que está à forma mercadoria, à forma política estatal e à subjetividade jurídica”, tal como aponta Grillo<sup>26</sup>. Portanto, “o direito processual é, em *ultima ratio*, uma das mais bem-acabadas expressões teórico-jurídicas e práticas da própria forma jurídica”, já que esse ramo do Direito se constitui “na forma técnica-estrutural-institucional-jurídica de realização do direito material, da forma jurídica substantiva”<sup>27</sup>, de maneira que a forma jurídico-processual é “o principal instrumento de convalidação da forma jurídica, já derivada da forma mercadoria”<sup>28</sup>. Grillo ainda observa que “as formas jurídicas processuais sem a correspondência da esfera processual jurisdicional estatal não são formas jurídicas acabadas, pois estariam em um estado inerte, sem nenhuma garantia de sua realização”<sup>29</sup>. Tal proposição vai ao encontro da perspectiva pachukaniana, considerando-

se, inclusive, a expressa assertiva do jurista russo acerca dessa temática:

Eu não apenas aponte que a gênese da forma jurídica deve ser procurada nas relações de troca, mas também destaquei o momento que, segundo meu ponto de vista, representa a mais completa realização da forma jurídica, a saber, o tribunal e o processo judicial<sup>30</sup>.



Fonte: www.rawpixel.com

A leitura tradicional do fenômeno jurídico, que propugna uma continuidade entre aquilo que se chamava por Direito nas sociedades antigas e na contemporaneidade, tem impacto direto na visão acerca do papel desempenhado pela magistratura nos diferentes tempos históricos. Nesse sentido, costuma-se atribuir aos juízes da Antiguidade as mesmas funções que hoje competem aos magistrados. Contudo, tal maneira de enxergar a realidade jurídica, historicamente, se mostra falha, na medida em que magistratura constituiu-se de modo peculiar com o advento do capitalismo, por meio de uma ruptura de caráter estrutural com as atribuições do magistrado no pré-capitalismo.

25 GRILLO, Marcelo Gomes Franco. *Direito processual e capitalismo*. São Paulo: Dobra Universitária; Outras Expressões, 2017, p. 71.

26 *Ibidem*, p. 9.

27 *Ibidem*, p. 18.

28 *Ibidem*, p. 36.

29 *Ibidem*, p. 42.

30 PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria geral do Direito e marxismo*. Trad. Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 64.



Roma, constantemente apontada como berço do Direito, já apresentava indivíduos que desempenhavam as atividades de julgadores. Em relação aos atributos e à atuação dos magistrados no Direito romano, cabe destacar as elucidações de Alysson Leandro Mascaro:

Em Roma, costuma-se identificar uma figura judiciária à qual se diz ser o protótipo do juiz moderno: o pretor, fundamental já à República romana. Dentre suas variadas espécies, os pretores peregrinos, homens que andavam por toda Roma, eram aqueles responsáveis pela realização dos julgamentos dentro do direito romano. A figura do pretor peregrino, aquele que, mais próximo de ritos mágicos que de ritos formais estatais, perambulando, resolvia e decidia casos, para nós é uma entidade muito peculiar, que revela uma distinta e antiga maneira de entender os próprios valores do direito, do direito antigo, portanto da estrutura social daquele tempo. [...] Um pretor peregrino em Roma, o protótipo do juiz romano, era aquele que observava um caso, entendia as circunstâncias daquele caso e, a partir daquele momento, determinava que, para tal caso, tal é a melhor solução, tal é a melhor decisão. [...] Por isso os romanos consideravam que o direito era uma arte do julgamento<sup>31</sup>.

Com efeito, para os romanos, “*Jus est ars boni et aequi*”, ou seja, “o direito é a arte do bem e da equidade”, sendo que essa foi “a velha definição do Digesto romano a respeito da sua própria atividade, da sua própria confecção do direito, do direito como um artesanato”<sup>32</sup>. Por conseguinte, a atividade do julgador se apresentava como um afazer artístico, muito distinto do tecnicismo contemporâneo. A forma de pensar o Direito dos romanos possui matriz

aristotélica, conforme aponta o jurista francês Michel Villey<sup>33</sup>. Para Aristóteles, a justiça se produzia de maneira casuística, norteadas por uma apreciação equitativa<sup>34</sup>.

O caráter de tal realidade está de conformidade com o modo de produção escravagista que caracterizava o mundo antigo, cuja marca, inclusive, era a exclusão dos escravos das relações jurídicas. Naquele tempo, ante a ausência da plena constituição e universalização da forma mercantil, ainda não havia se estabelecido a forma jurídica. A subjetividade jurídica se mostrava ausente, tanto quanto a forma política estatal e, por conseguinte, inexistia Poder Judiciário<sup>35</sup> e forma jurídico-processual<sup>36</sup>.

33 VILLEY, Michel. *La formation de la pensée juridique moderne*. 2. ed. Paris: PUF, 2013, p. 101.

34 “Para Aristóteles, o julgamento devia ser constituído em cada caso, observando diretamente as suas circunstâncias, ou seja, tendo a dimensão, em cada momento, em cada situação, daquilo que era específico a essas circunstâncias. Ou seja, há duas pessoas em demanda que parecem ter um caso igual a duas outras pessoas em demanda, mas, ao final das contas, cada caso tem uma dimensão específica. Dois homens ricos e poderosos demandando por uma mesma questão que dois outros frágeis, o julgamento do juiz não é igual nesses dois casos. É preciso atentar aqui à própria ideia de equidade, ou seja, de observar cada caso concreto e adaptar-se à especificidade deste caso concreto. Portanto, para a velha tradição grega de Aristóteles e para a tradição romana, que é posterior à grega – Aristóteles está quatrocentos anos antes de Cristo –, esta tradição greco-romana deposita, na forma de constituir o direito, um valor mais alto na equidade, quero dizer, no olhar a cada caso. Tanto assim que existe uma palavra que identifica julgamento e que vem da tradição romana, que está até os dias de hoje nos nossos ouvidos: ‘jurisprudência’. Nela, a ‘prudência’, que é aqui o termo romano que pode se equivaler a equidade dos próprios gregos. [...] Esta equidade dos antigos, esta prudência dos próprios romanos, era justamente o olhar de cada caso, a reflexão que se fizesse a cada caso e a cada circunstância.” (MASCARO, Alysson Leandro. O contexto sociológico da segurança jurídica e da discricionariedade judicial. *Revista Acadêmica da EMAG*, São Paulo, TRF3, v. 3, 2011, p. 17-18.)

35 “Na alta Idade Média não havia poder judiciário. A liquidação era feita entre indivíduos. Pedia-se ao mais poderoso ou àquele que exercia a soberania não que fizesse justiça, mas que constasse, em função de seus poderes políticos, mágicos e religiosos, a regularidade do procedimento. Não havia poder judiciário autônomo, nem mesmo poder judiciário nas mãos de quem detinha o poder das armas, o poder político.” (FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013, p. 67.)

36 “No medievo, por nenhum prisma que se olhe o tema, se

31 MASCARO, Alysson Leandro. O contexto sociológico da segurança jurídica e da discricionariedade judicial. *Revista Acadêmica da EMAG*, São Paulo, TRF3, v. 3, 2011, p. 16-17.

32 *Ibidem*, p. 17.

A atividade do juiz, no período medieval, também se mostrava de maneira distinta da contemporaneidade. O ato de julgar revestia-se de um caráter divino, pois a justiça, em última instância, era oriunda de Deus. Naquele momento histórico, a função de julgar também não era dotada de especificidade, conforme observa Pachukanis:

Se deixarmos de lado a cultura dos povos primitivos, em que apenas com muito esforço é possível isolar o direito da massa geral dos fenômenos sociais de ordem normativa, até a Europa feudal medieval, as formas jurídicas distinguem-se pela extrema falta de desenvolvimento. [...] A norma de caráter geral não se distingue de sua aplicação concreta; consequentemente, isso acaba por confundir as ações do juiz e do legislador. A oposição entre direito público e privado encontra-se totalmente obscura [...]. Não há, em geral, a oposição tão característica da época burguesa entre o indivíduo como pessoa natural e o indivíduo como membro da comunidade política<sup>37</sup>.

Na Idade Moderna, tal situação permaneceu, no contexto do absolutismo mercantilista. Apenas o desenvolvimento capitalista propiciou uma plena separação da atividade jurisdicional. A alteração das relações de produção e as revoluções burguesas foram o terreno no qual a magistratura adquiriu seus

contornos definitivos, cujas características estruturais permanecem até a atualidade. Da conformação entre forma jurídica e forma política estatal exsurge a forma jurídico-processual e, consequentemente, a figura do juiz imparcial se consolida<sup>38</sup>. Essa “suposta imparcialidade” do magistrado é condição fundamental para a própria reprodução do capital<sup>39</sup>.

O Poder Judiciário, em sua atual estruturação, é um corolário do capitalismo. Não obstante a ritualística típica do universo jurídico tenha antecedentes longínquos temporalmente, o fato é que as práticas constitutivas do Direito, dos procedimentos judiciais e

38 “Essa confusão entre soberano e julgador foi, no campo institucional, totalmente afastada na Idade Contemporânea, após a Revolução Francesa, quando o julgador começou a exercer a sua função mais próxima de interesses que passaram a ser conceituados e defendidos como públicos. Nesse momento da história, apareceu a figura do magistrado, agente público, representante do Estado-juiz, com maior independência em relação às épocas passadas, apesar de não haver ainda um real desenvolvimento científico do direito processual, na ausência, portanto, da completude da forma jurídico processual. [...] A figura do juiz moderno, na Idade Contemporânea, diz muito sobre a realização da forma jurídica e da forma política estatal, quando foi pelo abandono do exercício do poder do rei, das formas sociais pré-capitalistas de dominação, em que os senhores feudais estabeleciam regras, submetendo-se unicamente à *auctoritas* real [...], que o processo, na figura imparcial do juiz, passou a consumir a igualdade jurídica burguesa, na sua equivalência à forma mercadoria.” (GRILLO, Marcelo Gomes Franco. *Direito processual e capitalismo*. São Paulo: Dobra Universitária; Outras Expressões, 2017, p. 163.)

39 “O poder judiciário, sendo distinto das partes em concorrência nas sociedades capitalistas, garante a reprodução dos termos gerais da exploração econômica. Se nas sociedades pré-capitalistas os senhores controlavam imediatamente os meios de julgamento dos que estavam sob seu domínio, no capitalismo tal função passa a ser reservada a um órgão terceiro, público, distinto formalmente dos indivíduos em contenda. O direito processual explica tal fenômeno chamando-o de monopólio da violência nas mãos do Estado. A política liberal louva tal instituição reconhecendo, no poder judiciário, a imparcialidade que enfim torna o direito técnico, mecânico e ‘justo’. Tal suposta imparcialidade, no entanto, é apenas a condição estrutural para que o capital se reproduza nos exatos termos previstos pelas próprias estruturas sociais e jurídicas que o judiciário sempre há de reconhecer. No exato quadro desses termos já dados, o poder de julgamento pode ser, então, ‘neutro’ e ‘justo’.” (MASCARO, Alysso Leandro. *Crise e golpe*. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 175.)

pode falar em um direito processual como portador da metodologia racional do processo, com a presença da dialética, contraditório, ampla defesa e igualdades formais. Os procedimentos que ocorriam nesse período histórico estão muito mais ligados ao poder e ao caráter religioso dessa sociedade do que, precisamente, a uma forma jurídico-processual de características científicas. Não existia direito processual nem teoria geral do processo. Não é por outra razão que o medieval não conheceu as formas científicas do processo, com o estudo, por exemplo, das partes, da ação, da jurisdição e do processo.” (GRILLO, Marcelo Gomes Franco. *Direito processual e capitalismo*. São Paulo: Dobra Universitária; Outras Expressões, 2017, p. 67.)

37 PACHUKANIS, Evguíeni. *Teoria geral do Direito e marxismo*. Trad. Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 75-76.

dos julgamentos são completamente distintas a depender do período histórico, em uma imbricação direta com o modo de produção característico de cada época. As seguintes considerações de Mascaro são bastante elucidativas acerca dessa questão:

Os institutos sociais e políticos do capitalismo são criados ou transmudados num processo de convergência à forma. É possível que se vejam vestígios históricos dos atuais corpos de magistrados e promotores de justiça em antigos inquisidores da Igreja. É possível até mesmo que os ritos, as nomenclaturas, as vestimentas, os locais e as práticas simbólicas dos administradores do Poder Judiciário moderno sejam transplantados de instituições de julgamento religiosas medievais. Mas a forma moderna de tais instituições se constitui a partir de específicas modalidades de reprodução social, que se valem dos ritos e das nomenclaturas para objetividades de prática social próprias e específicas. Não é porque os romanos chamaram a uma instituição política sua por Senado que a moderna instituição do Senado nos Poderes Legislativos seja, material, estrutural e funcionalmente, igual à do passado. As instituições são reconfiguradas pelas formas sociais, num entrelaçamento estrutural<sup>40</sup>.

Assim, tanto o direito processual quanto a magistratura não podem ser compreendidos em seus reais papéis se analisados de maneira dissociada das relações sociais concretas que caracterizam o modo de produção capitalista. Os idealismos que costumam nortear muitas leituras acerca do processo judicial e das funções judicantes, que as enxergam como indispensáveis para a legítima consecução da justiça, caem por terra diante da perspectiva marxista, pois se mostram como visões puramente ideológicas. Igualmente, as concepções

juspositivistas se mostram limitadas e também enredadas nas teias da ideologia jurídica que marca nosso tempo.

#### 4 Magistratura e ideologia

Os estudos acerca da ideologia são fundamentais para que logremos captar os meandros da imbricação entre Direito e capitalismo e, por conseguinte, o papel desempenhado pela magistratura em nossa sociedade. Ao lado das análises das formas sociais, o aspecto ideológico não pode ser desconsiderado nas análises do fenômeno jurídico e das instituições que o caracterizam.

O filósofo francês Louis Althusser (1918-1990) é um dos principais estudiosos do tema da ideologia na perspectiva marxista. Mediante uma conjugação entre marxismo e psicanálise, Althusser avança no entendimento da estruturação do arcabouço ideológico de forma bastante precisa<sup>41</sup>. Diferentemente das visões vulgares que comumente se referem à possibilidade de escolha da ideologia a ser seguida, Althusser demonstra que a ideologia se impõe mediante práticas materiais reiteradas, constituindo, desse modo, a própria subjetividade dos indivíduos.

Para Althusser, a ideologia não se trata de uma “falsa consciência”, mas opera no nível do inconsciente, a partir da concretude das

40 MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 31.

41 “O ponto nuclear, ou se preferirmos, a preocupação máxima do pensamento de Althusser, a sua motivação, finalidade e o que, de um modo não desprovido de grande importância, constituirá a base filosófica da sua obra, é, sem dúvida alguma, a construção de uma teoria da ideologia. [...] Com a obra de Louis Althusser inicia-se um novo caminho para a teoria da ideologia. Ele será marcado por dois elementos, constituídos, em primeiro lugar, pela nova leitura que Althusser sugere a respeito da obra de Marx, convidando à elaboração da filosofia que, ausente explicitamente, está latente nela, e, em segundo lugar, pela integração da descoberta freudiana do inconsciente, o qual nos servirá para mostrar a importância que a psicanálise teve na investigação althusseriana sobre a ideologia [...]” (SAMPEDRO, Francisco. A teoria da ideologia de Althusser. Trad. Márcio Bilharinho Naves. In: NAVES, Márcio Bilharinho (org.). *Presença de Althusser*. Campinas: Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, 2010, p. 31.)

relações sociais, estabelecendo-se de maneira estrutural na sociedade. O processo de interpelação, por meio do qual indivíduos concretos são construídos sujeitos, é característico da ideologia. Tal consiste no fornecimento de uma identidade ao interpelado, por meio de rituais de reconhecimento ideológico, que ensejam uma espécie de internalização das relações sociais.

Uma das principais contribuições althusserianas para o entendimento da sociedade capitalista é sua conceituação dos aparelhos ideológicos de Estado. Enquanto os aparelhos repressivos de Estado compreendem as instituições de caráter repressivo e operam, primordialmente, por meio da repressão e, apenas residualmente, pela ideologia, os aparelhos ideológicos de Estado atuam eminentemente na esfera ideológica, espalhando-se pelos âmbitos religioso, escolar, familiar, político, sindical, de informação, cultural, jurídica, dentre outros. Assim, os aparelhos ideológicos de Estado têm correspondência nas diferentes organizações, tais como nas igrejas, nas escolas, nos meios de comunicação de massa, nos sindicatos, nos partidos políticos, bem como nas instituições políticas e jurídicas<sup>42</sup>. Sobre essa questão, elucida Mascaró:

Os aparelhos repressivos, nas sociedades capitalistas, dada a separação do poder político em face das classes econômicas, são praticamente concentrados em mãos estatais. Já os aparelhos ideológicos perpassam tanto o Estado, naquele núcleo pelo qual é tradicional e juridicamente identificado, como também se esparramam por regiões do plano político não imediatamente estatais. No entanto, como são plexos sociais que corroboram para permitir a própria reprodução social geral e a do Estado em específico, e por este são, de variados modos, parcialmente controlados – são

tomados como aparelhos ideológicos de Estado (AIE) – no sentido pelo qual Althusser os considera<sup>43</sup>.

Na sociedade capitalista, a ideologia, por excelência, é a ideologia jurídica, haja vista que a constituição dos indivíduos em sujeitos de direito é intrínseca a esse modo de produção, sendo dele resultante e, ao mesmo tempo, indispensável para sua reprodução. É a partir da generalização das trocas mercantis, lastreadas em relações de produção capitalistas, que se consubstancia a subjetividade jurídica, inclusive, em seu aspecto ideológico.

A materialidade capitalista engendra a ideologia jurídica, a qual, inclusive, “funda, de fato, a relação sujeito/objeto como relação de *propriedade*”<sup>44</sup>, conforme observa Nicole-Edith Thévenin, em uma perspectiva althusseriana. Assim, a concepção do homem enquanto sujeito de direito, dotado dos atributos de liberdade e igualdade, é a base sobre a qual se erige todo o edifício ideológico burguês, cuja determinação material, em última instância, reside na economia capitalista, estruturada na exploração do trabalho assalariado.

Althusser é um ferrenho crítico do humanismo, inclusive, no âmbito do marxismo<sup>45</sup>. O filósofo francês demonstra ainda a intrínseca ligação entre humanismo e ideologia jurídica. Logo, os direitos do homem – que são geralmente vistos como conquistas das revoluções burguesas e percebidos como um progresso da humanidade –, para Althusser, são o resultado do arcabouço ideológico indispensável para a própria reprodução do capitalismo. Isso não significa um louvor althusseriano às sociedades pré-capitalistas ou o desprezo pela busca de construções sociais mais humanitárias, mas a constatação de que

42 ALTHUSSER, Louis. *Idéologie et appareils idéologiques d'État. In: Positions*. Paris: Editions Sociales, 1976, p. 67-125.

43 MASCARÓ, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 70.

44 THÉVENIN, Nicole-Edith. *Révisionnisme et philosophie de l'aliénation*. Paris: Christian Bourgois, 1977, p. 96.

45 Em meu livro *Marxismo, humanismo e direito: Althusser e Garaudy*, publicado pela Editora Ideias & Letras em 2018, abordo com profundidade essa temática.



a própria noção de homem como portador de direitos é inerente ao capitalismo. Nesse sentido, cabe destacar as próprias palavras de Althusser:

E longe de mim denegrir esta grande tradição humanista cujo mérito histórico é ter lutado contra a feudalidade, contra a Igreja e seus ideólogos, e ter dado ao homem títulos e uma dignidade. Mas longe de nós, acredito, a ideia de contestar que esta ideologia humanista, que produziu grandes pensadores, seja separável da burguesia em ascensão de quem ela exprimia as aspirações, ao traduzir e transpor as exigências de uma economia mercantil e capitalista sancionada por um direito – o antigo direito romano corrigido para direito mercantil burguês. O homem sujeito livre, o homem livre sujeito de seus atos e pensamentos, é de início o homem livre para possuir, vender e comprar, o sujeito de direito<sup>46</sup>.

As subjetividades, no capitalismo, são constituídas a partir do arcabouço da ideologia jurídica, de maneira que os indivíduos se reconhecem como portadores de direitos subjetivos. Nesse contexto, o respeito ao direito de propriedade passa a ser visto como indispensável para a própria manutenção da sociedade humana. Assim, naturalizam-se todas as repressões às possíveis violações de tal direito, cujo caráter “sacrossanto” costuma ser muito exaltado. Disso decorrem, por exemplo, situações de combate aos sem-terra e sem-teto que buscam, como forma de garantir a própria subsistência, a ocupação de terras e imóveis desabitados. Ao argumento de se defender o direito de propriedade, seres humanos são privados do mínimo essencial à própria subsistência.

A forma de tratamento das ditas questões penais também é marcada pela ideologia

jurídica. A pena privativa de liberdade é vista como justa a depender do delito cometido pelo agente, sendo que se busca uma proporcionalidade entre a gravidade do delito e o *quantum* de pena, levando-se em consideração também outros elementos como a conduta do sujeito. O arcabouço ideológico que vige na contemporaneidade faz com que os indivíduos entendam tal sistemática como correta e, de modo geral, não questionem se essa é efetivamente a melhor maneira de se manter a paz social.

O Poder Judiciário, assim, apresenta-se como um dos pilares no qual se sustenta a própria sociedade, pois é a ele que compete a garantia dos direitos subjetivos e a manutenção da ordem. Juízes e tribunais asseguram o cumprimento do ordenamento jurídico, determinando reintegrações de posse ou fixando as penas dos delitos criminais, por exemplo. Logo, é o Poder Judiciário – e todo o aparato que o circunda – um dos principais responsáveis pela reprodução capitalista<sup>47</sup>.

A figura do magistrado imparcial é parte de um constructo ideológico de caráter idealista e que se mostra no panteão do pensamento burguês. Há, inclusive, um velho bordão amplamente repetido: “decisão judicial não se discute, se cumpre”. Nessa perspectiva, se surgem críticas a determinada atuação de um juiz ou tribunal, elas raras vezes atingem o Poder Judiciário como um todo e, se porventura o façam, dificilmente alcançam as determinações econômicas subjacentes à própria estrutura judicial<sup>48</sup>. Geralmente,

46 ALTHUSSER, Louis. Sustentação de tese em Amiens. Trad. Rita Lima. In: *Posições 1*. Rio de Janeiro: Graal, 1978, p. 160.

47 “Primeiro, que o Poder Judiciário está cravado nas próprias formas estruturais que sustentam o capitalismo e, segundo, que o Judiciário, assim como as demais instituições conformadoras do modo de regulação, também está suscetível às transformações advindas com as crises periódicas do capitalismo, que perpassam a sua configuração embora sem atingir a sua função precípua de guardião da legalidade.” (GARDUCCI, Leticia Galan. *O Conselho Nacional de Justiça a partir do modo de regulação brasileiro no pós-fordismo: uma análise à luz da teoria da derivação*. Dissertação. Mestrado em Direito Político e Econômico. São Paulo, Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2014, p. 55.)

48 “Há um impulso geral de crítica ao direito que tem por



quando magistrados sofrem críticas, tal se dá por julgarem de acordo com seus interesses ou ideologias, esquecendo-se que, na realidade, o próprio Direito é a ideologia do capitalismo. Acerca dessa questão, interessante destacar as observações de Mascaro:

A ideologia do direito é o resultado da materialidade das relações sociais capitalistas. Os valores centrais do direito não destoam daquilo que é a própria concretude da sociabilidade da mercadoria. Tanto o direito é núcleo decisivo e geral da ideologia do capitalismo que até a crítica ao direito, quase sempre, termina por ser seu louvor. O combate ao direito se dá, via de regra, na reposição da ideologia em seu pedestal. O policial que agiu com violência desmedida extrapolou o poder que lhe foi dado. O excedente é ilegítimo: portanto, o que é central no poder do policial é legítimo. O magistrado que decidiu ideologicamente pôs seu horizonte político pessoal à frente da hermenêutica mais clara e apropriada da

norma. O ideológico da sentença judicial é ilegítimo: portanto, o poder de julgar do juiz é legítimo, e as normas jurídicas, se interpretadas retamente, também o são. Pode-se e deve-se fazer uma crítica ao magistrado e ao policial. Mas, uma vez puxado o novelo, ele redundará necessariamente na crítica ao direito e ao Estado. E, ainda mais adiante no fio do novelo, chegará necessariamente à crítica do capitalismo<sup>49</sup>.

Em relação aos magistrados, eles também se mostram enquanto indivíduos mergulhados na lógica da mercadoria e, por conseguinte, apresentam suas subjetividades constituídas da mesma maneira que os demais membros da sociedade. Assim, os aparelhos ideológicos também operam no inconsciente dos juízes, terminando por serem os formadores de suas práticas cotidianas. Some-se a isso o fato de que a própria educação jurídica recebida pelos operadores do direito desde os bancos acadêmicos termina por lhes pautar um horizonte de mundo, em geral, altamente conservador<sup>50</sup>.

---

horizonte denunciar ou querer mudar aqueles que operam as engrenagens jurídicas e as instituições políticas. Comparada à denúncia do burguês, a crítica ao jurista e ao político é mais fácil. Isso porque, no plano do Estado e do direito, seus agentes não estão 'naturalmente' investidos no cargo. Dependentes de concursos, nomeações ou eleições, haurem sua competência de cargos cujo poder está previamente normatizado e, então, um eventual abuso de seus atos é mais facilmente contestado. Ao contrário do poder econômico, cujos agentes estão escondidos em seus escritórios, bancos, indústrias, comércios ou lares – e cuja riqueza se legitima com o trabalho e a herança –, os operadores do direito e da política se organizam a partir do mundo localizável das instituições jurídicas estatais: é o Estado que investe policiais, delegados, promotores ou juízes de poderes e competências. Os campos político e jurídico acabam por ser o alvo primeiro – e, na curta crítica, também quase sempre o final – da insurgência e do combate dos movimentos progressistas, restando oculto, de seu horizonte, o núcleo econômico burguês. Se nesse diapasão de crítica ou de luta social fica à sombra, no plano mediato, o poder do capital, ficam também olvidadas, no plano imediato do direito e do Estado, suas próprias instituições. A crítica ao direito termina por ser, quase sempre, a crítica ao jurista, bem como a crítica à política acaba por ser ao político. E a denúncia contra os agentes do Estado e do direito em geral se baseia no descompasso entre ordenamento normativo e prática.” (MASCARO, Alysson Leandro. *Crise e golpe*. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 157.)

49 MASCARO, Alysson Leandro. *Crise e golpe*. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 159.

50 “Embora seu potencial variável, há, no entanto, alguns padrões comuns à educação jurídica nos países capitalistas, desde o século XIX até a atualidade: uma determinada visão filosófica conservadora do justo e da ordem; o privilégio da técnica em face da crítica e da formação humanística; o eixo das matrizes curriculares nas disciplinas privatísticas, penais e processuais; práticas pedagógicas tradicionais, como as técnicas de educação centradas na individualidade do docente e no valor da autoridade do doutrinador; a legitimação da educação jurídica pela inserção profissional e pelos resultados em concursos. [...] O jurista é burguês não porque desenvolve, logo no albor de sua formação nas faculdades, a intenção firme de escolher e portar a ideologia burguesa, mas simplesmente porque defende juridicamente os institutos burgueses. Se há ou não consciência ideológica ao jurista, isto é um fato suplementar. Há uma ideologia de fundo, inconsciente, que subjaz à prática do jurista e que o constitui. O mesmo com a educação jurídica. Ela não opera necessariamente de modo consciente: o jurista é ensinado, pratica, reproduz e ensina, muitas vezes, na base de uma naturalização dos institutos que maneja.” (MASCARO, Alysson Leandro. Sobre a educação jurídica. In: TAGLIAVINI, João Virgílio; SANTOS, João Luiz Ribeiro (orgs.). *Educação jurídica em questão: desafios e perspectivas a partir das avaliações*. São Carlos: OAB/SP, 2013, p. 44-45.)

Destarte, é impossível se pensar em uma magistratura absolutamente independente como postulam alguns de maneira idealista e até mesmo ingênua. O magistrado enquanto indivíduo inserido no contexto de uma sociedade capitalista não pode se furtar às balizas que a constituem. Não se trata aqui de afirmar que os juízes atuem de forma interessada ou deliberadamente em favor dos interesses burgueses – embora muitos assim o façam –, mas sim de constatar a realidade de que os magistrados, conquanto possam estar de boa-fé e imbuídos de nobres ideais de justiça, não têm como se desvencilhar da lógica mercantil que constitui o próprio cerne do Direito no capitalismo e da ideologia jurídica a ele atrelada.

## 5 Ativismo judicial, ideologia e os limites da forma jurídica: o caso brasileiro

O chamado ativismo judicial tem sido objeto de intensos debates no Brasil, especialmente nos últimos tempos. A própria atuação dos magistrados, em geral, é alvo de crescente controle social, impulsionado principalmente pelas coberturas efetuadas pelos meios de comunicação de massa. Além disso, os interesses econômicos em jogo exercem constante pressão sobre juízes e tribunais. A cobrança por celeridade na tramitação dos processos, através da estipulação de metas e da necessidade constante de apresentação de relatórios, reforça ainda mais o caráter técnico assumido pelo Poder Judiciário no capitalismo, especialmente com o advento do pós-fordismo<sup>51</sup>.

51 “Uma busca por maior controle social, somado à maior necessidade de se promover certeza e segurança jurídica, adquire maior importância neste modelo de desenvolvimento e, com isto, o Judiciário passa a ser visto como peça fundamental na criação de um ambiente seguro, estável, previsível e, assim, favorável ao regime de acumulação pós-fordista. Desde modo, embora a necessidade de manutenção da ordem social e a certeza e segurança jurídica sejam elementos intrínsecos ao capitalismo [...], o que se quer enfatizar aqui é que no pós-fordismo estes elementos ganham uma proeminência ainda maior, o

Magistrados chegam a “gabar-se” perante os órgãos de controle por decidirem sem o “viés ideológico”, sustentando que suas decisões são o resultado da observância dos estritos termos da lei. A segurança jurídica é alçada a valor fundamental, de modo que são combatidas as chamadas tentativas de “politização do Poder Judiciário”.

Nesse contexto, são condenadas por muitos as determinações judiciais de fornecimento de medicamentos a indivíduos necessitados, por exemplo, sob a alegação de que isso gera graves desequilíbrios orçamentários<sup>52</sup>. Sobre esse ponto, inclusive, fala-se em “judicialização da saúde”, sendo tal situação comentada por defensores e contraditores<sup>53</sup>. O ativismo judicial que se apresenta, nessas situações, é condenado por muitos<sup>54</sup>, ao ar-

que explica, inclusive, o maior protagonismo que assume o Poder Judiciário neste período. [...] E é em função desta nova conjuntura, com vistas a promover reformas que adequem o Judiciário a esta nova situação, que se inicia, sobretudo, na década de 1990, um discurso em prol de um Judiciário célere e eficiente, tal como ocorreu com as demais reformas neoliberais promovidas com a ascensão do pós-fordismo.” (GARDUCCI, Leticia Galan. *O Conselho Nacional de Justiça a partir do modo de regulação brasileiro no pós-fordismo: uma análise à luz da teoria da derivação*. Dissertação. Mestrado em Direito Político e Econômico. São Paulo, Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2014, p. 59.)

52 SILVA, Juvêncio Borges; JUCATELLI, João Paulo. Judicialização da saúde, ativismo judicial e o consequente desequilíbrio do orçamento público. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* – UNICEUB, v. 7, n. 1, p. 89-105, abr. 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4454>. Acesso em: 09 jul. 2019.

53 YAMAGUCHI, Cristina Keiko; ORSATTO, Silvio Dago-berto; BORGES, Gustavo. *Judicialização da saúde no Brasil*. Erechim: Deviant, 2017.

54 “Na categoria de ativismo mediante imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas, o exemplo mais notório provavelmente é o da distribuição de medicamentos e determinação de terapias mediante decisão judicial. A matéria ainda não foi apreciada a fundo pelo Supremo Tribunal Federal, exceto em pedidos de suspensão de segurança. Todavia, nas Justiças estadual e federal em todo o país, multiplicam-se decisões que condenam a União, o Estado ou o Município – por vezes, os três solidariamente – a custear medicamentos e terapias que não constam das listas e protocolos do Ministério da Saúde ou das Secretarias Estaduais e municipais. Em alguns casos, os tratamentos exigidos são experimentais ou devem ser realizados no exterior.” (BARROSO, Luís Roberto. Judi-

gumento de que significaria uma espécie de intromissão do Poder Judiciário na esfera do Poder Executivo. Há casos nos quais ainda se acusa o Judiciário de usurpar as funções típicas do Poder Legislativo.

Assim, é postulada a necessidade de intenso controle da atuação dos magistrados, consubstanciada em órgãos específicos para tanto e na alteração da legislação processual com vistas à uniformização das decisões, dotando a atividade do magistrado, especialmente nas instâncias inferiores, de um caráter eminentemente burocrático, embora com maior celeridade do que habitualmente se entende por burocracia, mediante a incorporação de valores empresariais tais como a fixação de metas e a constante busca por aumento da produtividade.



Fonte: [www.rawpixel.com](http://www.rawpixel.com)

Paradoxalmente, ao lado desse movimento, em determinadas situações, a atuação dos órgãos julgadores, especialmente na esfera penal, caracteriza-se, muitas vezes, pela aplicação do chamado “direito penal do

inimigo”<sup>55</sup>, em um regime de nítida exceção<sup>56</sup>. Cumpre observar que, geralmente, tal situação conta com o aplauso da sociedade e com a convivência dos órgãos de cúpula e de controle da atividade jurisdicional.

As leituras dos limites ao ativismo judicial vão desde aquelas juspositivistas estritas, as quais entendem que a atuação do magistrado deve se dar no âmbito da moldura normativa, passando pelas juspositivistas éticas, que valorizam a observância dos princípios, até aquelas não juspositivistas, todas elas com visões à esquerda e à direita. Assim, raras vezes, a questão é tratada de uma maneira efetivamente crítica, a partir de um mergulho na totalidade das relações sociais.

55 “O direito penal que encontra limites no direito constitucional deixa de existir, com o fomento da relativização das garantias individuais. É criado um Estado de exceção, que implanta o terror sob seus protegidos. Percebe-se que com a adesão à teoria do Direito Penal do Inimigo, o cidadão em desconformidade com a lei vira terrorista, deixa de ser uma pessoa de direito e sofre com o peso de um sistema que não leva em consideração um contraditório substancial, direitos mínimos para a defesa ou a garantia de uma pena adequada. Nesse ponto, o direito penal do inimigo encontra nexo de resultado com a figura do ativismo judicial no tocante à supressão de direitos e garantias individuais. A interpretação e criação da norma jurídica pelo juiz no sentido de suprimir direitos históricos em função de uma pseudo-eficiência viola a constituição e caracteriza um exemplo claro de retrocesso social, que desafia o cerne das regras de hermenêutica constitucional.” (JESUS, Júlio César Moreira de; PINTO JUNIOR, Alceu de Oliveira. Ativismo judicial e o direito penal do inimigo: o judiciário violador de garantias e direitos fundamentais. *Intertemas: Revista da Toledo Prudente, Presidente Prudente*, v. 20, 2015, p. 83. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/INTERTEMAS/article/view/6638>. Acesso em: 08 jul. 2019.)

56 “A exceção estará presente na jurisdição quando suas decisões se apresentarem como mecanismos de desconstrução do direito, com finalidade eminentemente política, seja pela suspensão da própria democracia – como ocorreu, por exemplo, na América Latina, em países como Paraguai e Honduras –, seja pela suspensão de direitos da sociedade ou parcela dela, como de fato ocorreu e ainda ocorre no Brasil. [...] Vale apontar que, em geral, a decisão jurisdicional de exceção não se declara como tal. Ela vem envolvida em fundamentações e justificativas aparentemente compatíveis com a ordem posta, e apenas sua adequada interpretação é capaz de desnudar a exceção.” (SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção*. São Paulo: Alameda, 2016, e-book.)

cialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *[Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012, p. 27. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 08 jul. 2019.)



As visões à esquerda, por vezes, buscam o alargamento dos limites normativos, especialmente de modo a dar efetividade aos direitos sociais. As visões à direita destacam-se, especialmente, na esfera penal por sua sanha punitivista. Não obstante, o ativismo judicial sofre críticas tanto por setores da esquerda quanto da direita, a depender das situações. Pelo lado da direita, postula-se uma observância aos estritos termos da lei, negando-se uma margem interpretativa ao magistrado, justamente nos casos em que os julgadores, em suas decisões, posicionam-se favoravelmente aos desprovidos de poder econômico. Por exemplo, se um magistrado, em observância ao princípio constitucional que garante a função social da propriedade, profere uma decisão que beneficia os sem-teto, logo é alvo de críticas atroz. Afinal, para esses setores da direita, princípios constitucionais não são estritamente normas. Por outro lado, há momentos em que a esquerda se posiciona contrariamente ao ativismo judicial, com receio da exacerbação dos poderes conferidos aos magistrados, notadamente na esfera penal, argumentando que tal se configuraria em um Estado de exceção.

O próprio termo *ativismo judicial*<sup>57</sup> é controverso e utilizado para designar situações diferentes, referindo-se tanto às atuações

das instâncias inferiores quanto das cortes superiores<sup>58</sup>. Costuma-se estabelecer uma distinção entre *judicialização*<sup>59</sup> e *ativismo judicial*. Sobre essa questão, observa Luís Roberto Barroso:

58 “Em meio à dificuldade de se definir o ativismo judicial, mas, em contrapartida, com a existência de diversos entendimentos sobre a temática, em uma tentativa de sistematizar as concepções existentes, é possível elencar, por exemplo, algumas perspectivas de abordagem: a) como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade) atos dos demais poderes; b) como sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização); c) como abertura à discricionariedade no ato decisório; d) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras. Ressalte-se que, apesar de ser possível identificar essas tendências no contexto da doutrina brasileira, fica difícil de encontrar o que se poderia chamar de posicionamentos puros. Na verdade, o que se pretende referir é que, na maioria das vezes, estes enfoques acabam se misturando e se confundindo, sem que haja, portanto, um compromisso teórico de se definir o que seja o ativismo. [...] O ativismo é gestado no seio do sistema jurídico. Trata-se de conduta adotada pelos juízes e tribunais no exercício de suas atribuições. Isto é, a caracterização do ativismo judicial decorre da análise de determinada postura assumida por um órgão/pessoa na tomada de uma decisão que, por forma, é investida de juridicidade. Com isso, dá-se um passo que está para além da percepção da centralidade assumida pelo Judiciário no atual contexto social e político, que consiste em observar/controlar qual o critério utilizado para decidir, já que a judicialização, como demonstrado, apresenta-se como inexorável.” (STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS 3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* – UNICEUB, v. 5, número especial, 2015, p. 56 e 58. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139>. Acesso em: 08 jul. 2019.)

59 “Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. [...] O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.” (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012, p. 24. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 08 jul. 2019.)

57 “Entende-se por *ativismo judicial* o papel criativo de tribunais ao contribuírem, de forma inovadora, para a construção do direito, decidindo sobre as peculiaridades do caso concreto e formando, por conseguinte, o precedente jurisprudencial, de forma antecipada à edição da lei. O termo é originário dos Estados Unidos da América, país adepto da *Common Law*. Tal família jurídica possui como uma de suas mais marcantes características a adoção da Jurisprudência como principal fonte de criação do direito. O termo *ativismo judicial* foi citado pela primeira vez também nos Estados Unidos, no ano de 1947. O jornalista Arthur Schlesinger Jr., em artigo publicado na revista *Fortune*, nomeou dessa forma a atuação da Suprema Corte Norte Americana, chamando “ativistas” os juízes que adotavam posturas menos contidas em suas decisões.” (POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila; FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *Ativismo judicial e Direito Penal do risco: novos desafios*. *Arquivo Jurídico*, Teresina/PI, v. 3, n. 1, jan./jun. 2016, p. 112. Disponível em: <http://www.ojs.ufpi.br/index.php/raj/article/view/5707>. Acesso em: 08 jul. 2019.)

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. [...] Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. [...] A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas<sup>60</sup>.

O ministro do Supremo Tribunal Federal também aponta que o ativismo judicial pode ocorrer tanto de maneira progressista quanto conservadora, tendo como origem a jurisprudência norte-americana, e cita como exemplos decisões da Suprema Corte dos

Estados Unidos, nas quais setores mais reacionários da sociedade chegaram a encontrar apoio para a manutenção de regimes de segregação racial, situação que, posteriormente, se inverteu completamente, com a proliferação de julgamentos contrários à discriminação, por exemplo<sup>61</sup>.

Lenio Streck, a seu turno, assume uma postura crítica em face do ativismo judicial<sup>62</sup>, distinguindo-o da judicialização, conforme segue:

A judicialização da política é um fenômeno, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial, porque decorre de condições sociopolíticas, bem como consiste na intervenção do judiciário na deficiência dos demais poderes. Por outro lado, o ativismo é gestado no interior da própria sistemática jurídica, constituindo num ato de vontade daquele que julga, isto é, caracterizando uma “corrupção” na relação entre os poderes, na medida em que há uma extrapolação dos limites na atuação do Judiciário pela via de uma

61 “As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (*Era Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953- 1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973).” (*Ibidem*, p. 26.)

62 “Quando estamos diante de uma postura ativista, temos uma decisão que vai além do próprio texto da Constituição, acarretando o que Hesse chama de *rompimento constitucional*, quando o texto permanece igual, mas a prática é alterada pelas práticas das maiorias. É o que ocorreu com a Constituição de Weimar e o nazismo.” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. São Paulo, Saraiva, 2017, p. 85.)

60 *Ibidem*, p. 25-26.



decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos<sup>63</sup>.

O autor gaúcho chega ainda a falar de uma espécie de “ativismo judicial à brasileira”, consubstanciado principalmente na “transposição equivocada de um conceito” e na “ausência de uma necessária adaptação do que se apreende do constitucionalismo norte-americano”<sup>64</sup>.

Gilberto Bercovici, por sua vez, também tece críticas ao ativismo judicial, especialmente à maneira pela qual ele foi recepcionado no caso brasileiro:

Nos EUA, o ativismo judicial funciona como uma faca de dois gumes, pois se

manifesta em decisões “progressistas” e “conservadoras”, em temas da moral, economia e política. Já no Brasil, para variar, sua recepção foi distorcida, tendo a “doutrina brasileira da efetividade” entendido o ativismo judicial como algo positivo, como caminho transformador e canal de posições progressistas. Todavia, na prática, o ativismo judicial no Brasil, especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, consiste em exacerbação do poder judicial e viabiliza retrocessos em termos de direitos e garantias fundamentais [...]”<sup>65</sup>.

Bercovici observa ainda que, por meio da adoção da postura ativista pelo Poder Judiciário, apresenta-se uma espécie de “esvaziamento da política”. Nas palavras dele:

Ao ser promulgada a Emenda Constitucional 45/2004, reafirmou-se não somente a súmula vinculante como a pretensão do Supremo Tribunal Federal de revestir-se na condição de soberano, como se fosse o único corpo político a deter a última palavra sobre quase tudo. O ativismo judicial disseminado em todas as instâncias do judiciário nacional confirmam nossas palavras, mesmo a qualquer olhar desatento. Cotidianamente, presencia-se um verdadeiro esvaziamento (*Ausräumung*) da política e dos políticos pelo Poder Judiciário. Surpreende – no Brasil e mesmo nas democracias europeias ou dos Estados Unidos – que pouco enfrentamento tenha tal cenário desencadeado da parte da sociedade e de outros poderes políticos<sup>66</sup>.

63 *Ibidem*, p. 87.

64 “É possível perceber que, no Brasil, sob o manto do ativismo judicial, a doutrina produziu uma leitura bastante peculiar sobre a atividade jurisdicional, que se manifesta em oscilações de aproximação e afastamento, sem qualquer pudor, entre a cultura jurídica do Brasil e a dos Estados Unidos. Com isso, não apenas se formou um imaginário sobre como pode ser teoricamente compreendido o exercício da jurisdição, mas também se influenciou diretamente a atuação de juízes e tribunais na contemporaneidade. Não seria demasiado afirmar, assim, que o atual contexto é marcado por um ativismo judicial à brasileira. [...] Assim, tomando-se como pressuposto os apontamentos que decorreram da aproximação entre as reflexões norte-americanas e o atual cenário constitucional brasileiro, a expressão ativismo judicial à brasileira evidencia duas importantes questões: primeiramente, a caracterização do ativismo judicial como experiência que não é própria (originária) do contexto brasileiro (neste sentido, à brasileira sinalizaria simplesmente para a conjugação de duas tradições). Por outro lado, pode também estar implícita uma crítica à utilização destes termos de modo despojado do contexto de seu surgimento, o que implica, a um tempo, a transposição equivocada de um conceito e, a outro, a ausência de uma necessária adaptação do que se apreende do constitucionalismo norte-americano – e é principalmente estes últimos dois sentidos que estão impressos neste trabalho. Por tudo o que já foi esclarecido, o ativismo judicial figura como um problema, carregado de um pragmatismo que torna a interferência judicial, nos moldes de um ativismo judicial à brasileira, perigosa, porque vinculada a um ato de vontade do julgador.” (STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS 3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* – UNICEUB, v. 5, número especial, 2015, p. 56 e 58. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139>. Acesso em: 08 jul. 2019.)

65 BERCOVICI, Gilberto; BELLO, Enzo; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. O fim das ilusões constitucionais de 1988? *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 12, 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/37470>. Acesso em: 12 jul. 2019.

66 BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. Separação de poderes e a constitucionalidade da PEC nº 33/2011. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 18, n. 3, set./dez. 2013, p. 792. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2810>. Acesso em: 12 jul. 2019.

Não nos deteremos sobre as controvérsias acerca do conceito de ativismo judicial e das disputas em torno de seus limites em face do ordenamento jurídico<sup>67</sup> – considerando que tais questões costumam ser tratadas a partir de leituras juspositivistas e não juspositivistas –, pois constatamos ser fundamental que a abordagem dessa temática possa se apresentar em uma perspectiva materialista e estrutural. O ativismo judicial – ainda que extrapole os contornos normativos, rompendo a apregoadada fronteira entre Direito e política e tornando o Poder Judiciário, em certa medida, partícipe do processo legislativo – não é capaz de transbordar os limites da forma jurídica e, por conseguinte, é insuficiente para elidir o Direito.

Sem adentrarmos também nas polémicas sobre o possível desequilíbrio que o ativismo judicial geraria na tripartição dos poderes<sup>68</sup>, podemos simplesmente destacar

que a atuação do magistrado, em esfera mais ou menos ampla, não tem o condão de alterar estruturalmente o Direito e a sociedade. A atuação política do magistrado, mesmo que se dê de modo reacionário ou mesmo progressista, não se presta a abalar os alicerces do Direito que se encontram no próprio capitalismo. O magistrado individualmente age de maneira isolada, logo, evidentemente, suas decisões possuem caráter pontual. Ainda que vários magistrados ou os próprios tribunais julguem no mesmo sentido, por exemplo, de modo progressista, isso ocorre no contexto do já dado resultado da conformação entre forma jurídica e forma política estatal. A própria forma jurídico-processual não se altera simplesmente pelo fato da ruptura com os estritos parâmetros normativos.

O Poder Judiciário está inserido no arcabouço dos aparatos estatais, logo sua própria existência encontra-se sempre atrelada à reprodução do modo de produção capitalista. Assim sendo, não há que se falar em plena independência do Poder Judiciário, pois não há como pensá-lo de maneira dissociada da estrutura social na qual está inserido.

Recentemente, a fala de um político brasileiro gerou bastante polémica ao asseverar: “para fechar o STF bastam um cabo e um soldado”. Essa frase é emblemática e verdadeira, ainda que parcialmente. Com efei-

67 “Por ativismo judicial, deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes. [...] Uma vez conceituado o ativismo judicial como o desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional, é preciso situar a temática no contexto de determinado sistema jurídico se quisermos avançar em relação ao estabelecimento de critérios que permitam a caracterização de tal ou qual decisão como ativista.” (RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2015, e-book.)

68 “Há que se reconhecer que a estrutura funcional do Estado brasileiro, sua engenharia, padece de problemas por causa de uma crise de identidade de modelo, optamos por um mix entre o modelo de controle de constitucionalidade europeu, por cortes constitucionais, que representam os Poderes, logo, se pondo acima deles e controlando em abstrato a validade de atos de todos eles e o modelo americano, que realiza o controle a partir de casos concretos julgados pelo Judiciário e que vinculam tribunais inferiores, mas que não tem o condão de invalidar em abstrato leis e atos legislativos [...]. Assim o Judiciário, embora sendo um dos Poderes da República, que deveria guardar harmonia com os demais, acabou sendo posto

num papel superior, podendo controlar abstratamente a validade de leis e atos normativos face à Constituição. De fato perdemos a chance em 1988 de criar uma corte constitucional, composta por julgadores indicados pelos três Poderes, que representasse a sociedade e controlasse abstratamente a validade constitucional de atos dos Poderes indistintamente. A este problema estrutural se agrega o conjuntural, do ativismo judicial, que tem levado o Judiciário a interpretar a Constituição segundo crenças privadas do julgador e não face ao sentido do texto normativo, passando o Judiciário, muitas vezes, a um papel político instaurador e não se autocontendo nos limites jurídicos de interpretação das normas postas.” (SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *Única solução pacífica e civilizada possível é cumprir ordem judicial*. O Estado de S. Paulo, 22 nov. 2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,analise-unicasolucao-pacifica-e-civilizada-possivel-e-cumprir-ordem-judicial,70002092693>. Acesso em: 13 jul. 2019.)

to, a força militar pode se sobrepor ao Poder Judiciário. A história de nosso país demonstra isso, quando, durante o Estado de exceção, que se apresentou durante a ditadura militar iniciada 1964, vários magistrados foram cassados<sup>69</sup> e o Supremo Tribunal Federal se tornou um “enfeite institucional”<sup>70</sup>, com nítido enfraquecimento da magistratura brasileira<sup>71</sup>. Contudo, ainda que a sujeição da Suprema Corte de nosso país tenha se dado de modo imediato, por meio da força militar, a efetiva determinação se apresentava, em última instância, pelo capital.

Também em um contexto democrático, o Poder Judiciário não tem como escapar da constrição das formas sociais capitalistas, pois ele próprio é fruto da conformação entre elas. Portanto, não há como se promover uma alteração de caráter estrutural na sociedade, por meio da atuação dos magistrados, mesmo que as decisões provenham dos órgãos de cúpula.

Inegavelmente, o Poder Judiciário é atravessado pela luta de classes inerente ao modo de produção capitalista. Assim sendo, é fácil observar que há a possibilidade de que

decisões judiciais possam ora favorecer os mais necessitados, ora o grande capital, bem como pautas progressistas podem ou não ser encampadas pelos julgadores, a depender dos clamores sociais e do posicionamento político dos magistrados, sendo que, nesses casos, a pecha de ativistas costuma recair justamente sobre os julgadores que não se alinham imediatamente aos interesses do capital, conforme salienta Mascaro:

Por ativismo judicial indesejado acusar-se-á somente a hermenêutica mais avançada sobre os princípios constitucionais. As possibilidades interpretativas progressistas serão denunciadas. Para muitas vozes, a perpetuação da ordem conservadora é reiterada como o “normal”. Trata-se da luta na sociedade transbordando para seu momento judiciário. Por dentro das disputas em torno do poder judiciário, perpassam as mesmas contradições e embates da sociedade<sup>72</sup>.

Há inclusive limites imediatos ao ativismo judicial progressista dos magistrados, como, por exemplo, o propalado princípio da “reserva do possível”. Nesse sentido observa Josué Mastrodi:

A reserva do possível é a forma pela qual o próprio Estado, o próprio Judiciário reconhece que não tem condição material de conceder direitos na medida da necessidade das pessoas, mas apenas na medida da capacidade do Estado de prover tais direitos. Tal compreensão já é corrente nos tribunais superiores, de modo que, ainda que os juízes deixem a reserva do possível de lado e concedam todos os direitos fundamentais que os autores requererem, tais decisões seriam fatalmente revisadas. O próprio judiciário tem, assim, imposto limites ao seu ativismo<sup>73</sup>.

69 FREITAS, Vladimir Passos de. O Poder Judiciário brasileiro no regime militar. *Consultor Jurídico*, 20 de dezembro de 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-dez-20/segunda-leitura-poder-judiciario-brasileiro-regime-militar>. Acesso em: 08 jul. 2019.

70 OLIVEIRA, Mariana. Golpe de 1964 fez do Supremo um “enfeite institucional”, diz pesquisador. *G1 – Política*, 30 mar. 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/50-anos-do-golpe-militar/noticia/2014/03/golpe-de-1964-fez-do-supremo-um-enfeite-institucional-diz-pesquisador.html>. Acesso em: 08 jul. 2019.

71 “Instaurado o regime de exceção empresarial-militar com o golpe de Estado de 1964, manteve-se *pro forma* a vigência do ordenamento constitucional, com a supressão de fato das liberdades e garantias individuais, bem como dos direitos sociais. Em 13 de dezembro de 1968, o chamado Ato Institucional nº 5 emasculou a magistratura, ao decretar a suspensão oficial das garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade (art. 6º), além de oficializar a suspensão do *habeas corpus* ‘nos casos de crimes políticos contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular’ (art. 10). Isto quanto à Justiça Civil, pois a Justiça Militar, durante toda a duração do regime autoritário, colaborou vergonhosamente na repressão dos opositores políticos.” (COMPARATO, Fábio Konder. O poder judiciário no Brasil. *Cadernos IHU Ideias*, ano XIII, n. 222, v. 13, 2015, p. 16.)

72 MASCARO, Alysson Leandro. *Crise e golpe*. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 178.

73 MASTRODI, Josué. Dos limites do ativismo judicial na

Não se pode perder de vista que a atuação dos magistrados, em nossa época, se dá a partir das formas sociais capitalistas e é norteada pelo constructo ideológico burguês que se reproduz por meio dos aparelhos ideológicos. Nesse contexto, os meios de comunicação de massa, por exemplo, desempenham papel fundamental na construção dos paradigmas que balizam o funcionamento do sistema jurídico e, inclusive, as próprias decisões judiciais<sup>74</sup>.

Nos últimos tempos, cada vez mais, tem-se uma espetacularização dos julgamentos com magistrados transformados em heróis por atuarem no combate à corrupção. A sanha

punitivista e o clamor público são fortemente estimulados pelos meios de comunicação de massa, fomentando o apoio de grande parte da população às grandes operações que envolvem polícia, Ministério Público e Poder Judiciário e que, em diversos casos, desobedecem às garantias constitucionais de presunção de inocência e do devido processo legal.

A ideologia jurídica, nesse ponto, opera de modo perverso, inclusive, na mentalidade de setores da própria esquerda, os quais, por exemplo, mesmo diante das inúmeras denúncias de abusos praticados durante a Operação Lava Jato, defenderam, com ingênuo idealismo, a continuidade da operação sem quaisquer modificações nos procedimentos adotados, ao argumento de que a corrupção deveria ser combatida e que os culpados por sua prática deveriam ser punidos, esquecendo-se de que a corrupção é intrínseca ao modo de produção capitalista<sup>75</sup>.

A crença no Direito como instrumento de “salvação da pátria”, “doa a quem doer”, é o móvel das atuações de diversos magistrados e órgãos julgadores, com amplo apoio popular.

concessão de direitos fundamentais (ou sobre a Hercúlea função de enxugar gelo). In: KASHIURA JR., Celso Naoto; AKAMINE JR., Oswaldo; MELO, Tarso de. *Para a crítica do Direito*: reflexões sobre teorias e práticas jurídicas. São Paulo: Outras Expressões/Editorial Dobra: 2015, p. 688.

74 “Os mecanismos ideológicos, controlados por meios de comunicação de massa, penetram por todos os campos da vida social, sendo o direito um deles, com práticas exemplares e eminentes nesse sentido. O jurista é afetado diretamente por pautas, valores, interpretações e horizontes daquilo que é notícia, porque sua informação sobre os fatos é, via de regra, a mesma dos meios de comunicação de massa. [...] Duas grandes vertentes se abrem nessa imbricação de ideologia, aparelhos de comunicação de massa e prática jurídica. A primeira delas se descortina no próprio mundo do direito: a incorporação de tal conjunção como prática política do jurista. Um caso jurídico tem mais peso e ganha ares de importância quando a imprensa o anuncia. Isso faz com que haja um pendor por bons acessos dos operadores do direito aos meios de comunicação de massa. Essa política, que a princípio pode parecer útil aos próprios fatos em tela, por serem divulgados e levados a conhecimento público, faz também com que se perca uma isenção necessária diante de outros fatos semelhantes, obriga a alcançar pressões sociais que são, de início, desconhecidas dos fatos e, em especial, torna a maquinaria jurídica, acoplada aos meios de comunicação de massa, um jogo de sombras e luzes. O poder do arbítrio jurídico se majora quando amplificado, iluminado ou ocultado pela imprensa. Ao mesmo tempo, uma segunda vertente se abre de forma peculiar: a captura do mundo jurídico e judiciário pelos meios de comunicação de massa. O mesmo jogo de sombras e luzes da simbiose entre juristas e imprensa faz com que a segunda se torne a *ultima ratio* da opinião pública, do julgamento ‘apropriado’ e da constituição do que seja escandaloso ou normal. Com isso, o mundo jurídico não resiste a ser um terceiro diante dos aparelhos de comunicação. Trata-se de sua plena captura pela ideologia.” (MASCARO, Alysso Leandro. *Crise e golpe*. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 142.)

75 “A corrupção é estrutural do capitalismo. A mercadoria atravessa a tudo e a todos, e a intermediação dos vínculos jurídicos por estratégias de favorecimento pessoal é não uma negação da natureza desses vínculos, mas uma de suas possibilidades, sendo, aliás, em modelos médios de reprodução capitalista, sua possibilidade central e provável. Nesse nível estrutural, o capital, podendo a tudo e a todos comprar, apenas se confirma quando a corrupção é dada. Não há limites éticos, morais, culturais ou sociais ao moto-contínuo da determinação econômica capitalista – a acumulação não reconhece fronteiras. Há uma especificidade da corrupção no capitalismo, na medida em que ela é, em alguma medida, uma negação da legalidade, que, por sua vez, é sustentada pela forma jurídica e pela forma política estatal, as quais espelham a própria forma mercantil. A corrupção, assim, é uma contradição necessária da reprodução capitalista, pois revela que as formas sociais pelas quais o capitalismo se estrutura não estabelecem um circuito lógico ou funcional de acoplamento. O capital só existe com o direito e o Estado – sendo a legalidade a resultante da conformação dessas formas –, mas, ao mesmo tempo, toda ordem estatal e toda legalidade só existem em função do capital. Com isso, o poder do capital e as estratégias da acumulação atravessam negativamente o solo da legalidade, que é, também, sua própria condição de existência.” (MASCARO, Alysso Leandro. *Crise e golpe*. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 131-132.)



Tais situações, muitas vezes, escamoteiam interesses escusos de embates entre a burguesia estrangeira e a burguesia nacional. Membros do Poder Judiciário, nessas situações, servem de instrumentos de maneira consciente ou inconsciente aos interesses burgueses.

Destarte, quando tratamos da temática do ativismo judicial, em suas mais diferentes acepções e manifestações, o fundamental é que tenhamos como norte a percepção de que todas as movimentações realizadas no horizonte jurídico – sejam elas progressistas, conservadoras ou reacionárias – são incapazes de perfazerem uma efetiva alteração em nossa sociedade, a qual se estrutura a partir da lógica mercantil. Nesse sentido observa Mascaro:

O campo do direito, do Estado e dos poderes judiciários é ainda o sintoma de um mundo explorado por contrato, por lei e por ordem, pela acumulação e pelo capital. Não são a ação processual nem o recurso junto a esse mesmo mundo que nos libertarão dele<sup>76</sup>.

A sociedade capitalista apresenta-se como um todo complexo estruturado<sup>77</sup>, no qual o Direito desempenha um papel basilar. No momento presente da crise brasileira, inegável a presença da sobredeterminação jurídica, considerando que a atuação de magis-

trados e tribunais influenciou decisivamente o cenário político e econômico da atual conjuntura<sup>78</sup>. Contudo, não se pode negligenciar que, no modo de produção capitalista, a determinação econômica se apresenta em última instância, conforme a lição de Althusser<sup>79</sup>.

As leituras rasas do Direito e das instituições jurídicas costumam se apresentar descoladas de um estudo científico da realidade social, limitando-se a discutir as atribuições do Poder Judiciário e a possibilidade ou não de ativismo judicial em face do nosso sistema jurídico, esquecendo-se de que a própria juridicização das demandas sociais constitui-se em corolário e, ao mesmo tempo, em reforço da forma jurídica e da ideologia burguesa e, por conseguinte, do próprio capitalismo. Sem desmerecer as importantes lutas progressistas que se travam nessas trincheiras, com relevância inegável no aspecto conjuntural, o fato é que a busca por uma sociedade estruturalmente transformada e emancipada das explorações e opressões deve se dar a partir da concretude das relações sociais, com vistas

76 MASCARO, Alysson Leandro. Prefácio. In: GRILLO, Marcelo Gomes Franco. *Direito processual e capitalismo*. São Paulo: Dobra Universitária; Outras Expressões, 2017, p. 15.

77 “A sociedade capitalista, com o modo de produção a ela inerente, não se constitui numa totalidade com compartimentos estanques, mas sim num todo social complexo estruturado, ou seja, num todo orgânico, de certo modo hierarquizado, contextualizado em seu tempo específico e na sua história peculiar, composto de instâncias que se relacionam constantemente. Assim sendo, ‘esses “níveis” são articulados uns com os outros de uma maneira complexa’. Logo, ao mesmo tempo em que não se pode negar uma determinação pela economia, em última instância; verifica-se uma conjugação de determinações diversas, gerando o que Althusser denomina de sobredeterminação.” (MAGALHÃES, Juliana Paula. *Marxismo, humanismo e direito*: Althusser e Garaudy. São Paulo: Ideias & Letras, 2018, p. 179.)

78 “Proponho pensar a crise brasileira como crise das formas sociais na formação social brasileira. Sua leitura se dá a partir de dois eixos: sua determinação e sua sobre-determinação. Ela é determinada economicamente (em um processo que atravessa a política) e sobredeterminada juridicamente. Trata-se de uma crise capitalista, passando três de suas formas determinantes: a forma-mercadoria, no que tange à acumulação e à valorização do valor; a forma política estatal, quanto aos variados modelos de administração política da economia e da luta de classes; e a forma jurídica, em sua conformação com a forma política estatal em aparatos e aparelhos de legalização, perseguição e julgamento, como os tribunais. Assim sendo, pelos dois eixos da crise se desdobram três contradições das formas sociais capitalistas: 1) em sua determinação, a) crise da forma-valor e b) crise da forma política; 2) em sua sobredeterminação, crise da forma-direito. [...] A crise brasileira presente tem determinação econômica – com correlata repercussão política – e, por sobredeterminação, o direito. É no campo jurídico que se vem assentando o imediato da decisão institucional e, mesmo, da condução da governança política atual, na medida da proeminência obtida pelo poder judiciário, que sagra procedimentos, criminaliza, prende e protege sujeitos, conhece e desconhece situações e fatos, procrastina e acelera feitos, abala seletivamente partidos, empresas e governos.” (MASCARO, Alysson Leandro. *Crise e golpe*. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 23 e 50.)

79 ALTHUSSER, Louis. *Por Marx*. Trad. Maria Leonor F. R. Loureiro. Campinas: UNICAMP, 2015, p. 89.



à ruptura com o mundo da mercadoria e das formas sociais que dela derivam.

## 6 Conclusão

Em nosso artigo, buscamos traçar um panorama geral acerca do papel da magistratura no capitalismo, a partir de uma perspectiva crítica. Diferentemente das visões juspositivistas e não juspositivistas, tratamos da questão por meio de uma abordagem materialista, calcada na concretude das relações sociais.

O Direito é inerente e estrutural ao modo de produção capitalista. As manifestações existentes nas sociedades antigas e feudais, ainda que se denominassem jurídicas, consubstanciavam-se em práticas completamente distintas da atualidade, inclusive, do ponto de vista conceitual. É apenas com a mercantilização do trabalho e a consequente universalização da forma mercantil que o Direito passa a existir enquanto forma social nucleada na subjetividade jurídica, de acordo com Evguiéni Pachukanis.

A forma política estatal é, igualmente, corolário do capitalismo e distinta dos núcleos de poder existentes nos modos de produção anteriores. O Estado concebido como ente terceiro, apartado das classes, é uma especificidade da sociedade capitalista. Tanto forma jurídica quanto forma política estatal são diretamente derivadas da forma-mercadoria, passando por um processo de conformação, nos dizeres de Alysson Leandro Mascaro, engendrando formas sociais residuais, tais como a forma jurídico-processual. Logo, o Direito processual é necessariamente produto do modo de produção capitalista. Nesse contexto, a figura do juiz imparcial adquire caráter fundamental.

Ainda que muitos busquem enxergar uma espécie de identidade entre as funções dos magistrados na Antiguidade e nos dias atuais, em uma concepção histórica de cunho evolucionista, o fato é que, não obstante

as nomenclaturas similares, o juiz antigo nada tem a ver com o juiz contemporâneo. A atuação dos magistrados no capitalismo se dá a partir das formas sociais inerentes a esse modo de produção. Assim, o Poder Judiciário, tal como hoje se apresenta, possui caracteres específicos que o distinguem estruturalmente de todas as manifestações pré-capitalistas da atividade judicante.

Para compreensão da atuação dos magistrados na contemporaneidade, o estudo da questão da ideologia é primordial. Louis Althusser desenvolveu avanços notáveis acerca desse tema, demonstrando que a ideologia é resultante de práticas materiais, operando no inconsciente dos indivíduos e constituindo-os em sujeitos. Portanto, no contexto da sociedade capitalista, presidida pela forma mercantil e pelas formas sociais que dela derivam, a ideologia jurídica passa a ser o núcleo basilar de todo o arcabouço ideológico desse modo de produção. Os seres humanos passam, nesse contexto, a ser concebidos como sujeitos de direito e isso se dá como consequência direta da materialidade das relações sociais. Logo, forma jurídica e ideologia estão estruturalmente imbricadas.

Conforme a lição de Althusser, ao lado dos aparelhos repressivos de Estado, tem-se os aparelhos ideológicos de Estado, os quais atuam, primordialmente, por meio da ideologia, desempenhando função essencial na reprodução social geral, constituindo as subjetividades de todos os indivíduos, inclusive, dos magistrados. Ademais, no caso dos operadores do Direito, de maneira geral, existe uma espécie de reforço ideológico, consubstanciado na própria educação jurídica, de caráter eminentemente técnico e conservador.

Em relação à atuação dos magistrados, seria ilusório se pensar em plena independência, pois a constrição pelas formas sociais capitalistas apresenta-se inexoravelmente, uma vez que tanto o Direito quanto o Estado se constituem em meros produtos do capitalismo. Logo, os debates acerca do ativismo ju-

dicial que se desenrolam na atualidade devem ser pensados em uma perspectiva materialista. O Poder Judiciário não pode ser analisado separadamente da realidade social na qual se insere. O capitalismo esculpe a jurisdição dotando-lhe de contornos próprios, os quais ganham caracteres ainda mais destacadamente tecnicistas no contexto do pós-fordismo.

As discussões sobre a temática do ativismo judicial no caso brasileiro, independentemente da postura adotada por defensores

e contraditores de tal prática, limitam-se, geralmente, ao horizonte da ideologia jurídica. Contudo, com base em uma leitura marxista – ainda que se possa reconhecer a presença de magistrados valorosos e comprometidos com a transformação social –, constatamos que a própria existência do Poder Judiciário, tal como ele se apresenta no capitalismo, é corolário da estrutura exploratória que caracteriza a sociedade de nosso tempo.

## Referências

ALTHUSSER, Louis. Idéologie et appareils idéologiques d'État. In: *Positions*. Paris: Editions Sociales, 1976.

ALTHUSSER, Louis. *Por Marx*. Trad. Maria Leonor F. R. Loureiro. Campinas: UNICAMP, 2015.

ALTHUSSER, Louis. Sustentação de tese em Amiens. Trad. Rita Lima. In: *Posições 1*. Rio de Janeiro: Graal, 1978.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *[Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 08 jul. 2019.

BERCOVICI, Gilberto; BELLO, Enzo; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O fim das ilusões constitucionais de 1988? *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1769-1811, 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/37470>. Acesso em: 12 jul. 2019.

BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Separação de poderes e a constitucionalidade da PEC nº 33/2011. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 785-801, set./dez. 2013. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2810>. Acesso em: 12 jul. 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. O poder judiciário no Brasil. *Cadernos IHU Ideias*, ano XIII, n. 222, v. 13, 2015.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013.

FREITAS, Vladimir Passos de. O Poder Judiciário brasileiro no regime militar. *Consultor Jurídico*, 20 de dezembro de 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-dez-20/segunda-leitura-poder-judiciario-brasileiro-regime-militar>. Acesso em: 08 jul. 2019.

GARDUCCI, Leticia Galan. *O Conselho Nacional de Justiça a partir do modo de regulação brasileiro no pós-fordismo: uma análise à luz da teoria da derivação*. Dissertação. Mestrado em Direito Político e Econômico. São Paulo, Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2014.

GRILLO, Marcelo Gomes Franco. *Direito processual e capitalismo*. São Paulo: Dobra Universitária; Outras Expressões, 2017.

JESUS, Júlio César Moreira de; PINTO JUNIOR, Alceu de Oliveira. Ativismo judicial e o direito penal do inimigo: o judiciário violador de garantias e direitos fundamentais. *Intertemas: Revista da Toledo Prudente, Presidente Prudente*, v. 20, p. 72-89. 2015. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/INTERTEMAS/article/view/6638>. Acesso em: 08 jul. 2019.

MAGALHÃES, Juliana Paula. *Marxismo, humanismo e direito*: Althusser e Garaudy. São Paulo: Ideias & Letras, 2018.

MARX, Karl. *Grundrisse*. Trad. Mario Duayer e Nélcio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2011.

MARX, Karl. *O Capital*. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013.

MASCARO, Alysson Leandro. *Crise e golpe*. São Paulo: Boitempo, 2018.

MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013.

MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do Direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MASCARO, Alysson Leandro. Formas sociais, derivação e conformação. *Revista Debates*, Porto Alegre, v. 13, n. 1, p. 5-16, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/debates/article/view/89435>. Acesso em: 24 maio 2019.

MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do Direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MASCARO, Alysson Leandro. Prefácio. In: GRILLO, Marcelo Gomes Franco. *Direito processual e capitalismo*. São Paulo: Dobra Universitária; Outras Expressões, 2017.

MASCARO, Alysson Leandro. O contexto sociológico da segurança jurídica e da discricionariedade judicial. *Revista Acadêmica da EMAG*, São Paulo, TRF3, v. 3, 2011.

MASCARO, Alysson Leandro. Sobre a educação jurídica. In: TAGLIAVINI, João Virgílio; SANTOS, João Luiz Ribeiro (orgs.). *Educação jurídica em questão: desafios e perspectivas a partir das avaliações*. São Carlos: OAB/SP, 2013.

MASTRODI, Josué. Dos limites do ativismo judicial na concessão de direitos fundamentais (ou sobre a Hercúlea função de enxugar gelo). In: KASHIURA JR., Celso Naoto; AKAMINE JR., Oswaldo; MELO, Tarso de. *Para a crítica do Direito*: reflexões sobre teorias e práticas jurídicas. São Paulo: Outras Expressões/Editorial Dobra: 2015.

NAVES, Márcio Bilharinho. *Marxismo e Direito*: um estudo sobre Pachukanis. São Paulo: Boitempo, 2013.

OLIVEIRA, Mariana. Golpe de 1964 fez do Supremo um “enfeite institucional”, diz pesquisador. *G1 – Política*, 30 mar. 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/50-anos-do-golpe-militar/noticia/2014/03/golpe-de-1964-fez-do-supremo-um-enfeite-institucional-diz-pesquisador.html>. Acesso em: 08 jul. 2019.

PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria geral do Direito e marxismo*. Trad. Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017.

POZZEBON, Fabricio Dreyer de Ávila; FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. Ativismo judicial e Direito Penal do risco: novos desafios. *Arquivo Jurídico*, Teresina/PI, v. 3, n. 1, p. 105-115, jan./jun. 2016. Disponível em: <http://www.ojs.ufpi.br/index.php/raj/article/view/5707>. Acesso em: 08 jul. 2019.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2015, e-book.

SAMPEDRO, Francisco. A teoria da ideologia de Althusser. Trad. Márcio Bilharinho Naves. In: NAVES, Márcio Bilharinho (org.). *Presença de Althusser*. Campinas: Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, 2010.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *Autoritarismo e golpes na América Latina*: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. São Paulo: Alameda, 2016, e-book.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Única solução pacífica e civilizada possível é cumprir ordem judicial. *O Estado de S. Paulo*, 22 nov. 2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,analise-unica-solucao-pacifica-e-civilizada-possivel-e-cumprir-ordem-judicial,70002092693>. Acesso em: 13 jul. 2019.

SILVA, Juvêncio Borges; JUCATELLI, João Paulo. Judicialização da saúde, ativismo judicial e o consequente desequilíbrio do orçamento público. *Revista Brasileira de Políticas Públicas – UNICEUB*, v. 7, n. 1, p. 89-105, abr. 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4454>. Acesso em: 09 jul. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. São Paulo, Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS 3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas – UNICEUB*, v. 5, número especial, p. 51-61, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139>. Acesso em: 08 jul. 2019.

THÉVENIN, Nicole-Edith. *Révisionnisme et philosophie de l'aliénation*. Paris: Christian Bourgois, 1977.

VILLEY, Michel. *La formation de la pensée juridique moderne*. 2. ed. Paris : PUF, 2013.

VILLEY, Michel. *Philosophie du droit*. Définitions et fins du droit. Le moyens du droit. Paris: Dalloz, 2001.

YAMAGUCHI, Cristina Keiko; ORSATTO, Silvio Dagoberto; BORGES, Gustavo. *Judicialização da saúde no Brasil*. Erechim: Deviant, 2017.





## Da inadequação do artigo 185 do Código Tributário Nacional aos postulados constitucionais



### **José Antônio Lomonaco**

Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela UMSA, Buenos Aires. Mestre em Direito Empresarial pela Universidade de Franca. Professor. Analista Judiciário. Subseção de Barretos, SP.

**RESUMO:** O presente artigo pretende estimular o debate sobre a presunção absoluta de fraude em caso de alienações de bens por sujeito passivo de crédito tributário inscrito em dívida ativa, bem como a inadequação da norma do artigo 185 do Código Tributário Nacional que afronta o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tributário. Fraude. Alienação. Constituição. Violação.

**ABSTRACT:** This article aims to stimulate the debate regarding the absolute presumption of fraud allegedly perpetrated by taxpayers related to a annotated tax debt, and the inadequacy of the rule of article 185 of the National Tax Code, which collides with article 5º, subsection XXXV, of the Constitution.

**KEYWORDS:** Tax. Fraud. Sale. Constitution. Violation.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 A edição da norma do artigo 185 do Código Tributário Nacional no ordenamento jurídico nacional. 2.1 A constituição sigilosa do crédito tributário em relação a terceiros. 3 Imperativo de interpretação restritiva. 4 Interpretação jurisprudencial que “acrescenta” elemento conceitual inexistente na norma. 5 Inadequação da norma frente aos direitos e garantias individuais. 6 Movimentação dos legitimados em provocar o STF para apreciar o tema. 7 Conclusão. Referências.

## 1 Introdução

As questões tributárias sempre foram objeto de inúmeros estudos, e diversas manifestações doutrinárias, ora reforçando o caráter de seu imenso interesse público, ora entabulando versões interpretativas versadas para o interesse particular, em especial no que se refere à proteção de direitos e garantias individuais.

Nesta seara, há variadas tendências hermenêuticas que levam em conta a natureza restritiva da norma, e, por isto, enveredam pela interpretação restritiva, bem como, em sentido oposto, inúmeras outras que se deixam levar pela orientação *pro societatis*, e versejam por interpretação não tão restritiva assim.

O que se pretende fazer, aqui, é colocar à luz do debate a orientação constitucional garantista, em especial no que se refere à negação de um dos principais postulados do texto maior, qual seja, o de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, tal como insculpido na norma do artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Cidadã.

E assim o é porque pouco ou quase nada se debate sobre o assunto, sendo raras as oportunas manifestações quanto ao tema. Ao contrário, o que há, em profusão, é a miríade de decisões que enveredam pela presunção absoluta da fraude, e afastam a análise jurisdicional do tema, dando ensejo às mais variadas e cruéis decisões.

Daí a importância deste *paper*.

## 2 A edição da norma do artigo 185 do Código Tributário Nacional no ordenamento jurídico nacional

Sempre houve na comunidade brasileira a ideia de que, a fim de proteger patrimônio, o ideal seria “tirar do nome” imóvel, ou outros bens, a fim de que não fossem alcançados

pelas constrições judiciais, mormente as inseridas no universo das Execuções Fiscais.

Em razão disso, o texto originário do artigo 185 do Código Tributário Nacional previa que:

Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução.

Esse texto foi modificado pela Lei Complementar nº 118/2005, que suprimiu a expressão “em fase de execução”. Assim, resultou na seguinte redação:

Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa.

A supressão da expressão “em fase de execução” passou a considerar fraudulenta toda alienação promovida por pessoa em débito com a Fazenda desde que esteja inscrito em dívida ativa.

E a alteração se deu em face da necessidade de se impor à Fazenda o ajuizamento de ação pauliana para revogar alienação supostamente com fraude a credores, o que demandaria custos e tempo.

Entretanto, a forma escolhida, a nosso ver, não foi a mais adequada, diante do quanto a seguir se expõe.

Vale dizer, a atividade legislativa apurou o normativo para o fim de preservar a atividade jurisdicional tributária *pro Fisco*, em detrimento das garantias e direitos individuais, ao lançar sobre os atos dos particulares, relativamente a seu patrimônio, a incerteza da fraude, o epíteto da desonestidade e a mácula dos atos dos ímpios.



Fonte: [www.amazonasatual.com.br](http://www.amazonasatual.com.br)

A elaboração de tal norma deriva do momento peculiar por que passava a sociedade brasileira, submetido o Fisco as mais variadas elaborações e construções jurídicas com vistas a eliminar o risco de perda de patrimônio por conta de dívidas tributárias. O *zeitgeist* de então era o de impedir, eliminar ou diminuir o risco de calote tributário.

O normativo merece reparos na medida em que parte da equivocada premissa da fraude dos atos translativos da propriedade quando celebrados após a inscrição dos créditos tributários no sistema de dívida ativa, de forma absoluta, sem permissivo de produção de prova em contrário, suprimindo, por norma infraconstitucional, os direitos civis assegurados pela Carta Magna.

E aí reside o perigo.

2.1 A constituição sigilosa do crédito tributário em relação a terceiros

Como sabido, a inscrição em dívida ativa pressupõe a existência de um Procedimento Administrativo Fiscal (PAF), em relação ao qual tem acesso somente o interessado devedor e a Fazenda, não sendo possível a terceiro obter informação sobre tal procedimento, sob o fundamento da proteção ao sigilo fiscal.

Assim é que, ao consultar os serviços informativos dos Tribunais, os Federais inclusive, o terceiro interessado recebe a in-

formação, pela certidão de distribuição, que não há ações fiscais contra o alienante, muito embora exista, ou possa existir, contra ele, PAF constitutivo de crédito tributário.

Da mesma forma ocorre em relação aos Tribunais Estaduais, com a emissão ou expedição de certidões negativas, em especial as obtidas por meio eletrônico, nas hipóteses em que sejam “negativas”, ou, pior, quando indicado que as “informações fiscais impedem a emissão da certidão”, sem especificação da existência ou não de restrições.

Ao ensejo da consulta junto às Procuradorias, o terceiro não tem qualquer acesso. Solicitada a certidão negativa, não há informação sobre a existência, ou não, de procedimento de constituição de crédito tributário. Há, entretanto, a informação, seca e lacônica, de que a certidão não pode ser emitida pelo *site*, devendo o interessado comparecer a uma das unidades da Fazenda.

Ainda que lá compareça, a ele é informado que não são fornecidas informações sobre regularidade fiscal do objeto da pesquisa, protegidas pelo sigilo fiscal.

Neste ponto, embora possua certidões negativas de distribuição de feitos fiscais, o terceiro interessado ainda assim fica à mercê do sigilo fiscal do alienante, tornando impossível a pesquisa necessária ao negócio.

### 3 Imperativo de interpretação restritiva

A norma de restrição tal como estampada ao longo do artigo 185 do Código Tributário Nacional exige, como posta, interpretação restritiva segundo o que ensina a mais abalizada doutrina hermenêutica, pois, em se tratando de norma restritiva de direitos, a interpretação deve ser também restritiva.

Ao considerar fraudulenta a alienação de bens por sujeito passivo de obrigação tributária inserida em dívida ativa, a norma expande os horizontes de sua subsunção,

lançando todas as alienações na vala comum da fraude.

Neste sentido, culminou a jurisprudência em afastar a incidência dos termos da Súmula nº 375 do STJ, com raríssimas posições contrárias. O texto da referida Súmula aponta na direção de que:

Súmula nº 375. O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.

No entanto, há vozes divergentes, tal como a que exsurge dos termos do voto de Napoleão Nunes Maia Filho, pela impossibilidade de se atribuir a presunção absoluta:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FRAUDE À EXECUÇÃO. DESPICIENDA A DISCUSSÃO ACERCA DA BOA-FÉ DO TERCEIRO ADQUIRENTE. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 375/STJ. RESP 1.141.990/PR, REL. MIN. LUIZ FUX, DJE 19.11.2010, JULGADO PELO RITO DO ART. 543-C DO CPC/1973. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. AGRAVO INTERNO DOS PARTICULARES A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Ao julgar o REsp. 1.141.990/PR, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 19.11.2010, representativo da controvérsia, esta Corte assentou o entendimento de que não se aplica à Execução Fiscal o Enunciado 375 da Súmula de sua jurisprudência, segundo o qual o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente. Sendo assim, há presunção absoluta da fraude à execução quando a alienação é efetivada após a inscrição do débito tributário em Dívida Ativa, ou, em sendo a alienação feita em data anterior à entrada em vigor da LC 118/2005, presume-se fraudulenta quando feita após a citação

do devedor, sendo desnecessária, portanto, a discussão acerca da má-fé ou não do adquirente.

2. *Faço a ressalva do meu entendimento pessoal, para afirmar a impossibilidade de presunção absoluta em favor da Fazenda Pública. Isso porque nem mesmo o direito à vida tem caráter absoluto, que dirá questões envolvendo pecúnia.* No entanto, acompanho a jurisprudência, porquanto já está consolidada em sentido contrário.

3. Agravo Interno dos Particulares a que se nega provimento.

(STJ, Primeira Turma, AIEDARESP - Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial 1370989/SP, 2018.02.55710-1, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJE 27/09/2019.)

E assim o é, inclusive, por orientação dos Tribunais Superiores, que consideram a presunção absoluta, *jure et de jure*, impossível de desconstituição por prova contrária.

Ao tornar absoluta a presunção, a norma e a jurisprudência impedem que o Poder Judiciário se debruce sobre o tema, avaliando as circunstâncias de alienação, transferindo ao particular o ônus de provar que *agiu de boa-fé*.

Como cediço, a presunção absoluta dos negócios jurídicos é, sem sombra de dúvidas, a *boa-fé*, constituindo-se a *má-fé* em exceção a ser verificada, e provada nos autos.

Nestes termos é a iterativa jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE BEM IMÓVEL. ADQUIRENTE DE BOA-FÉ. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. FRAUDE À EXECUÇÃO. PRESUNÇÃO ABSOLUTA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 375/STJ. IMPENHORABILIDADE DE BEM



DE FAMÍLIA. NULIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO ANTERIOR. VÍCIO DE FORMA DA INSCRIÇÃO NA DÍVIDA ATIVA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.

1. O tema afeto ao alegado vício de forma da inscrição do débito na dívida ativa, que os agravantes entendem não poder caracterizar a nulidade do negócio, não foi objeto de debate pelo Tribunal *a quo*, carecendo do indispensável prequestionamento e atraindo o óbice das Súmulas 282 e 356 do STF.

2. Para hipótese ocorrida antes da vigência da Lei Complementar n. 118, de 9/6/2005, considerava-se absoluta a presunção de fraude à execução quando a alienação do bem se dava em momento posterior à mera citação da alienante nos autos de execução fiscal contra ela movida.

3. Com o advento da Lei Complementar n. 118/2005, que conferiu nova redação ao art. 185 do Código Tributário Nacional, convencionou-se que a mera alienação de bens pelo sujeito passivo com débitos inscritos na dívida ativa, sem a reserva de meios para a satisfação dos referidos débitos, pressupõe a existência de fraude à execução ante a primazia do interesse público na arrecadação dos recursos para o uso da coletividade.

4. *Registre-se, por oportuno, que a Primeira Seção deste Superior Tribunal, no julgamento do Recurso Especial n. 1.141.990/PR, de relatoria do Ministro Luiz Fux, submetido ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/2008, consolidou entendimento segundo o qual não se aplica à execução fiscal a Súmula 375/STJ: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.”*

5. Quanto à impenhorabilidade do bem de família, a jurisprudência do STJ é firme no sentido de que, mesmo quando o devedor aliena o imóvel que lhe sirva de residência, deve ser mantida a cláusula de impenhorabilidade, visto que

imune aos efeitos da execução e, caso reconhecida a invalidade do negócio, o imóvel voltaria à esfera patrimonial do devedor ainda como bem de família. Todavia, essa não é a hipótese dos autos, pois o imóvel somente passou a ostentar a qualidade de bem de família porque os últimos adquirentes, que são os ora agravantes, deram-lhe destinação de moradia, não sendo oponível para validar negócios jurídicos anteriores.

6. Agravo interno a que se nega provimento.

(STJ, Segunda Turma, AIEDRESP - Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial 1420488/SC, 2013.03.88395-3, Relator Ministro OG Fernandes, DJE 27/03/2019.)

Ao impedir que se possa produzir prova para a prova da boa-fé, prova diabólica por excelência, a norma viola frontalmente as disposições contidas na norma do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

A respeito do tema debate a respeitável doutrina, tal como a da lavra de Hugo de Brito Machado e Ricardo Alexandre, adiante:

O primeiro ensina que:

Basta, portanto, que o sujeito passivo da obrigação tributária esteja em débito para com a Fazenda Pública, para que se presuma que a alienação ou oneração de bens ou rendas por ele praticada ocorre com o propósito de frustrar a execução que a Fazenda poderá contra ele promover.<sup>1</sup>

E o segundo:

Apesar de a exigência de comunicação formal da inscrição não constar expressamente no artigo, ela decorre do bom senso, não sendo razoável presumir que obrou em fraude sujeito passivo que não

1 MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: Atlas, 2005, v. 3, p. 672.



sabia que seu débito estava inscrito em dívida ativa.

O raciocínio aqui defendido está em consonância com a maneira como o STJ sempre enxergou o dispositivo, somente reconhecendo a presunção de fraude quando o devedor tinha ciência oficial do ato ou fato definido em lei como marco inicial da possibilidade da aplicação da presunção. Se no passado era necessário a ciência oficial do processo de execução (citação), *hoje de ver ser considerada indispensável a comunicação formal da inscrição em dívida ativa. Comprovada a ciência, a presunção será de natureza absoluta, não se aceitando qualquer prova em sentido contrário*<sup>2</sup>.

## 4 Interpretação jurisprudencial que “acrescenta” elemento conceitual inexistente na norma

É salutar, ainda, que a norma em comentário, tal como inserida no universo do Código Tributário Nacional, em momento algum indica ser a tal presunção “relativa” ou “absoluta”, de sorte que a “presunção absoluta de fraude” é, a nosso ver, inconcebível criação jurisprudencial a partir de estatuto normativo inexistente.

Ao estabelecer que a fraude é presumida, a norma não indicou fosse esta presunção “absoluta” ou “relativa”, de sorte que as decisões que rejeitam os pedidos de produção de prova sob este fundamento praticamente criam o obstáculo “do nada”, construção mental inadequada se levados em conta os conceitos nucleares da norma.

Importante salientar que a norma referida nasceu de Proposta de Lei Complementar nº 72/2003, de autoria de Antônio Carlos Magalhães Neto, em 23/07/2003, e que, em sua versão original, propunha a alteração do

artigo 185, e dentre as justificativas, era o pedido inicial omissivo quanto ao intento de se modificar a norma.

Da proposta original extrai-se a seguinte passagem:

Subjacente à questão da proteção dos credores, está a ordenação das preferências no tocante à partilha do patrimônio da empresa falida ou em processo de recuperação. Nesse sentido papel fundamental jogam os créditos públicos, mais especificamente, os créditos tributários. A participação do setor público, com prioridade na partilha dos bens da massa, encontra justificativa na defesa do bem-estar social, financiado, em regra, por recursos públicos.

Não obstante, outros efeitos desta participação prioritária acabam geralmente alijados do debate. A posição preferencial dos créditos públicos geram (i) menor probabilidade de recuperação do capital dos credores privados (aumento do risco e do custo do capital), (ii) aumento da probabilidade de falências em cascata dos credores e, conseqüentemente, (iii) perda de bem-estar social. De outra parte, a experiência demonstra que os custos do Poder Público com a cobrança judicial de créditos públicos de massas falidas relativamente à condenação de honorários e verbas de sucumbência em sede de embargos do devedor são significativos, e, não raro, superam as quantias efetivamente recuperadas na falência.

De tudo, conclui-se que a preferência legal ao crédito tributário, hoje em vigor, prejudica a formação de um ambiente econômico que propicie o desenvolvimento. Assim, vê-se a necessidade de modificação desse quadro, redefinindo o papel do crédito fiscal no processo de quebra de empresas e agentes econômicos<sup>3</sup>.

2 ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 512.

3 Tal como redigido na apresentação de Projeto de Lei Complementar pelo Deputado Antônio Carlos Magalhães Neto (PFL-BA), em sessão plenária de 23/07/2003. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposico>

Como se observa, não havia – pelo menos originariamente – a intenção de tornar absoluta a presunção.

Por ocasião da elaboração do Parecer quando da tramitação pela Comissão de Economia, Indústria e Comércio da Câmara dos Deputados, da relatoria do Deputado Fernando de Fabinho, não se vislumbra qualquer comentário, ou manifestação, no sentido de tal “presunção absoluta”, tal como se observa da seguinte passagem:

O Brasil vem empreendendo substancial esforço de modernização institucional nos últimos anos. Há os exemplos da Lei de Responsabilidade Fiscal, das Emendas Constitucionais que alteraram o regime da Administração Pública, o sistema de previdência social, os monopólios públicos, entre outros assuntos. Na agenda modernizadora do momento, o Congresso Nacional discute a nova legislação falimentar, paralelamente relacionada às proposições em epígrafe. Os Projetos de Lei Complementar nº 72 e 73, de 2003, têm o objetivo de adaptar o Código Tributário a essa nova legislação falimentar. O PLP nº 72, em particular, traz importante inovação, pois, como atualmente em vigor, o Código Tributário representa um empecilho à realização de negócios. A preferência absoluta ao crédito tributário na falência e recuperação judicial pode, à primeira vista, parecer medida de preservação do interesse coletivo e do bem comum, pois, afinal, o Estado representa a coletividade. O resultado prático, entretanto, é oposto<sup>4</sup>.

Há que se observar, pela ótica da inter-

pretação autêntica, que em momento algum o legislador pretendeu dar à presunção mencionada qualquer caráter absoluto, e, não tendo assim especificado, de rigor admitir-se seja ela, então, relativa.

E, sendo relativa, haverá de possibilitar prova em contrário, o que não acontece em função do caráter que lhe emprestou, de forma inadequada, a jurisprudência tal como atualmente adotada.

Vale dizer, em momento algum o criador da norma pretendeu a ela emprestar a força jurídica que tem sido atribuída pelos Tribunais, motivo forte o bastante para sua modificação.

## 5 Inadequação da norma frente aos direitos e garantias individuais

Tal como contida no artigo 185 do Código Tributário Nacional, a norma em referência impende discussão quanto à sua adequação ao comando constitucional, eis que, de uma penada só, equipara todos os cidadãos a meros operadores de fraudes contra o Fisco, além de impedir seja produzida prova das circunstâncias da realização do negócio, para, inclusive, demonstrar a boa-fé do adquirente (prova de que realizou as diligências necessárias, por exemplo).

De fato, impor a presunção de fraude a todos os negócios realizados com devedor tributário que esteja inserido em dívida ativa é fazer *tabula rasa* da ordinariedade das coisas.

Em primeiro lugar, porque impõe ao cidadão obrigação impossível, já que não pode verificar a existência ou não de PAF que tenha por objetivo a apuração de crédito tributário e sua inscrição em dívida ativa, o que evidenciaria a inscrição, e, com isto, a possibilidade de atuar em sentido e direção diversos.

Em segundo lugar, porque a inscrição em dívida ativa é procedimento interno da Receita Federal, ao qual os terceiros não de-

esWeb/prop\_mostrarintegra;jsessionid=9616E949DDFA3E2AF38F98A827D0051D.proposicoesWebExterno2?codteor=149794&filename=PLP+72/2003. Acesso em: 24 jan. 2020.

4 Parecer ao Projeto de Lei Complementar nº 72/2003, exarado pelo Relator Fernando de Fabinho. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=153582&filename=Tramitacao-PLP+72/2003](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=153582&filename=Tramitacao-PLP+72/2003). Acesso em: 24 jan. 2020.

vedores não tem qualquer tipo de acesso, o que inviabiliza seu exame.

Em terceiro lugar, porque a Receita Federal, se destinatária de requerimento neste sentido, suporta sua negativa em prestar informações no sigilo fiscal do pesquisado.

Daí por que, ainda que o cidadão requeira à Receita Federal para pesquisar situação tributária de algum outro, estará impedido de acessar as informações justamente por conta do sigilo fiscal.

Em assim sendo, a norma – na prática – exige do cidadão que opere e negocie com outros cidadãos sem ter acesso a eventuais procedimentos fiscais de inscrição de dívida ativa, de modo que a presunção estabelecida pela norma é flagrantemente inconstitucional.

Demonstro.

A Constituição Federal adota, como princípio, já em sua inscrição preambular, que:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, *destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais*, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Vale dizer, o elemento preambular da norma constitucional é núcleo em que a Carta então promulgada está baseada: na harmonia, respeito ao exercício dos direitos sociais e individuais.

Em assim sendo, o Estado Democrático, como pilar da sociedade moderna, não pode

impor ao cidadão obrigação impossível, sob pena de imputar fraude aos atos por ele celebrados, pois isto é a negação mesma do direito, violação direta e frontal do Direito constitucional ao patrimônio decentemente adquirido.

A presunção de fraude, então, em se tratando de negócio celebrado por devedor da Receita, ainda que seja impossível ao comprador tal verificação, é maliciosa e malévola manifestação de discutível gosto republicano, eivada que está da má-fé legislativa, impondo-se, neste particular, seja rejeitada pela ordem jurídica nacional, por sua manifesta inconstitucionalidade.

E tal presunção (absoluta) tem sido o *leitmotiv* de algumas das decisões da E. Corte Federal Superior com jurisdição sobre a Terceira Região (SP e MS), a se levar em conta a decisão que segue:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. CONSTRIÇÃO SOBRE BEM IMÓVEL. FRAUDE À EXECUÇÃO. REDAÇÃO ATUAL DO ART. 185 DO CTN. ALIENAÇÃO POSTERIOR À INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. OCORRÊNCIA DE FRAUDE À EXECUÇÃO.

1. O Superior Tribunal de Justiça assentou entendimento, em sede de recurso representativo de controvérsia, que a simples alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo por quantia inscrita em dívida ativa pelo sujeito passivo, sem reserva de meios para quitação do débito, *gera presunção absoluta de fraude à execução, mesmo diante da boa-fé do terceiro adquirente e ainda que não haja registro de penhora do bem alienado*. Estabeleceu-se que a alienação engendrada até 08/06/2005 exige que tenha havido prévia citação no processo judicial para caracterizar a fraude de execução. Posteriormente a tal data, consideram-se fraudulentas as alienações efetuadas pelo devedor fiscal após a inscrição do crédito tributário em dívida ativa.

2. No caso dos autos, os débitos foram

inscritos em dívida ativa em 14/06/2013 (CDAs nºs 39.994.483-4 e 39.994.484-2 - fls. 43 e 50). E todas as alienações engendradas ocorreram após esta data, sendo que: a) a primeira alienação, da empresa devedora para Estevão João Coutinho ME, foi realizada em 24/10/2014 (fl. 05); b) a segunda alienação, de Estevão João Coutinho ME para o Sr. Márcio Leandro Camargo, foi realizada em 02/03/2015 (fl. 14); c) a terceira alienação, do Sr. Márcio Leandro Camargo para o Sr. Luiz Gustavo Casoni, foi realizada em 07/03/2015 (fls. 13/14); d) a quarta alienação, do Sr. Luiz Gustavo Casoni para o embargante, Sra. Angelita Canônico Casoni, foi realizada em 19/01/2016 (fl. 13). Por conseguinte, sendo as alienações posteriores à inscrição em dívida ativa, de rigor reconhecer a fraude à execução, *ex vi* do disposto no artigo 185, do Código Tributário Nacional, em sua redação atual. Ocorrendo alienação patrimonial nesses moldes, o ato realizado é ineficaz perante a Fazenda Pública, de modo que os bens alienados podem ser arrestados ou penhorados no processo de execução fiscal.

3. O argumento da segurança jurídica não pode acobertar fato atentatório contra a própria dignidade da justiça, porquanto princípios e direitos constitucionais não são aptos a justificar, por sua própria essência axiológica, atos ilegais (Cf. STF, RHC 115983/RJ).

4. Ademais, tratando-se de execução fiscal, é inaplicável à hipótese a súmula nº 375 do Superior Tribunal de Justiça, pois a lei especial prevalece sobre a lei geral, consoante pacificado no recurso especial julgado sob a sistemática dos recursos representativos de controvérsia, acima transcrito (REsp 1141990/PR).

5. Quanto à questão de se tratar de segunda alienação realizada por quem não constava como parte executada nos autos da execução fiscal, ressalte-se que o próprio Superior Tribunal de Justiça assentou que o fato de haver alienações

sucessivas não obsta a aplicação do recurso repetitivo supramencionado. Nesses termos, a veiculação de qualquer matéria relativa a eventuais prejuízos provocados aos Embargantes, em virtude da perda do bem adquirido, não se mostra cabível em face da Fazenda Pública, somente podendo ser deduzida contra o executado, em sede de ação própria, com fulcro nas normas que regem a disciplina da evicção.

6. Apelação desprovida. Honorários majorados.

(TR3, Primeira Turma, Apelação Cível 5000822-31.2018.4.03.6117, Relator Desembargador Federal Helio Egydio de Matos Nogueira, DJF3 10/01/2020.)

Vale dizer, a presunção de tal monta próxima do absoluto normativo a ponto de atingir não somente o alienante original, mas também terceiros de boa-fé, ainda que o último a figurar em cadeia de alienações sucessivas.

De outra senda, a norma do artigo 5º garante a todos o direito de propriedade, calcada na manutenção do patrimônio livremente adquirido, de forma clara, pública, e sem a indevida intromissão dos órgãos de arrecadação, evidenciando-se descabido taxar todos os negócios de nulos e fraudulentos, sem levar em conta as particularidades de casos concretos.

Tendo jogado todos os negócios na lama da fraude e da ilicitude, a norma em comento (art. 185 do CTN) não pode, sob pena de inversão dos postulados vinculados ao direito de propriedade, bem como sob pena de frontal violação aos princípios adotados pela Constituição, produzir efeitos absolutos, sem possibilitar contraprova quanto à licitude do ato.

Neste particular, a norma em questão afronta, também, os postulados e princípios vinculados à cidadania, porquanto presume que todos os cidadãos são fraudadores do Fisco e afasta, repele e nega a cidadania por



ela mesma, sendo de aceitação impossível no bojo do ordenamento jurídico nacional.

Como pode a norma infraconstitucional considerar como bandidos todos os cidadãos, impedindo a produção de prova em contrário, e, com isso, obstando a demonstração do caráter lícito de sua conduta?

A institucionalização do crime, da fraude, dos atos ilícitos, pela norma do artigo 185 do Código Tributário Nacional, nega, ela mesma, o direito à cidadania, pela adoção de conceito inverso dos cidadãos, considerando todos, sem distinção, como fraudadores, já que faz presumir como fraudulentos os atos praticados e negócios realizados com pessoas devedoras do Fisco, sem que o adquirente tenha qualquer possibilidade de obter tal informação.

É que, repita-se, instaurado o procedimento de inscrição em dívida ativa, a ela não tem acesso qualquer cidadão, tornando impossível ao adquirente qualquer tipo de pesquisa neste sentido.

Nem se alegue que o cidadão tenha acesso às certidões pela consulta ao sítio da Procuradoria, pois nele não estão inseridos, para pesquisa, os processos em andamento, mas apenas aqueles já terminados.

E, findo o processo de inscrição em dívida ativa, o crédito tributário é lançado com data da instauração do processo (data retroativa), e não a data da decisão de inscrição.

Assim é que, em PAF findo em 04/10/2011, por exemplo, relativamente a créditos cujos fatos geradores tenham ocorrido em 2009, a inscrição considerará a data de 2009 para fins de configuração de fraude.

Dessa forma, a consulta ao sítio da PGFN implica em obter hoje certidão negativa (se o PAF não estiver findo), e, amanhã, crédito tributário inscrito com data de alguns anos atrás.

De outro lado, a norma referida (art. 185 do CTN), tal como redigida e aplicada,

infiere violação ao artigo 5º, inciso XXXVI, da Carta Constitucional, porque o ato celebrado (compra e venda) configura-se ato jurídico perfeito, segundo as leis do País, e não pode, pela impossibilidade de manutenção de normas conflitantes, de um lado, declarar pleno e acabado o negócio, e, de outro, negar-lhe eficácia sob a imputação genérica de fraude.

A inconstitucionalidade reside, justamente, no fato de que a presunção absoluta da fraude impede que o Poder Judiciário aprecie a lesão, ou sua ameaça, o que exige imediata reformulação dos postulados vinculados ao tema.



Crédito: Mazé Leite

## 6 Movimentação dos legitimados em provocar o STF para apreciar o tema

Posto assim, é imprescindível a intervenção dos órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal para a avaliação



da constitucionalidade da norma do artigo 185 do Código Tributário Nacional, a fim de que, atendidos os requisitos da Súmula nº 10 do Pretório Excelso, se atente para a violação frontal a texto constitucional, conferindo-se interpretação conforme, para dirimir dúvidas quanto ao alcance de sua eficácia.

Neste particular, os órgãos legitimados, tais como elencados na norma do artigo 103 da Constituição – o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, o Procurador Geral da República, o Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (incisos I a IV) –, têm guardado (incompreensível) silêncio quanto ao tema.

De fato, as movimentações neste sentido, quando originadas de órgãos fracionários, infringem o texto sumular, que expressa que “viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”, sendo absolutamente necessária a intervenção por meio da respectiva ação direta.

## 7 Conclusão

A norma do artigo 185 do Código Tributário Nacional, por ser norma restritiva

de direitos, deve ser interpretada de forma restritiva.

A presunção absoluta nela contida impede que o Poder Judiciário se debruce sobre o tema, e avalie as circunstâncias particulares de cada negócio de alienação de bens por particulares com créditos tributários inseridos em dívida ativa.

A criação legislativa em momento algum pretendeu dar o caráter absoluto à presunção de fraude nas alienações referidas, de sorte que tal atributo é fruto de criação jurisprudencial, que acrescentou elemento com força normativa onde não havia.

A presunção absoluta viola, portanto, a norma constitucional que impede a edição de leis, ou normas, que impeçam a apreciação pelo Poder Judiciário de lesão, ou ameaça de lesão, a direito.

A interpretação restritiva da norma em conjunto com a interpretação da norma constitucional exigem que o Poder Judiciário movimente a orientação no sentido de relativizar a presunção, e permita que se obrigue ao Fisco a prova da *má-fé*, e não o contrário.

É absolutamente necessário que os entes legitimados intentem junto ao Supremo Tribunal Federal a ação respectiva para que o plenário da E. Corte avalie a adequação da norma ao texto constitucional, dando-lhe interpretação conforme, nos termos da Súmula nº 10 do STF.

## Referências

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: Atlas, 2005, v. 3.



Jurisprudência



# **Direito Administrativo**







## **APELAÇÃO CÍVEL**

### **0000523-88.2008.4.03.6118**

Apelante: ALESSANDER BEIRIGO WINTHER DE CASTRO  
Apelada: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT  
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE  
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/01/2020

### **EMENTA**

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. NULIDADE DA SENTENÇA. INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ECT. EXTRAVIO E INUTILIZAÇÃO DE CORRESPONDÊNCIA. DANOS MATERIAIS e DANOS MORAIS. SENTENÇA PRACIELMENTE REFORMADA.

- Alega o apelante, em preliminar, a nulidade da sentença. Observo que a argumentação apresentada não merece guarida, uma vez que não está demonstrado nos autos qualquer prejuízo para o autor em razão da não realização da audiência preliminar. Frise-se também que ação em tela foi proposta contra ente público e, via de regra, inexistente o oferecimento de acordo, dado o interesse público envolvido. Ademais, foi determinada às partes pelo Juízo *a quo* a especificação de eventuais provas a serem produzidas, providência não cumprida pelo autor/apelante. Assim, não há que se falar em ofensa ao regramento processual destacado (art. 331 do CPC/1973) tampouco na ocorrência de cerceamento de defesa.

- O recorrente alega ter encaminhado, de uma agência dos CORREIOS na cidade de Aparecida/SP, um DVD, via SEDEX com aviso de recebimento -AR, para concorrer a uma vaga no BBB 8 e que o material não chegou ao destinatário. Notícia que, na data de 20/10/2007, recebeu o AR com a informação de que o material fora entregue em endereço diverso, qual seja, o Núcleo de Medicamentos GGRAN/CTE/BENFICA/RJ. Relata que o ocorrido acarretou-lhe prejuízos, já que não pôde confirmar sua participação no mencionado programa de televisão, no qual os participantes concorrem ao prêmio de R\$ 1.000.000,00, além de alcançarem fama e sucesso, bem como que o montante pago pela ECT a título de ressarcimento (R\$ 298,50) não se mostra suficiente.

- Está demonstrado na espécie que o serviço prestado pelos Correios configura o exercício de típico serviço público (art. 21, X, da Constituição Federal), relevante ao interesse social, exercido por meio de monopólio ou privilégio conferido aos Correios (art. 9º da Lei nº 6.538/1978), a quem incumbe o “recebimento, transporte e entrega no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e *cartão-postal*”, o que acarreta sua responsabilidade objetiva (art. 37, § 6º, da Constituição Federal e arts. 14 e 22 do Código de Defesa do Consumidor).

- Com fundamento no artigo 33, § 2º, da Lei nº 6.538/78, segundo jurisprudência firmada no âmbito do STJ: *para a condenação da ré à indenização integral pela perda da encomenda deve o autor comprovar o conteúdo despachado, sob pena de ser ressarcido apenas do valor das despesas de postagem e da indenização prevista em lei para os casos de extravio de mercadoria sem declaração de conteúdo.*

- A previsão legal de possibilidade de declaração do valor dos objetos postais para

fins de eventual ressarcimento (artigo 33, § 2º, da Lei nº 6.38/78) não impede que o prejudicado por extravio de correspondência comprove em juízo o seu conteúdo por outros meios admitidos por lei vigente.

- No caso, restou provado que, em 04/10/2007, foi realizada a postagem em debate e que efetivamente ocorreu o extravio. Entendo configurado, nesse contexto, a falha na prestação do serviço. Está demonstrado, ademais, o prejuízo causado ao autor, conforme documentos juntados (comprovante de postagem - nota fiscal de venda), os quais comprovam o valor do material extraviado (R\$ 65,00) e o montante gasto com a postagem (R\$ 25,10), que perfazem o total de R\$ 90,10. Por outro lado, o comprovante de fl. demonstra que a ECT pagou a soma de R\$ 298,50 a título de indenização, como reconhecido pelo autor/apelante. Assim, afigura-se correto o provimento de 1º grau de jurisdição, ao afirmar que está ressarcido o prejuízo material suportado.

- Consoante ao entendimento jurisprudencial firmado no âmbito da 2ª Seção do STJ, é incontroverso que o extravio de correspondência, por si só, gera dano moral ao consumidor a ser indenizado pelos Correios, *verbis*: (...) 2. *no caso, a contratação de serviços postais oferecidos pelos Correios, por meio de tarifa especial, para envio de carta registrada, que permite o posterior rastreamento pelo próprio órgão de postagem revela a existência de contrato de consumo, devendo a fornecedora responder objetivamente ao cliente por danos morais advindos da falha do serviço quando não comprovada a efetiva entrega.* 3. *É incontroverso que o embargado sofreu danos morais decorrentes do extravio de sua correspondência, motivo pelo qual o montante indenizatório fixado em R\$ 1.000,00 (mil reais) pelas instâncias ordinárias foi mantido pelo acórdão proferido pela Quarta Turma, porquanto razoável, sob pena de enriquecimento sem causa* (EREsp 1097266/PB, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/12/2014, DJe 24/02/2015).

- Demonstrado o envio das correspondências via SEDEX pelo autor e o não recebimento pelo destinatário, como reconhecido pelo próprio apelado, ou recebimento fora do prazo contratado, afigura-se cabível a indenização por danos morais. Tal entendimento independe da aplicação ou não do Código de Defesa do Consumidor ao caso.

- Não restou demonstrada nenhuma causa excludente de ilicitude, tais como culpa exclusiva da vítima, força maior, confisco ou destruição por autoridade competente ou não reclamação nos prazos previstos em regulamento.

- No que toca ao montante da indenização, segundo doutrina e jurisprudência pátrias, a indenização por dano moral tem duplo conteúdo: de sanção e compensação. Em virtude dos fatos demonstrados, penso que a indenização por danos morais no montante de R\$ 3.000,00 (três mil reais) se mostra adequada, na medida em que atende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e cumpre os critérios mencionados.

- Sobre o valor da condenação incidirão juros moratórios, a contar da data do evento danoso - 04/10/2007 - (Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça), e correção monetária, a partir da presente data (Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça), a serem calculados de acordo com o Manual de Cálculos da Justiça Federal.

- Trata-se de ação em que a parte autora/apelante foi sucumbente em parte do pedido, razão pela qual deve ser estabelecida a sucumbência igualmente recíproca, com a consequente distribuição proporcional da verba honorária entre as partes, consoante disposto no artigo 21 do CPC/1973.

- Apelo parcialmente *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 unanimidade, *rejeitar a matéria preliminar e dar parcial provimento à apelação* para reformar em parte a sentença e julgar parcialmente procedente a ação, para condenar a ECT a pagar ao autor indenização por danos morais de R\$ 3.000,00 (três mil reais), acrescidos de juros de mora e correção monetária, conforme fundamento exarado na decisão. Fixada a sucumbência recíproca, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de outubro de 2019.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

## RELATÓRIO

Recurso de apelação interposto por *Alessander Beirigo Winther de Castro* (fls. 90/95) contra sentença que, em sede de ação indenizatória por danos materiais e morais, julgou improcedente o pedido. Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, observada a suspensão da execução, nos termos do artigo 12 da Lei nº 1.060/50 (fls. 84/88).

Alega o apelante, em preliminar, a nulidade da sentença, sob o argumento de que:

a) a audiência de tentativa de conciliação é obrigatória, nos termos da modificação trazida ao CPC pela Lei nº 8.952/94, e a ação não pode ser julgada antecipadamente, em ofensa ao artigo 331, o que caracteriza o cerceamento de defesa;

b) a inocorrência de audiência preliminar prejudicou seu direito de obter uma composição antes da prolação da sentença e, desde a inicial, aduziu sua pretensão de provar suas alegações de forma documental e oral.

Quanto ao mérito, sustenta, em síntese, que:

a) ficou demonstrado nos autos que houve o extravio da correspondência e a reparação dos danos morais é pacífica na doutrina e jurisprudência, bem como garantida na Constituição (art. 5º, incisos V e X);

b) teve seu sonho de se tornar um *BBB* destruído com o extravio do documento remetido e busca o restabelecimento da *lesão*, traduzido em uma importância em dinheiro (art. 37, § 6º, da CF; art. 14 do CDC);

c) o dano moral direto independe de prova, basta a existência do fato e do nexo causal, que estão comprovados nos autos;

d) deve ser considerada a inversão do ônus da prova (art. 6º, inciso VIII, do CDC) e a ré não pode ser equiparada à fazenda.

Pede a reforma do julgado, com a inversão dos ônus sucumbenciais.

Contrarrrazões às fls. 98/120.

*É o relatório.*

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

## VOTO

### *Da matéria preliminar*

Primeiramente, destaque-se o que estabelece o artigo 331 do CPC/1973:

Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta dias), para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

§ 1º. Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença.

Alega o apelante, em preliminar, a nulidade da sentença. Observo que a argumentação apresentada não merece guarida, uma vez que não está demonstrado nos autos qualquer prejuízo para o autor em razão da não realização da audiência preliminar. Frise-se também que ação em tela foi proposta contra ente público e, via de regra, inexiste o oferecimento de acordo, dado o interesse público envolvido. Ademais, foi determinada às partes pelo Juízo *a quo* a especificação de eventuais provas a serem produzidas, providência não cumprida pelo autor/apelante. Assim, não há que se falar em ofensa ao regramento processual destacado tampouco na ocorrência de cerceamento de defesa.

### *Do mérito*

O recorrente alega ter encaminhado, de uma agência dos CORREIOS na cidade de Aparecida/SP, um DVD, via SEDEX com aviso de recebimento -AR, para concorrer a uma vaga no BBB 8 e que o material não chegou ao destinatário. Notícia que, na data de 20/10/2007, recebeu o AR com a informação de que o material fora entregue em endereço diverso, qual seja, o Núcleo de Medicamentos GGRAN/CTE/BENFICA/RJ. Relata que o ocorrido acarretou-lhe prejuízos, já que não pôde confirmar sua participação no mencionado programa de televisão, no qual os participantes concorrem ao prêmio de R\$ 1.000.000,00, além de alcançarem fama e sucesso, bem como que o montante pago pela ECT a título de ressarcimento (R\$ 298,50) não se mostra suficiente.

O Supremo Tribunal Federal, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 46 -, distinguiu as diversas atuações dos Correios e fixou como atividades típicas de Estado aquelas previstas no art. 9º da Lei nº 6.538/1978, entre as quais se encontram arroladas a expedição e a entrega de cartas e cartões-postais. Naquele julgado consignou-se que a lei que regula o serviço postal (Lei n. 6.538/78) foi recepcionada pela Constituição Federal, mas, conferida a interpretação conforme, restringiu à categoria de serviço público *stricto sensu* as atividades descritas no art. 9º do mencionado diploma, *verbis*:

Art. 9º - São exploradas pela União, em regime de monopólio, as seguintes atividades postais:  
I - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e cartão-postal;

II - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de correspondência agrupada;

III - fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal (grifou-se).

Na esteira desse entendimento, está demonstrado na espécie que o serviço prestado pelos Correios configura o exercício de típico serviço público (art. 21, X, da Constituição Federal),



relevante ao interesse social exclusivo (art. 9º da Lei nº 6.538/1978), a quem incumbe o “recebimento, transporte e entrega no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e *cartão-postal*”, o que acarreta sua responsabilidade objetiva (art. 37, § 6º, da Constituição Federal e arts. 14 e 22 do Código de Defesa do Consumidor).

No que toca à questão do ressarcimento, dispõe a Lei Postal (Lei nº 6.538/78):

Art. 17 - A empresa exploradora ao serviço postal responde, na forma prevista em regulamento, pela perda ou danificação de objeto postal, devidamente registrado, salvo nos casos de:

I - força maior;

II - confisco ou destruição por autoridade competente;

III - não reclamação nos prazos previstos em regulamento.

Art. 33. Na fixação das tarifas, preços e prêmios “ad valorem”, são levados em consideração natureza, âmbito, tratamento e demais condições de prestação dos serviços.

§ 1º - As tarifas e os preços devem proporcionar:

a) cobertura dos custos operacionais;

b) expansão e melhoramento dos serviços.

§ 2º - Os prêmios “ad valorem” são fixados em função do valor declarado nos objetos postais. - grifei.

Entendo que a previsão legal de possibilidade de declaração do valor dos objetos postais para fins de eventual ressarcimento não impede que o prejudicado por extravio de correspondência comprove em juízo o seu conteúdo por outros meios admitidos por lei vigente.

No caso, restou provado que, em 04/10/2007, foi realizada a postagem em debate (fl. 13) e que efetivamente ocorreu o extravio (fls. 16/17). Entendo configurado, nesse contexto, a falha na prestação do serviço. Está demonstrado, ademais, o prejuízo causado ao autor, conforme documentos juntados às fls. 13/14 (comprovante de postagem - nota fiscal de venda), os quais comprovam o valor do material extraviado (R\$ 65,00) e o montante gasto com a postagem (R\$ 25,10), que perfazem o total de R\$ 90,10. Por outro lado, o comprovante de fl. 18 demonstra que a ECT pagou a soma de R\$ 298,50 a título de indenização, como reconhecido pelo autor/apelante. Assim, afigura-se correto o provimento de 1º grau de jurisdição, ao afirmar que está ressarcido o prejuízo material suportado.

De outra parte, consoante ao entendimento jurisprudencial firmado no âmbito da 2ª Seção do STJ, é incontroverso que o extravio de correspondência, por si só, gera dano moral ao consumidor a ser indenizado pelos Correios, *verbis*:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CORREIOS. CARTA REGISTRADA. EXTRAVIO. DANOS MORAIS. *IN RE IPSA*.

1. As empresas públicas prestadoras de serviços públicos submetem-se ao regime de responsabilidade civil objetiva, previsto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal e nos arts. 14 e 22 do Código de Defesa do Consumidor.

2. No caso, a contratação de serviços postais oferecidos pelos Correios, por meio de tarifa especial, para envio de carta registrada, que permite o posterior rastreamento pelo próprio órgão de postagem revela a existência de contrato de consumo, devendo a fornecedora responder objetivamente ao cliente por danos morais advindos da falha do serviço quando não comprovada a efetiva entrega.

3. É incontroverso que o embargado sofreu danos morais decorrentes do extravio de sua

*correspondência, motivo pelo qual o montante indenizatório fixado em R\$ 1.000,00 (mil reais) pelas instâncias ordinárias foi mantido pelo acórdão proferido pela Quarta Turma, porquanto razoável, sob pena de enriquecimento sem causa.*

*4. Embargos de divergência não providos.*

(EREsp 1097266/PB, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/12/2014, DJe 24/02/2015) - Grifei.

Assim, demonstrado o envio das correspondências via SEDEX pelo autor e o não recebimento pelo destinatário, como reconhecido pelo próprio apelado, ou recebimento fora do prazo contratado, afigura-se cabível a indenização por danos morais. Tal entendimento independe da aplicação ou não do Código de Defesa do Consumidor ao caso.

Outrossim, não restou demonstrada nenhuma causa excludente de ilicitude, tais como culpa exclusiva da vítima, força maior, confisco ou destruição por autoridade competente ou não reclamação nos prazos previstos em regulamento.

No que toca ao montante da indenização, segundo doutrina e jurisprudência pátrias, a indenização por dano moral tem duplo conteúdo: de sanção e compensação. Em virtude dos fatos demonstrados, penso que a indenização por danos morais no montante de R\$ 3.000,00 (três mil reais) se mostra adequada, na medida em que atende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e cumpre os critérios mencionados.

Sobre o valor da condenação incidirão juros moratórios, a contar da data do evento danoso - 04/10/2007 (fl. 13) - (Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça), e correção monetária, a partir da presente data (Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça), a serem calculados de acordo com o Manual de Cálculos da Justiça Federal, o qual explicita os índices aplicáveis de acordo com as normas vigentes no período, nos seguintes termos: correção monetária, a partir de janeiro de 2001, aplicável IPCA-E / IBGE (em razão da extinção da Ufir como indexador, pela MP n. 1.973-67/2000, art. 29, §3º), observado que o percentual a ser utilizado em janeiro de 2001 deverá ser o IPCA-E acumulado no período de janeiro a dezembro de 2000. A partir de janeiro de 2001, deverá ser utilizado o IPCA-E mensal (IPCA-15 / IBGE). Já a título de juros de mora: de jan/2003 a jun/2009 aplica-se a Selic (Art. 406 da Lei n.10.406/2002 - Código Civil); de jul/2009 a abr/2012, aplica-se a taxa de 0,5% ao mês (Art. 1º-F da Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997, com a redação dada pela Lei n. 11.960, de 29 de junho de 2009, combinado com a Lei n. 8.177, de 1º de março de 1991); e a partir de maio/2012 incide o mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, capitalizados de forma simples (Art. 1º-F da Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997, com a redação dada pela Lei n. 11.960, de 29 de junho de 2009, combinado com a Lei n. 8.177, de 1º de março de 1991, com alterações da MP n. 567, de 03 de maio de 2012, convertida na Lei n. 12.703, de 07 de agosto de 2012). Ressalte-se que nessa especificação de índices já está considerado o resultado das ADI Nº 4357 e 4425, bem como a respectiva modulação de seus efeitos pelo STF.

Verifico que se trata de ação em que a parte autora/apelante foi sucumbente em parte do pedido, razão pela qual deve ser estabelecida a sucumbência igualmente recíproca, com a consequente distribuição proporcional da verba honorária entre as partes, consoante disposto no artigo 21 do CPC/1973.

Ante o exposto, *rejeito a matéria preliminar e dou parcial provimento à apelação* para reformar em parte a sentença e julgar parcialmente procedente a ação, para condenar a ECT a pagar ao autor indenização por danos morais de R\$ 3.000,00 (três mil reais), acrescidos

de juros de mora e correção monetária, conforme fundamento exarado na decisão. Fixada a sucumbência recíproca.

*É como voto.*

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

### **DECLARAÇÃO DE VOTO**

A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA:

Acompanho o e. Relator em relação à fundamentação e resultado, contudo fixo em R\$ 1.000,00 o valor devido a título de indenização por danos morais, tomando-se como parâmetro o valor fixado no REsp 1789109.

Embora o entendimento da E. 2ª Seção do STJ seja pela ocorrência do dano moral *in re ipsa* nos casos de extravio de correspondência registrada, a hipótese dos autos não atinge a gravidade do caso adotado como paradigma, em que o consumidor foi cobrado indevidamente por 11 parcelas de anuidade de cartão de crédito não solicitado.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais fixados em R\$ 1.000,00, suficiente para o fim de coibir eventual reiteração na conduta.

*É como voto.*

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA

## **APELAÇÃO CÍVEL**

**0010546-74.2013.4.03.6100**

Apelante: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA

Apelada: YAMARA FREIRE DA COSTA LEITE

Relatora: DESEMBARGADOR FEDERAL CONSUELO YOSHIDA

Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/01/2020

### **EMENTA**

DIREITO ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. IBAMA. PEDIDO DE REGISTRO COMO CRIADOR CONSERVACIONISTA. INDEFERIMENTO. AUTUAÇÃO E APREENSÃO. AUTO DE INFRAÇÃO E MULTA. VALIDADE. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. DESPROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DA MULTA. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

1. Compete ao Ibama, enquanto órgão executor da Política Nacional do Meio Ambiente, promover a preservação, conservação e uso racional, fiscalização, controle e fomento dos recursos ambientais, nos termos do disposto na Lei n.º 6.938/81, cabendo-lhe, por meio de seu legítimo poder-dever de polícia administrativa, adotar as providências necessárias para coibir eventual prática ambiental ilícita.

2. No caso concreto, a parte autora realizou pedido de autorização perante o Ibama para que fosse instalado um criadouro conservacionista em sua propriedade, informando ao órgão ambiental possuir 11 aves, sendo que 9 foram resgatadas das mãos de traficantes e outras 2 são mantidas com a requerente há 10 anos em cativeiro domiciliar, todas papagaios verdadeiros (*amazona aestiva*).

3. Foi expedido um ofício pelo Ibama, informando que o pedido só poderia ser analisado, quanto às aves que estão sob os cuidados da requerente há dez anos, após a assinatura de um termo de depósito voluntário. Quanto aos demais animais de mesma espécie, houve solicitação para que estes fossem depositados voluntariamente no Ibama para que se realizasse o destino adequado.

4. O Ibama expediu, então, o Ofício nº 209, informando que (...) *a única hipótese para obter o registro como criadouro conservacionista seria a entrega voluntária ao Ibama dos animais (amazona aestiva - papagaio verdadeira) (...) e que (...) após este procedimento, o Ibama dará continuidade à análise do processo e disponibilizará de todos os esforços para auxiliá-la na obtenção de matrizes, através de animais objetos de apreensões ou contato com outros criadouros já registrados.*

5. Por meio do Relatório de Vistoria nº 009, os agentes ambientais do Ibama comunicaram à requerente que a homologação do processo estaria condicionada ao atendimento de todas as orientações feitas, sendo expedido ofício informando que o pedido de fiel depositário havia sido indeferido e fazendo-se a sugestão de (...) *que os dois papagaios que não foram colocados à disposição sejam disponibilizados ao Ibama, pois não é possível iniciar um criadouro com animais sem origem legal.*

6. Em 21/02/2009, o Analista Ambiental prestou informação, sugerindo (...) *autua-*

*ção por todos os espécimes mantidos ilegalmente sob a guarda da interessada (...) e (...) apreensão e retirada do local de todos os espécimes (...), tendo o Ibama ajuizado medida cautelar de busca e apreensão em face da autora, com o objetivo de obter (...) autorização judicial para que os servidores do Ibama possam proceder ao ingresso no Criadouro e retirada dos animais para destiná-los ao local adequado. O pedido de liminar foi deferido e confirmado por sentença transitada em julgado para que fosse realizada (...) busca e apreensão dos animais silvestres nativos (amazona aestiva - papagaio verdadeiro) e de outros que se encontrem sob a guarda da requerida.*

7. No exercício de sua legítima competência, o agente ambiental lavrou, em face da parte autora o Auto de Infração nº 699498-D, fixando multa de R\$ 100.000,00, por *fazer funcionar estabelecimento, utilizador de recursos ambientais sem autorização do órgão ambiental competente*, embargando as atividades do Criadouro, conforme Termo de Interdição nº 607709-C.

8. Na mesma ocasião, o agente ambiental lavrou também o Auto de Infração nº 699499-D, fixando multa de R\$ 111.000,00, em razão de a autora *ter em cativeiro 18 (dezoito) papagaios (amazona aestiva), 02 (dois) Tucanos (ramphastos toco) e 03 (três) araras (ara ararauna), e utilizar 01 (um) papagaio (amazona aestiva), todos sem autorização da autoridade ambiental competente*, realizando o depósito dos animais, conforme Termo de Depósito nº 607712-C.

9. A questão referente à guarda dos animais silvestres nativos (*amazona aestiva* - papagaio verdadeiro) mantidos no criadouro de propriedade da requerida foi objeto da medida cautelar supracitada. Não obstante, pode a questão da devolução dos dois papagaios, que estavam no convívio da autora há mais de 23 anos, ser discutida na presente ação, haja vista que a medida cautelar tem por fim, exclusivamente, salvaguardar o resultado útil do processo. Assim sendo, considerado o Ofício nº 975/2019, expedido pelo Ibama, que noticiou que a autarquia, através do Despacho nº 6299093/2019-GABIN, acolhendo a jurisprudência consolidada sobre o tema, passou a considerar válida a posse de psitacídeos desde que prolongada (mínimo de 8 anos) e ausente maus-tratos, vedando-se a sua apreensão pela fiscalização e o seu recebimento no Centros de Triagem de Animais Silvestres (Cetas), salvo se comprovado o não atendimento dos requisitos mencionado, a pretensão neste ponto merece acolhimento.

10. Não há dúvidas no presente caso de que a requerente manteve tanto um criadouro quanto animais silvestres sem a devida autorização do órgão ambiental competente, razão pela qual se mostram escorregadas as capitulações legais feitas pela autoridade ambiental nos autos de infração.

11. *In casu*, a requerente foi instada inúmeras vezes a disponibilizar os animais que estavam sob seus cuidados às ações do órgão ambiental, tendo, inclusive, declarado ciência, em 11/03/2005, *de a partir desta data, não manter animais silvestres em cativeiro sem documentação comprobatória de origem. Não obstante, como bem foi destacado na sentença, (...) em nenhum momento logrou a autora demonstrar neste feito haver adotado quaisquer providências no sentido de entregar as aves que estavam em seu poder, não bastando para tal fim sua alegação de que jamais fez qualquer oposição ou obstruiu a atividade ambiental do órgão, na medida em que o IBAMA somente logrou realizar a busca e apreensão dos referidos animais mediante decisão judicial proferida nos autos da Medida Cautelar nº 0007959-20.201.4.03.6110.*



12. Não obstante o reconhecimento das infrações, bem como da legalidade dos respectivos autos lavrados pelas autoridades ambientais, os valores fixados no presente caso a título de multa não têm amparo no princípio da razoabilidade, revestindo as imposições de nítido caráter confiscatório e desproporcional.

13. No processo administrativo referente ao auto de infração nº 699498-D, cuja multa foi fixada inicialmente em R\$ 100.000,00 e lavrado (...) *por fazer funcionar estabelecimento, utilizador de recursos ambientais sem autorização do órgão ambiental competente*, houve a redução da sanção pecuniária, na instância recursal, para o montante de R\$ 50.500,00, levando-se em conta o porte da empresa (micro-empresa) e o nível de gravidade do fato.

14. Diante das presentes circunstâncias e dos critérios estabelecidos pelo art. 6º da Lei nº 9.605/98 (a gravidade do fato e os antecedentes do infrator), a cifra de R\$ 10.000,00 é bastante e suficiente a repercutir na esfera patrimonial da infratora a ponto de desestimulá-la a reincidir na agressão ao patrimônio ambiental em comento, compelindo-a a regularizar a sua atividade.

15. Já no processo administrativo referente ao Auto de Infração nº 699499-D, lavrado em razão de a autora (...) *ter em cativeiro 18 (dezoito) papagaios (amazona aestiva), 02 (dois) Tucanos (ramphastos toco) e 03 (três) araras (ara ararauna), e utilizar 01 (um) papagaio (amazona aestiva), todos sem autorização da autoridade ambiental competente*, a multa foi mantida em R\$ 110.000,00.

16. No caso concreto, a autoridade administrativa, quando da fixação e posterior revisão da multa, deixou de considerar o fato de que o próprio Ibama utilizou as instalações da parte autora como depósito de animais silvestres, não havendo discriminação de quais foram entregues pelo órgão ambiental e quais eram originários das aquisições da autora.

17. Não existe qualquer prova nos autos de que autora infringisse maus tratos aos pássaros sob seus cuidados ou que tivesse sido autuada anteriormente por infrações à legislação ambiental, pelo que se mostra razoável a fixação da multa em R\$ 10.000,00, que deve ser mantida.

18. Não há como prosperar o pedido da autora para que o Ibama seja compelido a aprovar o seu requerimento de abertura de criadouro conservacionista ou, alternativamente, converta o processo para abertura de mantenedor da fauna silvestre, tendo em vista a não comprovação do preenchimento dos requisitos legais para tanto.

19. Para que o criador se enquadre na categoria de conservacionista, deverá preencher todos os requisitos da Portaria Ibama nº 139-N/1993, que define os criadouros conservacionista, sendo, contudo, a requerente incapaz de comprovar o preenchimento dos referidos requisitos.

20. Apelação do INCRA desprovida. Apelação adesiva da autora parcialmente 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, negar provimento à apelação e, por maioria, dar parcial provimento ao recurso adesivo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 28 de novembro de 2019.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator para o Acórdão

## RELATÓRIO

*A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA (RELATORA):*

Trata-se de apelação e recurso adesivo em ação de rito ordinário, com pedido de tutela antecipada, ajuizada por Yamara Freire da Costa Leite em face do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), objetivando o cancelamento dos Autos de Infração nº 699498-D e nº 699499-D, cujas multas foram impostas nos valores de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e R\$ 111.000,00 (cento e onze mil reais), respectivamente, assim como a condenação do réu à devolução dos animais apreendidos por meio do Auto de Apreensão e Depósito nº 607711-C, alegando que o réu a multou por fazer funcionar estabelecimento sem a devida autorização e manter em cativeiro animais silvestres que resgatou de traficantes em péssimas condições, tendo instalado um criadouro conservacionista no qual investiu significativos recursos financeiros, declarando espontaneamente parte dos animais, sendo o restante depositado em suas instalações pelo próprio Ibama, aduzindo, por fim, que as autuações foram realizadas de forma abusiva e desproporcional, bem como ser o Decreto nº 6.514/2008 ilegal, haja vista que o tipo infracional deveria estar previsto em lei formal e material.

O pedido de tutela antecipada foi indeferido (fls. 951/952).

O r. Juízo *a quo* julgou *procedente em parte o pedido, tão somente para determinar a redução da multa referente ao Auto de Infração nº 699498-D para o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), bem como a redução da multa referente ao Auto de Infração nº 699499-D para de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Em face da sucumbência parcial, condeno as partes ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa atualizado, na proporção da sua derrota. Sentença não sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório (art. 496, 3º, I, do Código de Processo Civil).*

Apelou o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), pleiteando a reforma parcial da r. sentença, alegando inexistir violação dos princípios da razoabilidade e do não confisco, tendo as multas sido aplicadas em valores compatíveis com a conduta infracional e com os parâmetros legais (art. 24, II e art. 66 do Decreto nº 6.514/2008), haja vista tratar-se de gravíssimo ilícito ambiental perpetrado com o intuito de obter lucro e ser o ato administrativo de aplicação de penalidades puramente discricionário.

Apelou também a parte autora, de forma adesiva, pleiteando a reforma parcial da r. sentença, para que: seja declarado nulo o Auto de Infração nº 699498-D ou ao menos mantido o valor fixado na sentença; seja declarado nulo o Auto de Infração nº 699499-D ou, subsidiariamente, seja reduzida a sua condenação para o montante de R\$ 5.500,00 (cinco mil e quinhentos reais); seja concedido o termo de depósito voluntário em relação a dois papagaios que estão em seu convívio há mais de 23 anos; seja o Ibama compelido a aprovar o seu pedido de abertura de criadouro conservacionista ou, alternativamente, converta o processo para abertura de mantenedor da fauna silvestre, uma vez que teria comprovado nos presentes autos o preenchimento dos requisitos legais para tanto.

Com contrarrazões apenas do Ibama, subiram os autos a este E. Tribunal.

Em suas contrarrazões, aduz o Ibama, preliminarmente, que a parte autora deve ser intimada a recolher o preparo de seu recurso, nos termos do art. 1.007, § 4º do CPC, sob pena de deserção.

Tendo em vista que o recurso adesivo foi interposto pela parte autora em face de sentença

proferida já na vigência do Código de Processo Civil de 2015, a recorrente foi intimada para efetuar, no prazo de 10 (dez) dias, o recolhimento das custas recursais, sob pena de deserção, nos termos do art. 997, § 2º e do art. 1.007 § 4º, ambos do CPC/2015.

A parte autora apresentou guia de recolhimento de custas às fls. 1.064/1.065.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

### VOTO

*A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA (RELATORA):*

A apelação e o recurso adesivo não devem prosperar.

Primeiramente, há de ser destacada a inestimável contribuição oferecida pela maioria dos criadores particulares na árdua tarefa de conservação e preservação da fauna silvestre, atividade esta que demanda recursos financeiros, assim como tempo para a sua concretização, gerando indubitável proveito para a presente e futuras gerações, concorrendo para o desenvolvimento da pesquisa científica, bem como da educação ambiental, auxiliando na garantia constitucional a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos termos do disposto no art. 225 da Magna Carta.

Não obstante a importância da aludida atividade, é imprescindível, para a criação e manutenção de cativeiros ou criadores conservacionistas, a regular autorização do órgão ambiental competente, que irá avaliar, dentre outras condições, se o requerente possui estrutura adequada para o manejo dos animais e se a aquisição destes respeitou as disposições legais e infralegais.

A Constituição da República garantiu, em seu art. 225, *caput*, o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, qualificando-o como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), enquanto órgão executor da Política Nacional do Meio Ambiente, promover a preservação, conservação e uso racional, fiscalização, controle e fomento dos recursos ambientais, nos termos do disposto na Lei nº 6.938/81.

Cabe à referida autarquia ambiental, por meio de seu legítimo poder-dever de polícia administrativa, adotar as providências necessárias para coibir eventual prática ambiental ilícita, como meio de execução da política nacional do meio ambiente, conforme se deduz do art. 2º, I e II da Lei nº 7.735/89, *in verbis*:

Art. 2º É criado o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, autarquia federal dotada de personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de:

- I - exercer o poder de polícia ambiental;
- II - executar ações das políticas nacionais de meio ambiente, referentes às atribuições federais, relativas ao licenciamento ambiental, ao controle da qualidade ambiental, à autorização de uso dos recursos naturais e à fiscalização, monitoramento e controle ambiental, observadas as diretrizes emanadas do Ministério do Meio Ambiente; (...)

No caso concreto, a parte autora realizou, em 16/01/2002, pedido de autorização perante o Ibama para que fosse instalado no “Hotel Fazenda Itahypá”, localizada no município de Cesário Lange/SP, um criadouro conservacionista, informando ao órgão ambiental possuir 11 (onze) aves, sendo que 9 (nove) foram resgatadas das mãos de traficantes e outras 2 (duas) são mantidas com a requerente há 10 (dez) anos em cativeiro domiciliar, todas papagaios verdadeiros (*amazona aestiva*) (fl. 64).

Em 04/03/2002, foi expedido um ofício pelo Ibama, informando que o pedido só poderia ser analisado, quanto às aves que estão sob os cuidados da requerente há dez anos, após a assinatura de um termo de depósito voluntário. Quanto aos demais animais de mesma espécie, houve solicitação para que estes fossem depositados voluntariamente no Ibama para que se realizasse o destino adequado (fl. 68).

Em 20/05/2002, houve a expedição do Ofício nº 209, informando que (...) *a única hipótese para obter o registro como criadouro conservacionista seria a entrega voluntária ao Ibama dos animais (amazona aestiva - papagaio verdadeira) (...) e que (...) após este procedimento, o Ibama dará continuidade à análise do processo e disponibilizará de todos os esforços para auxiliá-la na obtenção de matrizes, através de animais objetos de apreensões ou contato com outros criadouros já registrados* (fl. 119).

Por meio do Relatório de Vistoria nº 009, de 28/04/2004, os agentes ambientais do Ibama comunicando à requerente que a homologação do processo estaria condicionada ao atendimento de todas as orientações feitas (fls. 120/123).

Foi expedido então o Ofício nº 91, de 31/01/2005, informando que o pedido de fiel depositário havia sido indeferido, fazendo-se a sugestão de (...) *que os dois papagaios que não foram colocados à disposição sejam disponibilizados ao Ibama, pois não é possível iniciar um criadouro com animais sem origem legal* (fl. 124).

Em 21/02/2009, o Analista Ambiental prestou a Informação nº 68, sugerindo (...) *autuação por todos os espécimes mantidos ilegalmente sob a guarda da interessada (...) e (...) apreensão e retirada do local de todos os espécimes*.

Em 12/09/2011, ajuizou o Ibama a Medida Cautelar de Busca e Apreensão nº 0007959-20.2011.4.03.6110 em face de Yamara Freire da Costa Leite, com o objetivo de obter (...) *autorização judicial para que os servidores do Ibama possam proceder ao ingresso no Criadouro e retirada dos animais para destiná-los ao local adequado, em conformidade com o artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal*. O pedido de liminar foi deferido e confirmado por sentença transitada em julgado para que fosse realizada (...) *busca e apreensão dos animais silvestres nativos (amazona aestiva - papagaio verdadeiro) e de outros que se encontrem sob a guarda da requerida, a ser realizada no criadouro mantido na propriedade denominada “Fazenda Itahipa”, localizada na Rodovia Castelo Branco, Km 137, Bairro Guarapó, município de Cesário Lange/SP*.

Nesse diapasão, no exercício de sua legítima competência, o agente ambiental lavrou, em face da parte autora, em 14/09/2011, o Auto de Infração nº 699498-D (fl. 444), fixando multa de R\$ 100.000,00, por (...) *fazer funcionar estabelecimento, utilizador de recursos ambientais sem autorização do órgão ambiental competente*, nos termos dos arts. 70, § 1º, e 72, II e VII, da Lei nº 9.605/98 e arts. 3º, II e VII, e 66, *caput*, do Decreto nº 6.514/2008, embargando as atividades do Criadouro, conforme Termo de Interdição nº 607709-C (fl. 445).

Na mesma ocasião, o agente ambiental lavrou também o Auto de Infração nº 699499-D (fl. 555), fixando multa de R\$ 111.000,00, em razão de a autora (...) *ter em cativeiro 18 (dezoito) papagaios (amazona aestiva), 02 (dois) Tucanos (ramphastos toco) e 03 (três) araras (ara*

*ararauna), e utilizar 01 (um) papagaio (amazona aestiva), todos sem autorização da autoridade ambiental competente, nos termos dos arts. 70, § 1º e 72, II, da Lei nº 9.605/98 e arts. 3º, II e 24, § 3º, III, do Decreto nº 6.514/2008, realizando o depósito dos animais, conforme Termo de Depósito nº 607712-C (fl. 557).*

Eis os dispositivos utilizados pelo agente ambiental para a apreensão dos animais e aplicação da multa em comento, *in verbis*:

Lei nº 9.605/98

Art. 70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

§ 1º São autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização, bem como os agentes das Capitânicas dos Portos, do Ministério da Marinha.

(...)

Art. 72. As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções, observado o disposto no art. 6º:

(...)

II - multa simples;

(...)

VII - embargo de obra ou atividade;

Decreto nº 6.514/2008

Art. 3º As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções:

(...)

II - multa simples;

(...)

VII - embargo de obra ou atividade e suas respectivas áreas;

(...)

Art. 24. Matar, perseguir, caçar, apanhar, coletar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida:

I - R\$ 500,00 (quinhentos reais) por indivíduo de espécie não constante de listas oficiais de risco ou ameaça de extinção;

II - R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), por indivíduo de espécie constante de listas oficiais de fauna brasileira ameaçada de extinção, inclusive da Convenção de Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção - CITES.

(...)

§ 3º Incorre nas mesmas multas:

(...)

II - quem modifica, danifica ou destrói ninho, abrigo ou criadouro natural; ou

(...)

Art. 66. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar estabelecimentos, atividades, obras ou serviços utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, em desacordo com a licença obtida ou contrariando as normas legais e regulamentos pertinentes:

Multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais).

A questão referente à guarda dos animais silvestres nativos (*amazona aestiva* - papagaio verdadeiro) mantidos no criadouro de propriedade da requerida já foi objeto da medida cautelar



supracitada, cujo trânsito em julgado se deu em 11/12/2012, razão pela qual resta prejudicado o pedido de concessão de termo de depósito voluntário em relação a dois papagaios que estão em seu convívio há mais de 23 anos.

Resta discutir, na presente demanda, assim, a regularidade do procedimento instaurado para a instalação do criadouro conservacionista, dos autos de infração lavrados e das respectivas multas impostas pelo Ibama.

Não há dúvidas no presente caso de que a requerente manteve tanto um criadouro quanto animais silvestres sem a devida autorização do órgão ambiental competente, razão pela qual se mostram escorregias as capitulações legais feitas pela autoridade ambiental nos Autos de Infração nº 699498-D e nº 699499-D.

*In casu*, a requerente foi instada inúmeras vezes a disponibilizar os animais que estavam sob seus cuidados às ações do órgão ambiental, tendo, inclusive, declarado ciência, em 11/03/2005, *de a partir desta data, não manter animais silvestres em cativeiro sem documentação comprobatória de origem* (fl. 126). Não obstante, como bem destacou o Juiz Ciro Brandani Fonseca, na sentença recorrida, (...) *em nenhum momento logrou a autora demonstrar neste feito haver adotado quaisquer providências no sentido de entregar as aves que estavam em seu poder, não bastando para tal fim sua alegação de que jamais fez qualquer oposição ou obstruiu a atividade ambiental do órgão, na medida em que o IBAMA somente logrou realizar a busca e apreensão dos referidos animais mediante decisão judicial proferida nos autos da Medida Cautelar nº 0007959-20.201.4.03.6110*.

Contudo, não obstante o reconhecimento das infrações, bem como da legalidade dos respectivos autos lavrados pelas autoridades ambientais, não entendo que os valores fixados no presente caso a título de multa tenham amparo no princípio da razoabilidade, revestindo as imposições de nítido caráter confiscatório e desproporcional.

Sobre o tema, nos ensina Celso Antônio Bandeira, *in verbis*:

(...) o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricção) significa que lhe conferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. (...) Em outras palavras: ninguém poderá aceitar como critério exegético de uma lei que esta sufrague as providências insensatas que o administrador queira tomar; é dizer, que avalize previamente condutas desarrazoadas, pois isto corresponderia a irrogar dislates à própria regra de Direito. (...) É obvio que uma providência administrativa desarrazoada, incapaz de passar com sucesso pelo crivo da razoabilidade, não pode estar conforme à finalidade da lei. Onde, se padecer deste defeito, será necessariamente, violadora do princípio da finalidade. Isto equivale a dizer que será ilegítima, conforme visto, pois a finalidade integra a própria lei. Em consequência, será anulável pelo Poder Judiciário, a instâncias do interessado.

(Curso de Direito Administrativo, 10ª edição, Malheiros: 1998, pág.68)

Amparando-se em tais princípios, o art. 6º da Lei nº 9.605/98, a qual prescreve sanções penais e administrativas em razão de condutas lesivas ao meio ambiente, dispõe que, para imposição e gradação da pena, deverão ser observados, entre outros critérios, a gravidade do fato e os antecedentes do infrator.

No Processo Administrativo nº 02027.001724/2011-69, referente ao auto de infração nº 699498-D, cuja multa foi fixada inicialmente em R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e lavrado (...) *por fazer funcionar estabelecimento, utilizador de recursos ambientais sem autorização do órgão ambiental competente*, houve a redução da sanção pecuniária, na instância recursal,

para o montante de R\$ 50.500,00 (cinquenta mil e quinhentos reais), levando-se em conta o porte da empresa (micro-empresa) e o nível de gravidade do fato (fls. 913/914).

Como bem destacou o Analista Ambiental Diego Augusto Zanini ao decidir a questão na Primeira Instância administrativa (...) *durante o curso do processo, não ficou demonstrado o equivalente patrimônio da interessada, no entanto, considerando a boa-fé da mesma, bem como a falta de cuidado objetivo do próprio órgão ambiental ao depositar animal silvestre em local não autorizado, considero desproporcional e não razoável o montante aplicado e determino a redução do valor para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), conforme os arts. 123 e 125 do Decreto Federal 6.514/08 e o art. 18 da IN Ibama 10/2012.*

Diante das presentes circunstâncias e dos critérios estabelecidos pelo art. 6º da Lei nº 9.605/98 (a gravidade do fato e os antecedentes do infrator), entendo que a cifra de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) é bastante e suficiente a repercutir na esfera patrimonial da infratora a ponto de desestimulá-la a reincidir na agressão ao patrimônio ambiental em comento, compelindo-a a regularizar a sua atividade.

Já no Processo Administrativo nº 02027.001723/2011-14, referente ao Auto de Infração nº 699499-D, lavrado em razão de a autora (...) *ter em cativeiro 18 (dezoito) papagaios (amazona aestiva), 02 (dois) Tucanos (ramphastos toco) e 03 (três) araras (ara ararauna), e utilizar 01 (um) papagaio (amazona aestiva), todos sem autorização da autoridade ambiental competente*, a multa foi mantida em R\$ 110.000,00 (cento e dez mil reais) (fls. 917/918).

No caso concreto, a autoridade administrativa, quando da fixação e posterior revisão da multa, deixou de considerar o fato de que o próprio Ibama utilizou as instalações da parte autora como depósito de animais silvestres, não havendo discriminação de quais foram entregues pelo órgão ambiental e quais eram originários das aquisições da autora.

Não existe qualquer prova nos autos de que autora infringisse maus tratos aos pássaros sob seus cuidados ou que tivesse sido autuada anteriormente por infrações à legislação ambiental, pelo que se mostra razoável a fixação da multa em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), que deve ser mantida.

Acerca da possibilidade de redução do montante fixado pela autoridade administrativa a título de multa, os seguintes precedentes desta Corte em casos semelhantes:

**APELAÇÃO. ADMINISTRATIVO. IBAMA. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. INFRAÇÃO AMBIENTAL. SISTEMA DESATUALIZADO. REDUÇÃO DA PENA DE MULTA. POSSIBILIDADE. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE.**

1. Afastada a alegação de prescrição, porquanto observado pelo autor o prazo de cinco anos, previsto no artigo 1º do Decreto n. 20.910/32, para o ajuizamento da ação anulatória. O termo *a quo* da prescrição coincide com o encerramento do processo administrativo de imposição da penalidade, que, *in casu*, se deu no ano de 2012.
2. O autor foi autuado pelo IBAMA por utilizar espécies da fauna silvestre nativa em desacordo com a licença outorgada pela autoridade competente, ocasião em que se constatou que dos 78 pássaros presentes na relação atualizada do criadouro, somente 21 foram encontrados no local, razão pela qual também foi lavrado termo de apreensão/depósito dessas aves.
3. Na inicial, o autor afirma que as aves não encontradas no plantel haviam morrido, o que não coincide com as suas declarações no processo administrativo, oportunidade em que, após a lavratura do auto de infração, solicitou nova vistoria em sua residência para que os agentes ambientais constatassem a presença dos pássaros que não se encontravam no dia da fiscalização.
4. Note-se que as informações trazidas pelo autor são desencontradas, quando, na realidade,

era sua responsabilidade, como criador de passeriforme, manter o sistema atualizado.

5. Segundo a Lei n. 9.605/98 e o Decreto 6.514/2008, configura crime ambiental e infração administrativa manter em cativeiro espécimes da fauna silvestre em desacordo com a licença obtida.

6. A aplicação das sanções deve guardar estrita proporcionalidade com a gravidade do fato, os antecedentes do infrator e sua situação econômica, no caso de multa, conforme previsão do art. 6º da Lei 9.605/98.

7. *In casu*, não há provas de que o autor infringisse maus tratos aos pássaros sob seus cuidados ou tivesse sido autuado anteriormente por infrações à legislação ambiental. Da mesma maneira, a situação econômica do autor demonstra a impossibilidade do pagamento da multa fixada em R\$ 39.000,00.

8. A imposição da pena pecuniária no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) mostra-se razoável e proporcional à infração praticada pelo autor e às demais circunstâncias fáticas.

9. “Os atos tidos como discricionários, exercidos pela Administração Pública, devem, ao fixar o quantum de multa ou qualquer outra penalidade, guardar os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, pois, quando exorbitantes, permitem que o Poder Judiciário adeque-os a fim de evitar desequilíbrios inaceitáveis entre a Administração e administrados (...)” (AGARESP 201303611536, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:16/12/2013 ..DTPB:.).

10. Sucumbência recíproca.

11. Apelação do réu e remessa oficial desprovidas.

12. Apelação do autor parcialmente provida.

(TRF3, ApReeNec nº 0008063-65.2013.4.03.6102, Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, TERCEIRA TURMA, j. 15/12/2016, e-DJF3 18/01/2017)

**PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO AMBIENTAL. AUTO DE INFRAÇÃO DECORRENTE DA MANUTENÇÃO DE PASSERIFORMES EM CATIVEIRO SEM LICENÇA E DA UTILIZAÇÃO DE ANILHAS ADULTERADAS. INFRAÇÃO AMBIENTAL PLENAMENTE CONFIGURADA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA NA PARTE QUE CONFIRMOU A AUTUAÇÃO DO IBAMA E AFASTOU O PEDIDO DE INDENIZAÇÃO. PLEITO PELA REDUÇÃO DO VALOR DA MULTA ATENDIDO PARA ADEQUAÇÃO AO PADRÃO SOCIOECONÔMICO DO APELANTE. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.**

1. O apelante foi autuado e multado pelo IBAMA em 5/11/2009, com fulcro no artigo 70 da Lei nº 9.605/98 e nos artigos 3º, II, IV, VII, e 24, §3º, III, e §6º do Decreto nº 6.514/2008, por manter em cativeiro 23 espécimes da fauna brasileira mesmo com a licença de criador amador de passeriformes vencida, além de utilizar anilhas adulteradas em 5 animais. Essas aves foram apreendidas, examinadas e soltas na natureza.

2. Na ação penal acerca dos mesmos fatos, embora tenha ficado comprovada a materialidade e a autoria do delito do artigo 29, §1º, III, da Lei nº 9.605/98, o apelante teve a punibilidade extinta, com fulcro nos artigos 29, §2º, da Lei nº 9.605/98 e 107, IX, do Código Penal (perdão judicial).

3. Verificado que a infração administrativa ambiental está plenamente configurada, mantida a sentença na parte que confirmou a autuação do IBAMA e afastou o pedido de indenização.

4. Analisado o pedido de redução da multa de R\$ 11.500,00 (equivalente a R\$ 500,00 por cada um dos 23 pássaros apreendidos, nos termos do artigo 24, §3º, III, e §6º do Decreto nº 6.514/2008), formulado nessa sede recursal.

5. A dose de discricionariedade inerente ao Direito Administrativo sancionador para a fixação de penalidades pecuniárias - sempre observando seus limites mínimo e máximo - não imuniza o Poder Público do controle do Poder Judiciário, nos aspectos de verificação da estrita legalidade e da proporcionalidade. A Lei nº 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, inclusive trata

em seu artigo 6º da possibilidade de gradação da penalidade aplicada.

6. No caso dos autos, restou constatado que o apelante é pessoa modesta, de poucas posses, que criava os pássaros de forma amadora, sem o intuito de comercialização e que não cometeu infração ambiental anterior. Também, que as aves apreendidas em seu poder estavam bem cuidadas e não eram espécies ameaçadas de extinção.

7. Redução da multa imposta para 5% (cinco por cento) do valor constante no auto de infração nº 520828/D, devidamente corrigido, com o escopo de adequação às condições socioeconômicas do apelante. Precedente dessa Sexta Turma (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AC 0024338-71.2008.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO, julgado em 26/09/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/10/2013).

8. Apelação parcialmente provida.

(TRF3, AC nº 0011052-29.2009.4.03.6120, Rel. Des. Fed. JOHONSOM DI SALVO, SEXTA TURMA, j. 04/08/2016, e-DJF3 16/08/2016)

Por fim, não há como prosperar o pedido da autora para que o Ibama seja compelido a aprovar o seu requerimento de abertura de criadouro conservacionista ou, alternativamente, converta o processo para abertura de mantenedor da fauna silvestre, tendo em vista a não comprovação do preenchimento dos requisitos legais para tanto.

Para que o criador se enquadre na categoria de conservacionista, deverá preencher todos os requisitos da Portaria Ibama nº 139-N/1993, que define os criadouros conservacionista e lhes impõe as seguintes exigências, dentre outras:

Art. 1º Para os efeitos desta Portaria consideram-se Criadouros Conservacionistas, as áreas especialmente delimitadas e preparadas, dotadas de instalações capazes de possibilitar a criação racional de espécies da fauna silvestre brasileira, com assistência adequada.

(...)

Art. 4º Os Criadouros Conservacionistas, deverão cumprir as seguintes exigências:

- a) ter a assistência de pelo menos um biólogo ou um médico veterinário;
- b) possuir instalações adequadas a misteres da alimentação animal;
- c) possuir pelo menos um tratador contratado em regime de tempo integral;
- d) ter capacitação financeira devidamente comprovada;
- e) manter arquivo de registro através de fichas individuais por animal;
- f) manter contato/referência de laboratórios para análises clínicas, para auxiliar no diagnóstico e tratamento de doenças;
- g) apresentar um sistema de marcação dos animais;
- h) necropsiar todos os animais que morrerem e as informações deverão constar na ficha individual do animal; e
- i) sexar todos os espécimes.

Art. 5º Os espécimes do plantel dos Criadouros conservacionistas, em hipótese alguma poderão ser objeto de venda.

Contudo, a requerente foi incapaz de comprovar o preenchimento dos requisitos para abertura do criadouro em questão.

O ato de indeferimento de autorização para o exercício de atividades de criador conservacionista, como todo ato administrativo goza de presunção *juris tantum* de legitimidade, cujo atributo, conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Mello (...) *é a qualidade, que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conformes ao Direito, até prova em contrário* (Curso de Direito Administrativo. 10ª ed. Malheiros: 1998. pg. 257).

Para que seja declarada a ilegitimidade de um ato administrativo, cumpre ao administrado provar os fatos constitutivos de seu direito.

Inexistindo prova capaz de elidir a presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo em questão, não há que se falar em sua exclusão, devendo ser mantida a r. sentença recorrida, também nesse ponto, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Em face de todo o exposto, *nego provimento à apelação e ao recurso adesivo*.

Oportunamente, observadas as cautelas de estilo, baixem os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

### **VOTO CONDUTOR**

Peço vênica para discordar em parte da e. Relatora.

A questão referente à guarda dos animais silvestres nativos (*amazona aestina* - papagaio verdadeiro) mantidos no criadouro de propriedade da requerida foi objeto da medida cautelar de nº 0007959-20.2011.4.03.6100. Não obstante, pode a questão da devolução dos dois papagaios, que estavam no convívio da autora há mais de 23 anos, ser discutida na presente ação, haja vista que a medida cautelar tem por fim, exclusivamente, salvaguardar o resultado útil do processo. Assim sendo, considerado o Ofício nº 975/2019, expedido pelo Ibama, que noticiou que a autarquia, através do Despacho nº 6299093/2019-GABIN, acolhendo a jurisprudência consolidada sobre o tema, passou a considerar válida a posse de psitacídeos desde que prolongada (mínimo de 8 anos) e ausente maus-tratos, vedando-se a sua apreensão pela fiscalização e o seu recebimento no Centros de Triagem de Animais Silvestres (Cetas), salvo se comprovado o não atendimento dos requisitos mencionado, a pretensão neste ponto merece acolhimento.

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento ao recurso adesivo da autora, acompanhando, no mais o voto da e. Relatora.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator para o Acórdão



## **REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL**

**5000907-62.2018.4.03.6005**

Parte Autora: WANDERSON FABIO OVIEDO HERNANDES

Parte Ré: INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE MATO GROSSO DO SUL

Juízo Recorrente: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE PONTA PORÃ - MS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 08/01/2020

### **EMENTA**

ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – REEXAME NECESSÁRIO – MATRÍCULA – AUSÊNCIA DE QUITAÇÃO ELEITORAL – DIREITOS POLÍTICOS SUSPENSOS – DIREITO À EDUCAÇÃO – RESSOCIALIZAÇÃO.

1. O impetrante obteve a pontuação necessária para a inscrição em vaga no curso superior. A matrícula foi indeferida: o impetrante não possui quitação eleitoral, porque está com os direitos políticos suspensos, em decorrência de sentença criminal condenatória.

2. A educação é direito social (artigo 6º, da Constituição). “A ressocialização do preso e a proximidade da família devem ser prestigiadas sempre que ausentes elementos concretos e objetivos ameaçadores da segurança pública” (HC 100.087, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 09.04.10).

3. Há justificativa para a impossibilidade de apresentação da quitação: o impetrante está com os direitos políticos suspensos, em decorrência de condenação criminal. Não há vedação legal à matrícula. A recusa é irregular. Precedentes.

4. Reexame necessário improvido.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao reexame necessário, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

### **RELATÓRIO**

O senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de mandado de mandado de segurança destinado a viabilizar a matrícula no curso de Tecnologia em Gestão do Agronegócio, afastada a exigência de prova do pleno gozo dos direitos políticos.

A r. sentença julgou o pedido inicial procedente.

A Procuradoria Regional da República apresentou parecer (ID 58777717).

Sem recursos voluntários.

É o relatório.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

## VOTO

*O senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:*

O impetrante obteve a pontuação necessária, no SISU, para a inscrição em vaga no curso de Tecnologia em Gestão do Agronegócio, no IFMS.

A matrícula foi indeferida: o impetrante não possui quitação eleitoral, porque está com os direitos políticos suspensos, em decorrência de sentença criminal condenatória.

Esses são os fatos.

A educação é direito social (artigo 6º, da Constituição).

“A ressocialização do preso e a proximidade da família devem ser prestigiadas sempre que ausentes elementos concretos e objetivos ameaçadores da segurança pública” (HC 100.087, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 09.04.10).

No caso concreto, o impetrante obteve a pontuação necessária para o ingresso no curso superior.

A matrícula foi indeferida unicamente pela ausência de prova da quitação eleitoral.

Há justificativa para a impossibilidade de apresentação da quitação: o impetrante está com os direitos políticos suspensos, em decorrência de condenação criminal.

Não há vedação legal à matrícula.

A jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO LEGAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. CERTIDÃO DE QUITAÇÃO ELEITORAL. LEI 4.737/65. CERTIDÃO DA ZONA ELEITORAL. POSSIBILIDADE. MATRÍCULA.

I - Embora o impetrante não tenha apresentado a documentação exigida, forneceu outra certidão dando conta de sua suspensão de direitos políticos. A Certidão expedida pela 19ª. Zona Eleitoral de Ponta Porã/MS, atestando a suspensão dos direitos políticos do impetrante, em virtude de condenação criminal (fl. 63), é prova suficiente da inexistência de quaisquer obrigações eleitorais pendentes.

II - Ademais, a suspensão dos direitos políticos em decorrência de condenação penal não implica a proibição de matricular-se em instituição de ensino, uma vez que a própria legislação criminal incentiva a participação do reeducando em cursos profissionalizantes e superiores, de forma a viabilizar sua reinserção na sociedade.

III - Agravo legal não provido.

(AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 358915 0000256-23.2015.4.03.6005, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:05/02/2016 ..FONTE\_REPUBLICACAO:.)

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. ENSINO SUPERIOR. PERDA DO OBJETO. REJEIÇÃO. MATRÍCULA. QUITAÇÃO ELEITORAL. DESNECESSIDADE. SENTENÇA CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO. SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS.

I - Afasta-se a preliminar de perda do objeto, porquanto o processo ainda se apresenta útil ao Impetrante, que pode ter sua matrícula no curso vindicado invalidada por decisão judicial definitiva, com as consequências daí advindas.

II - A jurisprudência da Corte é no sentido de desconsiderar a exigência da quitação eleitoral para matrícula em instituição de ensino no caso daqueles que tiveram os seus direitos políticos suspensos em face de sentença criminal transitada em julgado. “5. Pelas provas dos autos, vê-se que o impetrante, por ter cumprido parte da pena em regime fechado, não poderia efetivamente votar. Justamente em razão disso é que os direitos políticos do preso são suspensos. Nesse passo, a rigor, não se pode falar em descumprimento de obrigação eleitoral, representando a suspensão dos direitos políticos, por si só, uma espécie de quitação com a Justiça Eleitoral.” (REOMS 0012499-93.2011.4.01.4000/PI, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.145 de 21/11/2012).

III - Remessa Oficial não provida.

(REO 0033282-63.2011.4.01.3400, DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUE-RIAN, TRF1 - SEXTA TURMA, e-DJF1 22/07/2014 PAG 194.)

A recusa é *irregular*.

Por tais fundamentos, *nego provimento* ao reexame necessário.

É o voto.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

## **AGRAVO DE INSTRUMENTO**

**5001510-11.2018.4.03.0000**

Agravante: LUCIA YASSUE TUTUI NOGUEIRA

Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/01/2020

### **EMENTA**

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DA INICIAL. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E DA MATERIALIDADE DOS FATOS. RECURSO NÃO PROVIDO.

- A lei de improbidade busca em seu núcleo identificar os casos de enriquecimento ilícito e de prejuízos à administração e sancionar a conduta dos agentes públicos responsáveis. Porém, também os atos em que embora, *prima facie*, não se vislumbre perda material para a administração, ou ganho para o agente, mas que são realizados em desacordo com os princípios administrativos fundamentais, podem ser subsumidos à Lei.

- O art. 4º da Lei nº 8.429/92 abrange em seu inteiro teor a referência principiológica constitucional inserta no art. 37, “caput”, da CF, pela qual há de caminhar a Administração Pública quando da manifestação de vontade de seus agentes: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

- Portanto todos os agentes públicos estão obrigados por disposição constitucional e infraconstitucional a se conduzirem segundo esses princípios de ordem tal que o Estado e seus interesses primários sejam atendidos pelo administrador, com a adequada valoração dos interesses da coletividade administrada.

- Os atos previstos legalmente como passíveis de submissão à lei de improbidade são enriquecimento ilícito, lesão ao erário por ação ou omissão dolosa ou culposa e atos atentatórios aos princípios da administração pública, violando deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade à instituição.

- Para que se tenha improbidade administrativa é necessário perquirir se o agente público insere-se quanto à sua conduta em uma das hipóteses previstas nos arts. 9º, 10 ou 11 da lei nº 8.429/92. A existência de indícios da prática de atos ímprobos legitima o recebimento da petição inicial. A própria Lei nº 8.429/1992, no art. 17, § 6º, assim o prevê.

- No tocante à alegação de ausência do elemento subjetivo (dolo ou culpa) a ensejar a responsabilização por atos de improbidade administrativa, cumpre registrar que tal aspecto deve ser apurado ao longo do processo e não quando do recebimento da petição inicial.

- Incide na espécie o princípio do “*in dubio pro societate*” em observância ao interesse público envolvido, impondo-se o recebimento da inicial, ante a presença de indícios de atos de improbidade. Precedentes.

- Na presente hipótese, pelas informações trazidas pelo Ministério Público Federal, ratificadas pela decisão agravada, Toshio Misato e Belkis Gonçalves, na qualidade de prefeitos do município de Ourinhos, agindo em concurso com os secretários de saúde

Lúcia Yassue Tutui e André Luis Camargo, teriam sido responsáveis pelas contratações e repasses relacionados ao convênio firmado entre a Prefeitura Municipal de Ourinhos e o Lar Santo Antônio, presidido por Maurício Fernando, Orlando Paulino e Aracaná Nascimento.

- A nota técnica n. 148/2017/REGIONAL/SP emitida pelo Superintendente da Controladoria Regional da União no Estado de São Paulo relata que: a) o convênio celebrado entre a Prefeitura de Ourinhos e o Lar Santo Antônio é uma terceirização irregular do gerenciamento de um serviço público. No convênio se espera que as duas partes empreendam esforços e sacrifícios para alcançar determinado objetivo. Porém, não se identifica participação da Conveniente (Lar Santo Antônio) no financiamento do serviço, ou mesmo contrapartida de natureza patrimonial; b) os valores recebidos a título de taxa de remuneração do conveniente foram irregulares; c) contratações de agentes comunitários de saúde em desacordo com a previsão constitucional e com a Lei n. 11.350/2006; d) inexistência de estudos prévios, adequados e suficientes, para demonstrar que a transferência da gestão do Programa Saúde da Família para entidades do terceiro setor seria a melhor opção e resultaria em melhor desempenho ou menor custo na prestação dos serviços à população; e) ausência de caracterização do caráter complementar na terceirização em saúde realizada, por meio de termos de Convênio, pela Prefeitura de Ourinhos; e f) utilização de entidade do terceiro setor sem as qualificações exigidas pela legislação para a prestação de Serviço de Saúde.

- A petição inicial descreve as circunstâncias fáticas e jurídicas que a embasaram, de modo suficientemente preciso e capaz de ensejar o prosseguimento da ação civil pública, sendo a instrução o momento processual adequado para se apurar a existência ou não dos atos imputados aos requeridos.

- Existem indícios suficientes para o recebimento da petição inicial em face da ora agravante.

- Anote-se que é a instrução processual que irá confirmar ou afastar as circunstâncias imputadas.

- A competência da Justiça Federal se justifica por se cuidar de verbas federais, emanadas do Ministério da Saúde, para operacionalização do Programa Federal Saúde da Família. Ademais, as verbas de origem federal, mesmo quando destinadas aos Municípios sempre estarão sujeitas à fiscalização pelo Tribunal de Contas da União (art. 71, CF). É aplicável ao presente caso, a Súmula nº 208 do STJ, a qual preceitua que: “compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal”.

- O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm entendimento consolidado segundo o qual não há foro por prerrogativa de função para julgamento de ação civil pública que busca a condenação por ato de improbidade administrativa (STJ, RESP nº 600734, Regina Helena Costa, 1ª Turma, DJE de 20/02/2018)

- A existência de repercussão geral reconhecida pelo STF acerca da questão da aplicabilidade, ou não, da Lei 8.429/1992 aos prefeitos (Tema 576) não enseja o sobrestamento do presente feito, já que o Relator na Suprema Corte não determinou a suspensão dos demais processos.

- De qualquer forma, apreciando o tema 576 da repercussão geral, o STF fixou a seguinte tese: “o processo e julgamento de prefeito municipal por crime de responsabilidade (Decreto-lei 201/67) não impede sua responsabilização por atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/1992, em virtude da autonomia das instâncias”



(trânsito em julgado em 04/10/2019).

- Quanto à questão da gratuidade processual pleiteada, cabe assinalar que a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a simples afirmação da pessoa física sobre a incapacidade financeira basta para viabilizar o acesso ao benefício de assistência judiciária gratuita, em qualquer fase do processo (REsp 400791/SP, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, j. 2.02.2006, DJ 03.05.2006; AgRg no Ag 1360426/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. 02/06/2011, DJe 09/06/2011; AgRg nos EDcl no REsp 1239626/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 25/10/2011, DJe 28/10/2011).
- Recurso parcialmente provido apenas para manter a gratuidade processual concedida na decisão nº 1702409.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar parcial provimento ao recurso, apenas para manter a gratuidade processual concedida na decisão nº 1702409, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaram os Des. Fed. MARCELO SARAIVA e ANDRÉ NABARRETE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

### **RELATÓRIO**

Trata-se de agravo de instrumento interposto por LÚCIA YASSUE TUTUI NOGUEIRA contra a decisão (autos nº 0000367-64.2017.403.6125) que, em sede de ação de improbidade administrativa, recebeu contra ela a inicial e indeferiu o benefício da justiça gratuita.

A agravante alega, em síntese: a necessidade do deferimento da justiça gratuita; a inaplicabilidade da lei de improbidade administrativa a agentes políticos, considerando o que foi decidido na Reclamação nº 2138; a incompetência da Justiça Federal de primeiro grau, devido à existência de foro por prerrogativa de função; a incompetência da Justiça Federal (Súmula 209 do STJ); a necessidade de suspensão da ação de improbidade, considerando a pendência de recurso que tramita no E. STF sob o regime de repercussão geral (Tema nº 576); e a ausência de dolo.

A gratuidade pleiteada foi deferida. Quanto às demais questões, pela complexidade e a necessidade de maiores esclarecimentos, foi postergada a apreciação do pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal.

O agravado apresentou contrarrazões.

É o relatório.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

### **VOTO**

O recurso não comporta provimento.

Nos termos do Parágrafo Único do artigo 995 do Novo Código de Processo Civil, a eficácia

da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e se ficar demonstrada a probabilidade de provimento de recurso.

Em sede de cognição sumária, não vislumbro a presença dos requisitos autorizadores à concessão do efeito suspensivo postulado.

Com efeito, a Constituição Federal, em seu artigo 37, determina que “a *Administração Pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*”. Assim, a relação entre o dever da Administração Pública de atuar e o fim almejado pela lei não podem afastar o respeito à lealdade e à boa fé, conceitos constituintes do princípio da moralidade.

O § 4º, do referido artigo, por sua vez, define que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

No meu entender, a probidade administrativa abrange a noção de moralidade administrativa e, assim sendo, toda conduta que atente contra a moralidade administrativa constitui-se, na verdade, em ato configurador de improbidade. No entanto, nem todo ato de improbidade administrativa configura infração à moralidade administrativa. Desta forma, a improbidade é ato de violação à moralidade administrativa e a outros princípios e regras da Administração Pública, expressos ou implícitos, conforme previsão em lei específica.

No intento de regulamentar a previsão constitucional e coibir efetivamente a prática de atos de improbidade, foi promulgada a Lei nº 8.429/92, que disciplinou os atos de improbidade administrativa, os sujeitos ativos e passivos, as sanções cabíveis, bem como os procedimentos administrativos e judiciais aplicáveis.

A Lei nº 8.429/92, ao definir a tipificação dos atos de improbidade administrativa, instituiu termos genéricos e abrangentes para a definição e qualificação das condutas ímprobas, agrupando-os em três categorias, conforme o bem jurídico atingido: atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito, atos de improbidade que causam prejuízo ao erário e atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Os atos de improbidade que acarretam enriquecimento ilícito, previstos nos art. 9ª, da Lei 8.429/92, referem-se à obtenção de qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º da lei de improbidade administrativa. Os atos que causam prejuízo ao erário, consagrados no art. 10 da Lei 8.429/92, relacionam-se à ação ou omissão, dolosa ou culposa, que acarreta perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres da Administração Pública e demais entidades mencionadas no art. 1º, da lei de improbidade administrativa. Constitui ato de improbidade administrativa, ainda, a conduta, comissiva ou omissiva, que contraria princípios da Administração Pública, em desconformidade com os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, na forma do art. 11, da Lei 8.429/92.

Com relação aos sujeitos passivos, estes estão elencados no art. 1º, da Lei nº 8.429/9, e correspondem às pessoas jurídicas titulares do patrimônio público violado ou lesado pelo ato de improbidade administrativa, sejam elas pertencentes à administração direta ou indireta de qualquer dos poderes da União, Estados ou Municípios, ou, ainda, empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido

ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual. De acordo com o parágrafo único do art. 1º, da Lei nº 8.429/92, também estão sujeitos às penas da lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio da entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou creditício de órgão público, bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de 50% do patrimônio, restando restrita a sanção patrimonial nestes casos, à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Por outro lado, os sujeitos ativos (os responsáveis pelas condutas lesivas à Administração Pública) são os agentes públicos ou terceiros. O art. 2º, da Lei de Improbidade Administrativa, define o agente público como sendo todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades públicas da Administração Direta e Indireta. Da mesma forma, a Lei nº 8.429/92 teve o cuidado de apresentar, em seu art. 3º, a definição dos terceiros que estão sujeitos às suas disposições, ou seja, todos aqueles que, mesmo não sendo agentes públicos, induzam ou concorram para a prática do ato ímprobo ou dele se beneficiem sob qualquer forma direta ou indireta.

Desse modo, para que se tenha improbidade administrativa é necessário perquirir se o agente público/terceiros inserem-se quanto a sua conduta em uma das hipóteses previstas nos arts. 9º, 10 ou 11 da lei nº 8.429/92.

Saliento, por oportuno, que a existência de meros indícios da prática de atos ímprobos legitima o recebimento da petição inicial.

A própria Lei nº 8.429/1992, no art. 17, § 6º, assim o prevê, *in verbis*:

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.  
(...)

§ 6º. A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil.

No tocante à ausência do elemento subjetivo (dolo ou culpa) a ensejar a responsabilização por atos de improbidade administrativa, cumpre registrar que tal aspecto deve ser apurado ao longo do processo e não quando do recebimento da petição inicial.

Incide na espécie o princípio do “*in dubio pro societate*” em observância ao interesse público envolvido, impondo-se o recebimento da inicial, ante a presença de indícios de atos de improbidade.

A propósito, transcrevo os seguintes precedentes:

PROCESSUAL. ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. AÇÃO DE IMPROBIDADE. INDÍCIOS. VIABILIDADE.

1. Inexiste ofensa aos arts. 535, I e II, CPC quando o Tribunal de origem se pronuncia de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, tendo o decisum se revelado devidamente fundamentado. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. Precedentes.

2. O aresto confirmou a decisão que recebeu a inicial da ação de improbidade administrativa amparado no fundamento de que “nas ações de improbidade administrativa, incide o

princípio do ‘in dubio pro societate’. Assim, recomenda-se que somente as ações claramente infundadas devem ser previamente afastadas, bastando para o seu recebimento a presença de meros indícios” (e-STJ fl. 166).

4. “Não é nula, por falta de fundamentação, a decisão que aprecia a defesa prévia de maneira sucinta e recebe a inicial após concluir pela existência de indícios de atos de improbidade” AgRg no AREsp 142.545/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 4/12/ 2012, DJe 19/12/ 2012.

5. Não estando o magistrado convencido da inexistência do ato de improbidade administrativa, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita, deve receber a petição inicial da ação civil pública após a manifestação prévia do réu, nos termos do art. 17, § 8º, da lei nº 8.429/92. Precedente.

6. A recorrente não observou as formalidades indispensáveis à interposição do recurso pela alínea “c” do permissivo constitucional, porquanto não procedeu ao cotejo analítico no intuito de demonstrar que os arestos confrontados partiram de situações fático-jurídicas idênticas e adotaram conclusões discrepantes.

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg. no AREsp. 268450/ES, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, j. 19/03/ 2013, DJ 25/03/2013)

**PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECEBIMENTO DA INICIAL DE AÇÃO DE IMPROBIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO FUNDADO NA EFETIVA EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS PARA O RECEBIMENTO DA INICIAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.**

1. A constatação da existência de indícios da prática de atos de improbidade legitima o recebimento da petição inicial, conforme a hipótese do art. 17, §8º, da lei n. 8.429/92. Precedentes: AgRg no AREsp 142.545/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/12/12; AgRg no AREsp 201.181/GO, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 24/10/12; AgRg no AREsp 138.380/DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 22/10/12; AgRg no Ag 1.403.624/MT, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 16/2/12; AgRg no AREsp 19.841/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 20/10/11; EDcl no AgRg no RESp 1.117.325/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 15/9/11.

2. O Tribunal *a quo* entendeu, em fundamentação concisa, que se encontravam presentes indícios da prática dos atos de improbidade. Nesse passo, para rever as premissas firmadas pela instância ordinária, é necessário o reexame do conjunto fático-probatório, o que, à luz do entendimento sedimentado na Súmula n. 7 desta Corte, não é possível em sede de Recurso Especial.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg. no Ag. 1384491/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. 19/03/ 2013, v.u., DJ 25/03/ 2013)

**ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. POSSÍVEL PROMOÇÃO PESSOAL EM PROPAGANDA OFICIAL. INDÍCIOS SUFICIENTES PARA O RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO E PROBATÓRIO NO CASO EM CONCRETO. INOCORRÊNCIA. CONCLUSÃO ALCANÇADA A PARTIR DOS FUNDAMENTOS UTILIZADOS NO ACÓRDÃO RECORRIDO. OCORRÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DOS DISPOSITIVOS TIDO COMO VIOLADOS.**

1. De acordo com a orientação jurisprudencial deste Sodalício, existindo meros indícios de cometimento de atos enquadrados na lei de improbidade Administrativa, a petição inicial deve ser recebida, fundamentadamente, pois, na fase inicial prevista no art. 17, §§ 7º, 8º e 9º, da lei n. 8.429/92, vale o princípio do *in dubio pro societate*, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público. Precedentes.

2. No caso em tela, a análise dos fundamentos expostos no acórdão recorrido - sem que com isso seja necessário realizar o revolvimento do conjunto fático e probatório constante dos autos - há indícios de prática de ato de improbidade, tendo em vista que a promoção pessoal em informes publicitários oficiais é conduta que pode ser enquadrável nos ditames da lei nº 8.429/92, não havendo, assim, que se falar na ausência de justa causa para o processamento da demanda.

3. Além disso, observa-se ser por demais prematura a extinção do processo com julgamento de mérito, tendo em vista que nesta fase da demanda, a relação jurídica sequer foi formada, não havendo, portanto, elementos suficientes para um juízo conclusivo acerca da demanda.

4. Não houve o revolvimento de provas e fatos - o que é vedado na via recursal eleita a teor da Súmula 7/STJ - tendo em vista que, no caso em concreto, a circunstância quanto à existência de indícios de prática de ato qualificado por improbidade administrativa fora retirada do próprio acórdão, quando afirmou que a parte ora agravante - agente público do Município de Vitória/ES - inseriu seu nome no informe publicitário veiculado para estimular o contribuinte a pagar em dia o IPTU.

5. Além disso, não há que se falar em falta de prequestionamento dos dispositivos tidos como violados nas razões do recurso especial - art. 17, §§ 8º e 9º da lei nº 8.429/92 - tendo em vista que houve manifestação expressa a respeito dos mesmos no acórdão recorrido. Inviabilidade, assim, de aplicar as Súmulas 282 e 356, do Supremo Tribunal Federal.

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg. no REsp. 1317127/ES, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 07/03/ 2013, v.u., DJ 13/03/ 2013)

Na presente hipótese, pelas informações trazidas pelo Ministério Público Federal, ratificadas pela decisão agravada, Toshio Misato e Belkis Gonçalves, na qualidade de prefeitos do município de Ourinhos, agindo em concurso com os secretários de saúde Lúcia Yassue Tutui e André Luis Camargo, teriam sido responsáveis pelas contratações e repasses relacionados ao convênio firmado entre a Prefeitura Municipal de Ourinhos e o Lar Santo Antônio, presidido por Maurício Fernando, Orlando Paulino e Aracaná Nascimento.

A nota técnica n. 148/2017/REGIONAL/SP emitida pelo Superintendente da Controladoria Regional da União no Estado de São Paulo relata que: *a)* o convênio celebrado entre a Prefeitura de Ourinhos e o Lar Santo Antônio é uma terceirização irregular do gerenciamento de um serviço público. No convênio se espera que as duas partes empreendam esforços e sacrifícios para alcançar determinado objetivo. Porém, não se identifica participação da Conveniente (Lar Santo Antônio) no financiamento do serviço, ou mesmo contrapartida de natureza patrimonial; *b)* os valores recebidos a título de taxa de remuneração do conveniente foram irregulares; *c)* contratações de agentes comunitários de saúde em desacordo com a previsão constitucional e com a Lei n. 11.350/2006; *d)* inexistência de estudos prévios, adequados e suficientes, para demonstrar que a transferência da gestão do Programa Saúde da Família para entidades do terceiro setor seria a melhor opção e resultaria em melhor desempenho ou menor custo na prestação dos serviços à população; *e)* ausência de caracterização do caráter complementar na terceirização em saúde realizada, por meio de termos de Convênio, pela Prefeitura de Ourinhos; *e f)* utilização de entidade do terceiro setor sem as qualificações exigidas pela legislação para a prestação de Serviço de Saúde.

Constata-se, portanto, que a petição inicial descreve as circunstâncias fáticas e jurídicas que a embasaram, de modo suficientemente preciso e capaz de ensejar o prosseguimento da ação civil pública, sendo a instrução o momento processual adequado para se apurar a existência ou não dos atos imputados aos requeridos.



Assim, entendo haver indícios suficientes para o recebimento da petição inicial em face da ora agravante.

Saliento, por oportuno, que é a instrução processual que irá confirmar ou afastar as circunstâncias imputadas.

Passo à análise das demais alegações invocadas no agravo.

A competência da Justiça Federal se justifica por se cuidar de verbas federais, emanadas do Ministério da Saúde, para operacionalização do Programa Federal Saúde da Família. Ademais, as verbas de origem federal, mesmo quando destinadas aos Municípios sempre estarão sujeitas à fiscalização pelo Tribunal de Contas da União (art. 71, CF). É aplicável ao presente caso, a Súmula nº 208 do STJ, a qual preceitua que: *“compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal”*.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm entendimento consolidado segundo o qual não há foro por prerrogativa de função para julgamento de ação civil pública que busca a condenação por ato de improbidade administrativa (STJ, RESP nº 600734, Regina Helena Costa, 1ª Turma, DJE de 20/02/2018)

Ressalto que a existência de repercussão geral reconhecida pelo STF acerca da questão da aplicabilidade, ou não, da Lei 8.429/1992 aos prefeitos (Tema 576) não enseja o sobrestamento do presente feito, já que o Relator na Suprema Corte não determinou a suspensão dos demais processos.

De qualquer forma, apreciando o tema 576 da repercussão geral, o STF fixou a seguinte tese: *“o processo e julgamento de prefeito municipal por crime de responsabilidade (Decreto-lei 201/67) não impede sua responsabilização por atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/1992, em virtude da autonomia das instâncias”* (trânsito em julgado em 04/10/2019).

Por fim, quanto à questão da gratuidade processual pleiteada, cabe assinalar que a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a simples afirmação da pessoa física sobre a incapacidade financeira basta para viabilizar o acesso ao benefício de assistência judiciária gratuita, em qualquer fase do processo (REsp 400791/SP, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, j. 2.02.2006, DJ 03.05.2006; AgRg no Ag 1360426/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. 02/06/2011, DJe 09/06/2011; AgRg nos EDcl no REsp 1239626/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 25/10/2011, DJe 28/10/2011).

Ante o exposto, *dou parcial provimento* ao recurso, apenas para manter a gratuidade processual concedida na decisão nº 1702409.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

## **APELAÇÃO CÍVEL**

### **5005955-96.2018.4.03.6103**

Apelante: HUMBERTO BRIEN DE OLIVEIRA

Apelada: UNIÃO FEDERAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 21/01/2020

### **EMENTA**

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO INABILITADO EM EXAME MÉDICO. OBESIDADE GRAU III. COMPATIBILIDADE COM AS ATRIBUIÇÕES DO CARGO. RESERVISTA DA AERONÁUTICA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A questão posta nos autos diz respeito à desclassificação de candidato em concurso público por ter sido considerado incapaz às atribuições do cargo, em razão de obesidade acentuada verificada em sede de Inspeção de Saúde.

2. Tratando de concurso público, as etapas relacionadas a testes de capacidade física e exames médicos somente podem ser exigidas se (i) houver previsão legal nesse sentido, (ii) a exigência tiver relação com as atribuições do cargo, (iii) a exigência estiver pautada em critérios objetivos, e (iv) o resultado for passível de recurso. Precedentes: *AgInt nos EDcl no RMS 56.200/PE, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 14/08/2018; AgRg no RMS 39.181/BA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 02/12/2014;*

3. A Portaria DIRSA nº 79/SECSCTEC DE 22.05.2012, expedida pelo Ministério da Defesa, aprovou as Instruções Técnicas das Inspeções de Saúde na Aeronáutica – ICA 160-6 a qual, em seu capítulo destinado ao exame médico geral, no item 4.3.2.1, dispõe que “*serão considerados incapazes para o fim a que se destinam os candidatos que obtiverem os valores de IMC menores que 18,5, caracterizando a magreza, e maiores que 24,9 combinado com a circunferência abdominal aumentada e com o percentual de gordura corporal desfavorável calculado a partir das dobras cutâneas para ambos os sexos caracterizando o sobrepeso e os diversos graus de obesidade*”

4. Do mesmo dispositivo ainda consta que “*os inspecionandos incapacitados nas Inspeções de Saúde Iniciais, de acordo com as normas estabelecidas nos editais dos concursos, poderão realizar inspeções de saúde em grau de recurso, podendo ser solicitados pareceres especializados e, em casos não conclusivos, serem realizados exames, tais como a Bioimpedância ou Impedância Bio-elétrica, excetuando-se os portadores de marcapasso e gestantes em quaisquer fases.*”

5. Destaca-se que a legislação supracitada encontra respaldo na Lei 12.464/2011, a qual dispõe expressamente sobre requisitos para o ingresso na Aeronáutica, dentre eles, que o candidato, quando da inspeção de saúde, seja considerado apto sem restrições por junta médica da Aeronáutica, segundo critérios definidos em instruções desta e constantes no edital do exame de admissão.

6. Não obstante o candidato tenha se inscrito para concorrer ao cargo de especialidade Técnico em Eletricidade (TEE), o concurso teve início com o “*aviso de convocação,*

*seleção e incorporação de profissionais de nível médio voluntários à prestação de serviço militar temporário para o ano de 2016”.*

7. Verifica-se, portanto, que conforme disposto na própria exordial, o certame objetiva a seleção de profissionais de nível médio, voluntário à prestação do Serviço Militar, em caráter temporário, para a formação do Quadro de Sargentos da Reserva de 2ª Classe Convocados.

8. No caso concreto, foi constatado que, em 29.02.2016, o impetrante, com 28 anos de idade e 172 cm de altura, pesava 128kg (ID 67430057, fl. 68), perfazendo um IMC de 43,3, o que o enquadrava na condição de obesidade grau III.

9. Ainda que as funções primordiais do cargo sejam eminentemente de natureza técnica, é certo que para integrar os quadros da Aeronáutica, mesmo sob a categoria de reservista, faz-se necessária a boa aptidão física para eventual exercício de atividades castrenses.

10. Apelação desprovida.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

### **RELATÓRIO**

Trata-se de apelação interposta por Humberto Brien de Oliveira, contra sentença que denegou a ordem pretendida em mandado de segurança, por ele impetrado, em face de ato praticado pelo Presidente da Junta Regular de Saúde do Grupamento de Infraestrutura de Apoio de São José dos Campos (órgão do Comando da Aeronáutica).

Segundo consta na inicial, o impetrante inscreveu-se no concurso EAP/EIP, organizado pelo Comando da Aeronáutica, para concorrer ao cargo de Técnico em Eletricidade (TEE).

Ocorre que, ao longo do desenvolvimento do certame, o candidato foi desclassificado por ocasião da Inspeção de Saúde Inicial, quando foi considerado incapaz, em razão de obesidade, pela Junta Regular de Saúde.

Aduz violação aos princípios da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade, e requer concessão da ordem para assegurar seu direito de participação nas demais fases do concurso público.

O Magistrado *a quo* entendeu pela razoabilidade da reprovação médica, tendo em vista que a exigência se mostra proporcional ao cargo que se pretende exercer. Decidiu ser de rigor a denegação da segurança. Deixou de fixar honorários advocatícios.

Inconformado, o impetrante apelou retomando os fundamentos da inicial.

Com contrarrazões, os autos subiram a esta E. Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

## VOTO

A questão posta nos autos diz respeito à desclassificação de candidato em concurso público por ter sido considerado incapaz às atribuições do cargo, em razão de obesidade acentuada verificada em sede de Inspeção de Saúde.

É sabido que se tratando de concurso público, as etapas relacionadas a testes de capacidade física e exames médicos somente podem ser exigidas se (i) houver previsão legal nesse sentido, (ii) a exigência tiver relação com as atribuições do cargo, (iii) a exigência estiver pautada em critérios objetivos, e (iv) o resultado for passível de recurso.

Observam-se os precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. TESTE DE APTIDÃO FÍSICA. PREVISÃO EM LEI. CRITÉRIOS OBJETIVOS. POSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - *A submissão de candidatos em concurso público ao teste de aptidão física é legítima quando houver, além da observância de critérios objetivos, previsão em lei e no edital. Precedentes.*

III - É firme o entendimento nesta Corte segundo o qual “é vedada, no julgamento de recurso ordinário em mandado de segurança, a apreciação de matéria não abordada pelo Tribunal de origem, sob pena de supressão de instância” (RMS 31.400/TO, 6ªT., Rel. Min. Maria Thereza De Assis Moura, DJe 27/8/2012). Precedentes.

IV - Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

V - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

VI - Agravo Interno improvido.

(AgInt nos EDcl no RMS 56.200/PE, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 14/08/2018)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. POLICIAL MILITAR. CURSO DE FORMAÇÃO. EDITAL SAEB/01/2008. REPROVAÇÃO NO RETESTE. NÚMERO MÍNIMO DE FLEXÕES NÃO REALIZADO. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADO.

1. Trata-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado contra ato atribuído ao Secretário de Administração do Estado da Bahia e ao Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado, com o objetivo de efetuar matrícula no Curso de Formação de Soldado e permitir que o impetrante seja submetido a nova avaliação nas provas em que não conseguiu atingir os índices mínimos.

2. *O Superior Tribunal de Justiça reprime testes físicos em concursos públicos realizados segundo critérios subjetivos do avaliador, bem como a ocorrência de sigilo no resultado do*

*exame e de irrecorribilidade, sob pena de violação dos princípios da legalidade e da impessoalidade. Ocorre que nenhuma dessas situações é verificada no caso.*

3. Compulsando os autos, verifico que o impetrante foi eliminado porque foi reprovado no teste de aptidão física - especificamente no teste da Barra Fixa - em concurso destinado ao provimento de vagas para a seleção de candidatos ao Curso de Formação de Soldado da Polícia Militar Edital SAEB/01/2008.

4. *Tal ato administrativo não pode ser considerado irrazoável, porquanto: a) a aprovação no teste de aptidão física está prevista em edital, b) o critério utilizado é objetivo e c) a exigência é compatível com as atribuições do cargo de policial.*

5. Assim sendo, não atingidos pelo insurgente os critérios de ordem objetiva exigidos no edital, demonstrada a inaptidão do candidato para o cargo almejado, já que reprovado nos testes de esforço físico realizados, e ausente a comprovação de subjetividade, arbitrariedade ou falta de motivação do avaliador, não vejo configurado o direito líquido e certo do impetrante. Precedentes: AgRg no RMS 38.424/BA, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 30.11.2012; e RMS 32.851/BA, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 25.5.2011.

6. O agravante não trouxe qualquer argumento capaz de infirmar os fundamentos da decisão recorrida e demonstrar a ofensa ao direito líquido e certo.

7. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no RMS 39.181/BA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 02/12/2014)

No caso dos autos, a Portaria DIRSA nº 79/SECSCTEC DE 22.05.2012, expedida pelo Ministério da Defesa, aprovou as Instruções Técnicas das Inspeções de Saúde na Aeronáutica – ICA 160-6 a qual, em seu capítulo destinado ao exame médico geral, no item 4.3.2.1, dispõe que *“serão considerados incapazes para o fim a que se destinam os candidatos que obtiverem os valores de IMC menores que 18,5, caracterizando a magreza, e maiores que 24,9 combinado com a circunferência abdominal aumentada e com o percentual de gordura corporal desfavorável calculado a partir das dobras cutâneas para ambos os sexos caracterizando o sobrepeso e os diversos graus de obesidade”*

Do mesmo dispositivo ainda consta que *“os inspecionandos incapacitados nas Inspeções de Saúde Iniciais, de acordo com as normas estabelecidas nos editais dos concursos, poderão realizar inspeções de saúde em grau de recurso, podendo ser solicitados pareceres especializados e, em casos não conclusivos, serem realizados exames, tais como a Bioimpedância ou Impedância Bio-elétrica, excetuando-se os portadores de marcapasso e gestantes em quaisquer fases.”*

Com efeito, destaca-se que a legislação supracitada encontra respaldo na Lei 12.464/2011, a qual dispõe expressamente sobre requisitos para o ingresso na Aeronáutica, dentre eles, que o candidato, quando da inspeção de saúde, seja considerado apto sem restrições por junta médica da Aeronáutica, segundo critérios definidos em instruções desta e constantes no edital do exame de admissão. *Verbis*:

*“Art. 20. Para o ingresso na Aeronáutica e habilitação à matrícula em um dos cursos ou estágios da Aeronáutica destinados à formação ou adaptação de oficiais e de praças, da ativa e da reserva, o candidato deverá atender aos seguintes requisitos:*

*(...)*

*XVIII - atender ainda aos demais requisitos definidos na legislação e regulamentação vigentes e nas instruções do Comando da Aeronáutica, desde que previstos nos editais dos processos seletivos e que não contrariem o disposto nesta Lei.*



(...)

*§ 4º. Quando a inspeção de saúde estiver prevista no processo seletivo, a habilitação à matrícula estará condicionada ao candidato ter sido considerado apto sem restrições por junta de saúde da Aeronáutica, segundo critérios definidos em instruções da Aeronáutica e constantes no edital do exame de admissão.”*

Passa-se à análise das atribuições do cargo.

É certo que, não obstante o candidato tenha se inscrito para concorrer ao cargo de especialidade Técnico em Eletricidade (TEE), o concurso teve início com o “*aviso de convocação, seleção e incorporação de profissionais de nível médio voluntários à prestação de serviço militar temporário para o ano de 2016.*”

Verifica-se, portanto, que conforme disposto na própria exordial, o certame objetiva a seleção de profissionais de nível médio, voluntário à prestação do Serviço Militar, em caráter temporário, para a formação do Quadro de Sargentos da Reserva de 2ª Classe Convocados.

No caso concreto, foi constatado que, em 29.02.2016, o impetrante, com 28 anos de idade e 172 cm de altura, pesava 128kg (ID 67430057, fl. 68), perfazendo um IMC de 43,3, o que o enquadrava na condição de obesidade grau III.

Assim, ainda que as funções primordiais do cargo sejam eminentemente de natureza técnica, é certo que para integrar os quadros da Aeronáutica, mesmo sob a categoria de reserva, faz-se necessária a boa aptidão física para eventual exercício de atividades castrenses.

Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. CESD. INSPEÇÃO DE SAÚDE E TESTE DE AVALIAÇÃO DO CONDICIONAMENTO FÍSICO. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ICA 39-22 é o edital a regulamentar o CESD-2016. Duas avaliações médicas previstas: Inspeção de Saúde e Teste de Avaliação do Condicionamento Físico. A habilitação para o curso estabelece que: (i) na Inspeção de Saúde o militar pode ser considerado “Apto” ou “Apto para o fim a que se destina”, nos termos do ICA 160-1; (ii) e, no Teste de Avaliação do Condicionamento Físico, “Apto (a)”. Não pode este Poder Judiciário, como regra, adentrar o mérito administrativo relativamente à conveniência e oportunidade de se exigir, na inspeção de saúde, as categorias “Apto” e “Apto para o fim a que se destina”. Precedentes: (AIRMS - AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 43985 2013.03.37281-8, GURGEL DE FARIA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:06/02/2017 ..DTPB:.), (EDRESP - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL - 824299 2006.00.43327-0, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:02/06/2008 ..DTPB:.). Agravo improvido.

(TRF 3ª Região, 2ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5003147-65.2016.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIZ PAULO COTRIM GUIMARAES, julgado em 11/04/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 15/04/2019)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. BOMBEIRO DE AERÓDROMO. EXCLUSÃO DE CANDIDATA. ÍNDICE DE MASSA CORPÓREA. EXIGÊNCIA PREVISTA EM EDITAL. ILEGALIDADE. INOCORRÊNCIA. PRESERVAÇÃO DA ISONOMIA. RECURSO IMPROVIDO.

- A agravante participou do certame promovido pelo Ministério da Defesa Exército Brasileiro (Aviso de Convocação nº 35/ Área Técnica- SMR/2 de 20.12.2016) para seleção de Sargento Temporário na área técnica de bombeiro de aeródromo.

- Na fase de inspeção de saúde, foi excluída sob a alegação de apresentar índice de massa corpó-

rea acima do exigido pelo edital. Apresentou recurso administrativo, o qual restou indeferido.

- O Edital é norma reguladora dos concursos públicos, não podendo ser desrespeitado pela Administração Pública, a qual está submetida aos princípios da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório.

- Ademais, nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, é princípio regente das relações entre a Administração Pública e os particulares a impessoalidade, de forma que as decisões administrativas devem se pautar pela isonomia e pela neutralidade, não existindo lugar para concessões, privilégios ou abrandamentos em favor de um ou outro particular dentro de um concurso regido por normas gerais e pré-estabelecidas. Precedentes.

- Extrai-se dos precedentes colacionados que o edital é a lei de qualquer concurso, exame ou seleção realizado pela Administração Pública, e ele vincula tanto o candidato quanto a Administração, os quais devem obedecer às regras nele estipuladas.

- No caso em tela, como bem observado pela r. decisão recorrida, o capítulo reservado à inspeção de saúde, etapa em que ocorreu a eliminação da agravante, o edital do processo seletivo em tela traz, no artigo 32, disposição no sentido de que a referida inspeção será realizada nos termos do previsto pelo volume IX, 9.1, da NIPMEx (Normas Técnicas sobre Perícias Médicas no Exército), de acordo com o qual “serão considerados como contraindicados para matrícula, os candidatos que obtiverem os valores de IMC menores que 18,5, caracterizando a magreza, e maiores que 24,9, caracterizando o sobrepeso e os diversos graus de obesidade.”

- A recorrente apresentou IMC 34,4, classificada como “obesidade classe I – diagnóstico e 66 – H52.1 – CID 10”, sendo então eliminada do certame.

- Não se verifica qualquer ilegalidade nas disposições do edital, mas apenas o não atendimento, pela candidata, da previsão editalícia.

- Permitir que, a despeito disso, a agravante fosse mantida no certame caracterizaria violação ao princípio da isonomia, colocando-a em situação vantajosa em relação aos demais candidatos, principalmente aqueles não aprovados em razão do mesmo critério.

- Recurso improvido.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5004296-62.2017.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 19/10/2017, Intimação via sistema DATA: 27/10/2017)

É e ser mantida a sentença.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

## **AGRAVO DE INSTRUMENTO**

**5008889-03.2018.4.03.0000**

Agravante: UNIÃO FEDERAL

Agravada: PAULA NAKANDAKARI GOYA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/12/2019

### **EMENTA**

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. TELETRABALHO NO EXTERIOR. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. PRESERVAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO. AGRAVO DESPROVIDO.

I - O teletrabalho é relevante instituto da moderna administração pública, está fundado no princípio constitucional da eficiência (Art. 37, *caput*, CF) e, por isso, deve ser prestigiado e aperfeiçoado, sempre de acordo com os critérios da razoabilidade e da preservação do interesse público. Isso significa que aludido instituto não pode ser aplicado de forma a degenerar suas finalidades, convertendo-o, assim, em meio de adstrição absoluta do comportamento administrativo aos desígnios individuais do servidor público. A adoção de tal compreensão conduziria a subordinar-se a atividade administrativa a decisões da vida privada do servidor, o que não parece ser o entendimento que melhor atende ao interesse público.

II - Em certos casos, que também envolvem litígios em torno do teletrabalho, venho entendendo pela concessão da tutela de urgência, quando o servidor necessita deslocar-se para o exterior para acompanhar cônjuge. Assim venho entendendo porque, nestas hipóteses (acompanhamento de cônjuge), acha-se envolvida a necessidade de proteção de valor constitucionalmente qualificado, qual seja, a proteção da unidade familiar (art. 226, CF), como ocorre no presente caso.

III - Agravo de instrumento desprovido.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

### **RELATÓRIO**

*O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):* Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União Federal contra a r. decisão que, em ação ordinária ajuizada em face de si por Paula Nakandakari Goya, deferiu a liminar.

Em suas razões, alega a agravante, em síntese, a ausência dos requisitos necessários à concessão do regime de teletrabalho, no exterior, em decorrência de acompanhamento de cônjuge..

O pedido de antecipação da tutela recursal foi indeferido.

Sem contraminuta.

*É o relatório.*

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

### VOTO

*O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):* A decisão que indeferiu o pedido de efeito suspensivo foi proferida nos seguintes termos:

“Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União Federal contra a r. decisão que, em ação ordinária ajuizada em face de si por Paula Nakandakari Goya, deferiu a liminar.

Em suas razões, alega a agravante, em síntese, a ausência dos requisitos necessários à concessão do regime de teletrabalho, no exterior, em decorrência de acompanhamento de cônjuge. Pede a concessão do efeito suspensivo com base no art. 1019, inciso I, do CPC.

É o relatório. Decido.

De acordo com a prescrição do artigo 294 do novo CPC a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. O artigo 298 dispõe que na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso.

O art. 995, por sua vez, prevê que os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso. Contudo, a eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso (art. 995, parágrafo único).

No caso dos autos, não verifico risco de dano grave e de difícil ou incerta reparação que justifique a concessão da liminar pela via extraordinária, sem a formação do devido contraditório. A concessão de antecipação dos efeitos da tutela recursal é medida excepcional que pretere, mesmo que em parte, garantias do devido processo legal, devendo observar os requisitos legais antes referidos, sob pena de mal ferir a disciplina do art. 298 do CPC.

Ante o exposto, *indefiro* o pedido de antecipação da tutela recursal.

Intimem-se, sendo a parte agravada para apresentar contrarrazões, nos termos do art. 1.019, inciso II, do CPC. Após, voltem conclusos.”

O juízo de origem deferiu o pedido de tutela de urgência com base nos seguintes fundamentos:

“Trata-se de ação declaratória ajuizada por Paula Nakandakari Goya em face da União, com pedido de tutela cautelar antecedente, objetivando seja declarado, liminarmente, o direito da autora de exercer sua atividade profissional, em regime de teletrabalho, no exterior, em decorrência de acompanhamento de cônjuge.

Narra a requerente exercer o cargo de Procuradora da Fazenda Nacional, matrícula SIAPE 1436921, com lotação atual na Unidade da Procuradoria-Seccional da Fazenda Nacional em Jundiá, na Divisão DIDA/PSFN/JUNDI, onde verbera que quase a totalidade do labor é realizado de maneira virtual, mediante utilização de sistemas que possibilitam o acesso aos processos administrativos, bem como aos requerimentos virtuais dos interessados.

Afirma a autora ser casada e possuir duas filhas em idade escolar. Relata que seu cônjuge, colaborador de uma empresa nacional, será transferido para exercer suas atividades profissionais na Inglaterra, a partir do dia 02/04/2018, conforme documentos juntados aos autos.

Aduz que, em 16/02/2018, submeteu requerimento administrativo almejando autorização para o exercício do seu labor mediante regime de teletrabalho em território estrangeiro, pelo prazo que perdurar a remoção de seu cônjuge.

Em prol de sua pretensão, sustenta inexistir vedação legal, tampouco óbices nas normativas internas do órgão a que está subordinada que regulamentam essa modalidade de trabalho, além do que invoca a necessidade premente de proteção da unidade familiar, cujo abrigo encontra-se disciplinado no artigo 226 da Constituição Federal.

Pede, em resumo, o deferimento da tutela cautelar antecedente, a fim de que seja declarado, liminarmente, o direito da autora a continuar o desempenho de sua atividade profissional, em regime de teletrabalho, no exterior, em decorrência de acompanhamento de cônjuge, ou, alternativamente, seja concedida licença para acompanhamento de cônjuge sem ônus e sem prejuízo de sua remuneração.

*Decido.*

Como é cediço, o deferimento do pedido de tutela provisória, nos termos do artigo 294 e seguintes do CPC/2015, está condicionado à configuração da prova inequívoca da urgência ou evidência, devendo ainda a tutela de urgência ser concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300, *caput*, do CPC/2015).

A questão controvertida trazida à baila remonta à possibilidade de a autora, que já exerce suas funções de Procuradora da Fazenda Nacional por teletrabalho (4953393), efetuá-las em domicílio estrangeiro, em decorrência da remoção de seu cônjuge para a Inglaterra.

Não se trata, portanto, de saber se a requerente poderia ou não exercer as suas funções por meio remoto ou se é possível o acompanhamento do cônjuge para o exterior, o que, inclusive, já é assegurado pelo artigo 84 da Lei nº 8.112/90, mas de perquirir se a postulante está adstrita a permanecer na localidade da Unidade de sua lotação para continuar a praticar o seu ofício, mesmo que por teletrabalho.

Consoante se infere da redação contida no artigo 1º, inciso I, da Portaria PGFN nº 1.069, de 09/11/2017, o ‘Home Office’, uma das formas de teletrabalho disciplinadas pela norma em referência, consiste na ‘realização de atividades, de forma desterritorializada ou não, pelos membros da carreira de Procurador da Fazenda Nacional fora das dependências físicas das Unidades da PGFN, sem alteração de lotação ou de exercício.’

Depreende-se, portanto, que o home office constitui modalidade de prestação de serviço público que permite ao servidor a realização de suas tarefas em qualquer localidade, seja dentro do território nacional ou fora dele, como é o caso pretendido pela requerente; logo, é da natureza do trabalho à distância o não comparecimento do agente público à sua Unidade de lotação, desde que suas funções sejam compatíveis com esse tipo de labor.

Cumprir destacar, na hipótese vertente, que não se trata de indevida intromissão do Judiciário no desempenho das atividades típicas do Poder Executivo, porquanto a própria gestão imediata do órgão administrativo não se opôs que a requerente mantivesse a sua atividade profissional por meio remoto e, a princípio, não apontou nenhum óbice sobre a localização física da servidora fosse em terras nacionais ou no estrangeiro.

À guisa de ilustração, o próprio Poder Judiciário, por meio do Conselho Nacional de Justiça, visando regular a nova modalidade de prestação de serviço público, editou a Resolução nº 227, de 15/06/2016, regulamentando o teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário. No capítulo II, sob o título ‘Das condições para a realização do Teletrabalho’, em seu artigo 5º, preconiza que:

‘Art. 5º Compete ao gestor da unidade indicar, entre os servidores interessados, aqueles que atuarão em regime de teletrabalho, observadas as seguintes diretrizes:

I – a realização de teletrabalho é vedada aos servidores que:

- a) estejam em estágio probatório;
- b) tenham subordinados;



- c) ocupem cargo de direção ou chefia;
- d) apresentem contraindicações por motivo de saúde, constatadas em perícia médica;
- e) tenham sofrido penalidade disciplinar nos dois anos anteriores à indicação;
- f) estejam fora do país, salvo na hipótese de servidores que tenham direito à licença para acompanhar o cônjuge; (grifei)

II verificada a adequação de perfil, terão prioridade servidores:

- a) com deficiência;
- b) que tenham filhos, cônjuge ou dependentes com deficiência;
- c) gestantes e lactantes;
- d) que demonstrem comprometimento e habilidades de autogerenciamento do tempo e de organização;
- e) que estejam gozando de licença para acompanhamento de cônjuge; (grifei)

III - .....

§ 10. O servidor que estiver no gozo da licença referida no art. 5º, I, f, caso opte pela realização de teletrabalho, deverá dela declinar, para a volta ao exercício efetivo do cargo.’

Com relação a esse último parágrafo, entendo não ser ele autoaplicável, pois há contradição evidente com o quanto disposto na norma antecedente, beirando à irracionalidade, posto que, se no artigo 5º, inciso I, alínea ‘f’ há o permissivo para a realização do trabalho remoto ao servidor que estiver em gozo de licença para acompanhamento do cônjuge, o parágrafo 10, por sua vez, obstrui a realização deste mesmo trabalho remoto para quem se encontra na situação ali delineada

Fechado esse parêntese, vale o registro de que a pretensão da demandante não prejudica a Administração Pública, mormente porque a servidora continuará a exercer suas funções e ficará submetida a uma carga laborativa superior de, no mínimo 15% (quinze por cento), àquela distribuída aos demais Procuradores da Fazenda Nacional que exerçam funções fisicamente na mesma Unidade de lotação da requerente, consoante determina o artigo 5º da Portaria PGFN nº 1.069/2017.

A seu turno, o perigo de dano irreparável ou risco de perecimento ao resultado útil do processo lastreia-se na proteção familiar da requerente, cujo direito é consagrado pelo artigo 226 da Carta Magna, posto que o moroso trâmite administrativo na formalização e finalização do ato administrativo concernente ao deferimento ou não da postulação da requerente impediria o auxílio no processo de adaptação de suas filhas no território estrangeiro.

Com relação ao pedido subsidiário, entendo que a pretensão, da forma como deduzida, carece de fomento jurídico.

Fica o registro, no entanto, de que a presente decisão concessiva de tutela de urgência tem natureza precária e que o deferimento parcial do pedido autoral não garante qualquer privilégio ou prerrogativa para a servidora pública, tendo em vista que a demandante ainda se submete ao regime de antiguidade e rotatividade estipulado pelo artigo 6º da Portaria PGFN nº 1.069/2017, e, caso seja necessário eventual traslado internacional em decorrência do comando do art. 9º, IV, da aludida Portaria, a sua despesa não poderá ser imputada à Administração Pública, já que a modificação de domicílio corre por conta e risco da beneficiária. Ante o exposto, DEFIRO o pedido de tutela de urgência para permitir que a requerente continue a desenvolver sua atividade profissional em regime de teletrabalho em território estrangeiro, desde que preencha os demais requisitos previstos pela Portaria nº 1.069/2017 da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.

Cite-se a União (AGU).

Comunique-se, por correio eletrônico, a Procuradora-Chefe da Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional em Jundiaí, dando-lhe ciência do teor da presente decisão, para as providências pertinentes, encaminhando-lhe cópia desta digitalizada como anexo.

Cumpra-se. Int.”

Dessa forma, não vejo motivos para alterar o posicionamento adotado, eis que o teletrabalho é relevante instituto da moderna administração pública e está fundado no princípio constitucional da eficiência (Art. 37, *caput*, CF), por isso, deve ser prestigiado e aperfeiçoado, sempre de acordo com os critérios da razoabilidade e da preservação do interesse público. Isso significa que aludido instituto não pode ser aplicado de forma a degenerar suas finalidades, convertendo-o, assim, em meio de adstrição absoluta do comportamento administrativo aos desígnios individuais do servidor público. A adoção de tal compreensão conduziria a subordinar-se a atividade administrativa a decisões da vida privada do servidor, o que não parece ser o entendimento que melhor atende ao interesse público.

Em certos casos, que também envolvem litígios em torno do teletrabalho, venho entendendo pela concessão da tutela de urgência, quando o servidor necessita deslocar-se para o exterior para acompanhar cônjuge. Assim venho entendendo porque, nestas hipóteses (acompanhamento de cônjuge), acha-se envolvida a necessidade de proteção de valor constitucionalmente qualificado, qual seja, a proteção da unidade familiar (art. 226, CF), como ocorre no presente caso.

Diante do exposto, *nego provimento* ao agravo de instrumento, nos termos da fundamentação supra.

*É como voto.*

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

## **AGRAVO DE INSTRUMENTO**

**5006959-13.2019.4.03.0000**

Agravante: RAMON THURLER DE ARAUJO FREM

Agravada: UNIÃO FEDERAL

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/01/2020

### **EMENTA**

AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. AUTODECLARAÇÃO DA CONDIÇÃO DE PARDO. ALTERAÇÃO DE EDITAL COM CONCURSO EM ANDAMENTO. PREVISÃO DE FORMAÇÃO DE COMISSÃO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO SEM PREVISÃO NO EDITAL DE ABERTURA. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. No caso vertente, foi dado parcial provimento ao agravo de instrumento em que se alegava que: a) enquanto candidato majorado, ocuparia uma espécie de cadastro reserva, já enquanto candidato cotista seu ingresso seria imediato, haja vista sua colocação; b) pós a apresentação dos exames médicos, foi submetido à avaliação por uma Comissão de Heteroidentificação que seria responsável por verificar a veracidade da autodeclaração do Agravante quanto à cor parda; c) a comissão não confirmou a autodeclaração feita pelo candidato no momento da inscrição; d) as laudas disponibilizadas apenas se enveredam por situações genéricas que não oportunizam o exercício do direito da ampla defesa; e) o STJ reconheceu ser legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários para a verificação da condição declarada, mas afirma também que as regras do concurso público não podem ser modificadas com o certame em andamento; f) não havendo previsão no edital do Concurso de qual o critério a ser utilizado pelo comissão avaliadora específica, da autodeclaração de pardo, impõe-se a admissão de ambos os critérios. Requereu-se o provimento do recurso para que “a Agravada aceite o prosseguimento do Agravado no certame nas vagas destinadas aos candidatos negros, sendo verídica sua autodeclaração enquanto PARDO, além de reconhecer inequívoco vício insanável que contraria as disposições do edital.”

2. Em agravo interno, a União sustenta: i) que não houve ilegalidade no ato administrativo que eliminou o candidato do concurso público; ii) a impossibilidade de estabelecimento de critérios objetivos para fins de identificar o candidato como negro (preto ou pardo), sob pena de caracterização de racismo e discriminação; iii) a possibilidade de verificação da condição autodeclarada como “parda” por comissão apta a realizar a avaliação subjetiva das características fenotípicas da pessoa. Pugna pelo provimento do presente recurso, com a apresentação do feito em Mesa para julgamento colegiado.

3. Analisando os fundamentos apresentados pela agravante não identifiquei motivo suficiente à reforma da decisão agravada que determinou a reinserção, na mesma posição ocupada pelo agravante, na lista dos cotistas, em conformidade com o edital original, até a prolação da sentença. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática, integrada pela decisão proferida em embargos declaratórios.

4. Agravo interno improvido.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

## RELATÓRIO

*A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA (RELATORA):*

Trata-se de agravo interno interposto pela UNIÃO FEDERAL contra a decisão monocrática que, com fulcro no art. 932, V, do CPC, deu parcial provimento ao agravo de instrumento de RAMON THURLER DE ARAUJO FREM para determinar a reinserção, na mesma posição ocupada pelo agravante, na lista dos cotistas, em conformidade com o edital original, até a prolação da sentença.

Em minuta de agravo de instrumento, a parte alegou que: *a)* enquanto candidato majorado, ocuparia uma espécie de cadastro reserva, já enquanto candidato cotista seu ingresso seria imediato, haja vista sua colocação; *b)* pós a apresentação dos exames médicos, foi submetido à avaliação por uma Comissão de Heteroidentificação que seria responsável por verificar a veracidade da autodeclaração do Agravante quanto à cor parda; *c)* a comissão não confirmou a autodeclaração feita pelo candidato no momento da inscrição; *d)* as laudas disponibilizadas apenas se enveredam por situações genéricas que não oportunizam o exercício do direito da ampla defesa; *e)* o STJ reconheceu ser legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários para a verificação da condição declarada, mas afirma também que as regras do concurso público não podem ser modificadas com o certame em andamento; *f)* não havendo previsão no edital do Concurso de qual o critério a ser utilizado pelo comissão avaliadora específica, da autodeclaração de pardo, impõe-se a admissão de ambos os critérios. Requereu fosse dado provimento ao recurso para que *“a Agravada aceite o prosseguimento do Agravado no certame nas vagas destinadas aos candidatos negros, sendo verídica sua autodeclaração enquanto PARDO, além de reconhecer inequívoco vício insanável que contraria as disposições do edital.”*

Neste agravo interno, a União sustenta: i) que não houve ilegalidade no ato administrativo que eliminou o candidato do concurso público; ii) a impossibilidade de estabelecimento de critérios objetivos para fins de identificar o candidato como negro (preto ou pardo), sob pena de caracterização de racismo e discriminação; iii) a possibilidade de verificação da condição autodeclarada como “parda” por comissão apta a realizar a avaliação subjetiva das características fenotípicas da pessoa.

Pugna pelo provimento do presente recurso, com a apresentação do feito em Mesa para julgamento colegiado.

Com contrarrazões, vieram os autos conclusos para julgamento.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

## VOTO

*A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA (RELATORA):*

Não assiste razão à agravante.

A decisão monocrática foi proferida nos seguintes termos:

A agravante interpôs o presente agravo de instrumento, com pedido de antecipação de tutela recursal, m face de decisão proferida pelo R. Juízo da 4ª Vara Federal de Campinas que, em mandado de segurança, indeferiu a liminar objetivando ordem que determine à autoridade coatora que aceite o prosseguimento do Impetrante no certame nas vagas destinadas aos candidatos negros, sob alegação de veracidade de sua autodeclaração como PARDO (ID 14691654 dos autos originários)

Alega a agravante, em suas razões recursais, que a) enquanto candidato majorado, ocuparia uma espécie de cadastro reserva, já enquanto candidato cotista seu ingresso seria imediato, haja vista sua colocação; b) pós a apresentação dos exames médicos, foi submetido à avaliação por uma Comissão de Heteroidentificação que seria responsável por verificar a veracidade da autodeclaração do Agravante quanto à cor parda; c) a comissão não confirmou a autodeclaração feita pelo candidato no momento da inscrição; d) as laudas disponibilizadas apenas se enveredam por situações genéricas que não oportunizam o exercício do direito da ampla defesa; e) o STJ reconheceu ser legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários para a verificação da condição declarada, mas afirma também que as regras do concurso público não podem ser modificadas com o certame em andamento; f) não havendo previsão no edital do Concurso de qual o critério a ser utilizado pelo comissão avaliadora específica, da autodeclaração de pardo, impõe-se a admissão de ambos os critérios.

Requer seja dado provimento ao agravo para que “a Agravada aceite o prosseguimento do Agravado no certame nas vagas destinadas aos candidatos negros, sendo verídica sua autodeclaração enquanto PARDO, além de reconhecer inequívoco vício insanável que contraria as disposições do edital.”(ID Num. 44029982 - Pág. 7)

Processado o agravo, foi apresentado contrarrazões pela Fazenda Nacional, no sentido de manter a decisão agravada, negando provimento ao agravo interposto pela parte autora.

Devidamente intimado, o Ministério Público Federal ofereceu parecer no sentido de dar provimento ao recurso interposto pelo autor.

Passo a decidir com fulcro no art. 932, V, b, do Código de Processo Civil/2015.

Assiste parcialmente razão à agravante.

A tutela antecipada foi analisada nestes autos, cujo teor transcrevo:

Neste juízo de cognição sumária, diviso os requisitos que possibilitam a antecipação, em parte, da tutela recursal requerida, nos termos dos art. 1019, I c/c art. 294 do Código de Processo Civil/2015. Em matéria de concurso público, a competência do Poder Judiciário se limita à apreciação da legalidade das normas instituídas no edital e dos atos praticados na realização do concurso. Sobre o tema, o STF definiu, em sede de repercussão geral:

“Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Concurso público. Correção de prova. Não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas. Precedentes. 3. Excepcionalmente, é permitido ao Judiciário juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame. Precedentes. 4. Recurso extraordinário provido”. (STF, RE 632853, GILMAR MENDES, j. 23.04.2015, DJ 29-06-2015)

O cerne da questão ora apreciada cinge-se ao enquadramento do candidato nas regras do edital na versão originalmente divulgada, acerca dos critérios para preenchimento da vaga de cotista na condição de pessoa preta ou parda.



Esta E. Corte tem se posicionado no sentido da legalidade dos mecanismos de avaliação da autodeclaração, pela instituição interessada, com base na Lei nº 12.711/2012: TRF 3ª Região, 6ª Turma, AI 5012164-57.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 18/03/2019, Intimação via sistema DATA: 22/03/2019; TRF 3ª Região, 3ª Turma; AI 5019289-76.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 21/12/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 09/01/2019; TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap 0012052-89.2016.4.03.6000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 20/09/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/09/2017; TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, Ap 0002605-57.2015.4.03.6115, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, julgado em 06/09/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/09/2017; TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AI 0019906-29.2015.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 03/03/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/03/2016.

No caso em exame, no entanto, interessa particularmente a alteração promovida no Edital, quando já em curso o processo seletivo.

O Edital n. 2/SCONC de 8 de maio de 2018, da Escola Preparatória de Cadetes do Exército previa originalmente: a autodeclaração quanto a condição de candidato preto ou pardo, no momento da inscrição (art. 6º, parágrafo único, IV, ID Num. 14642370 - Pág. 33 dos autos originários); a etapa de submissão a uma comissão específica para verificação da veracidade da autodeclaração dos convocados para as vagas reservadas a pretos ou pardos (art. 24, §2º, V, ID Num. 14642370 - Pág. 35, dos autos originários); e a eliminação do processo seletivo na hipótese de constatação de autodeclaração falsa (art. 84 §5º, ID Num. 14642370 - Pág. 42, dos autos originários). Não havia, portanto, especificação quanto ao critério a ser utilizado, se genótipo ou fenótipo.

Em 28/12/2018 houve retificação do Edital, para inclusão do Anexo H, trazendo o “Procedimento de Heteroidentificação Complementar à Autodeclaração dos Candidatos Negros no Processo Seletivo da ESPCEX/2018”, no qual constou que a comissão de heteroidentificação utilizará exclusivamente o critério fenotípico para aferição da condição declarada pelo candidato no processo seletivo (ID Num. 14642371 - Pág. 3 dos autos originários)

A Orientação Normativa n. 3/2016 da Secretaria de Gestão de Pessoas e Relações do Trabalho no Serviço Público do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão estabelece que o critério a ser considerado deve ser tão-somente os aspectos fenotípicos (art. 2º, §1º). Essa mesma orientação aponta também que o edital deve prever e detalhar os métodos de verificação da veracidade da autodeclaração, com a indicação de comissão designada para tal fim. No caso em análise, tais previsões foram incluídas somente no momento da retificação do Edital, com o concurso já em andamento, como destacado.

A propósito, o STJ já decidiu sobre a impossibilidade de modificação de regras do concurso público com o certame em andamento:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. VAGAS RESERVADAS PARA CANDIDATOS NEGROS. AUTODECLARAÇÃO. ÚNICA EXIGÊNCIA EDITALÍCIA. POSTERIOR REALIZAÇÃO DE ENTREVISTA PARA AFERIÇÃO DO FENÓTIPO SEM PREVISÃO NO EDITAL DE ABERTURA. FALTA DE AMPARO LEGAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO.

1. Em se cuidando de disputa de cargos públicos reservados pelo critério da cota racial, ainda que válida a utilização de parâmetros outros que não a tão só autodeclaração do candidato, há de se garantir, no correspondente processo seletivo, a observância dos princípios da vinculação ao edital, da legítima confiança do administrado e da segurança jurídica.

2. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório impõe o respeito às regras previamente estipuladas, as quais não podem ser modificadas com o certame já em andamento.

3. O Edital nº 01/2015 - TJDF, que tornou pública a abertura do concurso público destinado

ao provimento de cargos no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, estabeleceu, como critério único para a disputa de vagas reservadas para negros, a autodeclaração do candidato, à qual foi atribuída presunção de veracidade (item 6.2.3), em conformidade, aliás, com o disposto no art. 5º, § 2º, da Resolução CNJ nº 203/2015.

4. Embora o item 6.2.4 do edital originário previsse a possibilidade de se comprovar a falsidade da autodeclaração, nenhuma referência o acompanhou quanto à forma e ao momento em que a Comissão de Concurso poderia chegar a essa constatação. Daí que a posterior implementação de uma fase específica para tal finalidade, não prevista no edital inaugural e com o certame já em andamento, não se revestiu da necessária higidez jurídica, não se podendo, na seara dos concursos públicos, atribuir validade a cláusula editalícia supostamente implícita, quando seu conteúdo possa operar em desfavor do candidato.

5. Nesse contexto, não era lícito à Administração Pública, após a aprovação dos candidatos nas provas objetiva e discursiva, introduzir inovação nas regras originais do certame (no caso concreto, por intermédio do Edital nº 15/2016) para sujeitar os concorrentes a ‘entrevista’ por comissão específica, com o propósito de aferir a pertinência da condição de negros, por eles assim declarada ao momento da inscrição no concurso. À conta dessa conduta, restou afrontado pela Administração, dentre outros, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Precedente desta Corte em caso assemelhado: AgRg no RMS 47.960/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, DJe 31/05/2017.

6. Recurso ordinário provido para, reformando o acórdão recorrido, conceder a segurança, determinando-se a reinserção do nome do recorrente na lista dos candidatos que concorreram às vagas destinadas ao provimento por cota racial, respeitada sua classificação em função das notas que obteve no certame”.

(ROMS - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 54907 2017.01.90530-7, SÉRGIO KUKINA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:18/04/2018)

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PROMOTOR DE JUSTIÇA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA. INTERPRETAÇÃO DE REGRAS EDITALÍCIAS. ALTERAÇÃO DAS REGRAS DO EDITAL NO DECORRER DO CERTAME. PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA SEGURANÇA JURÍDICA. POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO EVIDENCIADO.

1. Recurso ordinário no qual se discute as regras de edital de concurso para o cargo de Promotor de Justiça do Estado de Rondônia.

2. No caso, o Edital n. 40, de 19 de agosto 2010 procedeu a alteração na fórmula de cálculo da nota de corte prevista, inicialmente, no Edital n. 39, de 21 de julho de 2010, na medida em que passou a exigir que a nota mínima de 6 pontos para a aprovação na fase discursiva fosse apurada por meio de média aritmética, e não mais por simples somatório das notas, como previsto no edital inaugural.

3. *Não pode a Administração Pública, durante a realização do concurso, a pretexto de fazer cumprir norma do Conselho Superior do MP/RO, alterar as regras que estabeleceu para a classificação e aprovação dos candidatos, sob pena de ofensa aos princípios da boa fé e da segurança jurídica.*

4. Recurso ordinário provido”.

(ROMS - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 37699 2012.00.82935-3, BENEDITO GONÇALVES, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:02/04/2013)

Dessa forma, a Retificação do Edital, ocorrida em dezembro/2018, estabelecendo que o critério a ser utilizado pela Comissão de Heteroidentificação, para confirmar, ou não, a autodeclaração feita pelo candidato no momento da inscrição, ofende o princípio da vinculação ao edital e da segurança jurídica.

O perigo de dano está presente no risco da desclassificação e impossibilidade de prosseguir nas demais etapas do certame.

Em face do exposto, DEFIRO PARCIALMENTE a antecipação da tutela (CPC/2015, art. 1019, I), para determinar a reinserção, na mesma posição ocupada pelo ora agravante, na lista dos cotistas, até a prolação da sentença.

Para complementar, trago outros precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça e da Suprema Corte afirmando que a mudança de critérios no curso do certame ofende o princípio da vinculação ao edital, *in verbis*:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. CANDIDATO APROVADO NAS VAGAS DESTINADAS AOS NEGROS E PARDOS. CRITÉRIO DA AUTODECLARAÇÃO. PREVISÃO EDITALÍCIA. VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A questão em debate cinge-se à verificação da suposta ilegalidade do ato administrativo estadual gaúcho que determinou a nulidade da inscrição do recorrente no concurso público para o cargo de Oficial de Controle Externo, Classe II, do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, conforme Edital 002/2013, em face da ausência de comprovação da sua afrodescendência declarada para fins de concorrência nas vagas específicas para negros e pardos.

2. *In casu*, o recorrente teve a inscrição no concurso cancelada ao fundamento de que não preenchia os requisitos necessários a concorrer às vagas destinadas aos negros e pardos, uma vez que, apesar de ser parda, não teria comprovado ser filho de pai ou mãe negra, não podendo sua cor de pele ter advindo de seus avós ou outro parente ancestral.

3. Os requisitos analisados pela Comissão não guardam relação com o previsto no edital e sequer com a Lei Gaúcha 14.147/2012, uma vez que foram estabelecidos de forma aberta e irrestrita por seus integrantes que, inclusive, destacaram que para os efeitos aqui pretendidos, há que ser considerado pardo o filho de mãe negra e pai branco (ou vice-versa), condição que não possui o candidato (fls. 97).

4. O próprio critério adotado pelo IBGE para classificação da cor é subjetivo, baseado na autodeclaração do entrevistado, não abrangendo apenas o binômio branco/negro, mas também os encontros interracialis entre brancos e indígenas, brancos e negros e negros e indígenas. Isto demonstra a complexidade que envolve a realização do Censo no Brasil, em razão das variáveis decorrentes do processo miscigenatório, do qual, aliás, resulta a raça brasileira dos mulatos claros, a que aludiu o sociólogo Gilberto Freire.

5. A classificação de cor na sociedade brasileira, por força da miscigenação, torna-se difícil, mesmo para o etnólogo ou antropólogo. A exata classificação dependeria de exames morfológicos que o leigo não poderia proceder. Até mesmo com relação aos amarelos, é difícil caracterizar o indivíduo como amarelo apenas em função de certos traços morfológicos, os quais permanecem até a 3a. e 4a. gerações, mesmo quando há cruzamentos. Com relação ao branco, preto e pardo a dificuldade é ainda maior, pois o julgamento do pesquisador está relacionado com a cultura regional. Possivelmente o indivíduo considerado como pardo no Rio Grande do Sul, seria considerado branco na Bahia, na segura observação da Professora Aparecida Regueira (As Fontes Estatísticas em Relações Raciais e a Natureza da Investigação do Quesito Cor nas Pesquisas Sobre a População no Brasil: Contribuição para o Estudo das Desigualdades Raciais na Educação. Site IBGE).

6. Nesse contexto, importa salientar que se o Edital estabelece que a simples declaração habilita o candidato a concorrer nas vagas destinadas a negros e pardos, e não fixa os critérios para aferição desta condição, não pode a Administração, posteriormente, sem respaldo legal ou no Edital do Certame, estabelecer novos critérios ou exigências adicionais, sob pena de afronta ao princípio da vinculação ao edital, além de se tratar de criterologia arbitrária, preconcebida e tendente a produzir o resultado previamente escolhido.

7. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é rigorosamente torrencial e uniforme quanto à obrigatoriedade de se seguir fielmente as disposições editalícias como garantia do princípio da igualdade, e sem que isso signifique qualquer submissão a exigências de ordem meramente positivistas.

8. Dessa forma, mostra-se líquido e certo o direito do recorrido em ter anulado o ato que determinou o cancelamento de sua inscrição na lista específica para negros e pardos, bem como para restabelecer os efeitos de sua nomeação, para que, preenchidos os demais requisitos legais, tome posse no cargo de Oficial de Controle Externo, Classe II, do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul.

9. Agravo Regimental do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL desprovido”.

(AgRg no RMS 47.960/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/04/2017, DJe 31/05/2017)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE ARGUMENTOS APTOS A REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE PERITO MÉDICO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. DIREITO À POSSE. EXIGÊNCIA DE RESIDÊNCIA MÉDICA E/OU DE TÍTULO DE ESPECIALIZAÇÃO PREVISTA NO EDITAL. ART. 9º, § 1º, DA LEI N.10.876/2004. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Se a Lei n. 10.876/2004, que criou a carreira de Perícia Médica da Previdência, previu a possibilidade de o regulamento estipular outros requisitos para ingresso no cargo, válida a exigência, constante do edital do certame, de que o candidato apresente certificado de residência na área ou de especialista. Precedente.

2. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que o edital é a lei do concurso e de que suas regras obrigam tanto a Administração quanto os candidatos, em atenção ao princípio da vinculação ao edital.

3. Na espécie, correta a denegação da segurança pela instância ordinária, visto que não foram comprovadas a liquidez e a certeza do direito invocado pelos candidatos.

4. Agravo regimental improvido”.

(AgRg no REsp 1124254/PI, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 29/04/2015)

“MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CONCURSO PARA A MAGISTRATURA DO ESTADO DO PIAUÍ. CRITÉRIOS DE CONVOCAÇÃO PARA AS PROVAS ORAIS. ALTERAÇÃO DO EDITAL NO CURSO DO PROCESSO DE SELEÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. O Conselho Nacional de Justiça tem legitimidade para fiscalizar, inclusive de ofício, os atos administrativos praticados por órgãos do Poder Judiciário (MS 26.163, rel. min. Carmem Lúcia, DJe 04.09.2008).

2. Após a publicação do edital e no curso do certame, só se admite a alteração das regras do concurso se houver modificação na legislação que disciplina a respectiva carreira. Precedentes. (RE 318.106, rel. min. Ellen Gracie, DJ 18.11.2005).

3. No caso, a alteração das regras do concurso teria sido motivada por suposta ambigüidade de norma do edital acerca de critérios de classificação para a prova oral. Ficou evidenciado, contudo, que o critério de escolha dos candidatos que deveriam ser convocados para as provas orais do concurso para a magistratura do Estado do Piauí já estava claramente delimitado quando da publicação do Edital nº 1/2007.

4. A pretensão de alteração das regras do edital é medida que afronta o princípio da moralidade e da impessoalidade, pois não se pode permitir que haja, no curso de determinado processo de seleção, ainda que de forma velada, escolha direcionada dos candidatos habilitados às provas orais, especialmente quando já concluída a fase das provas escritas subjetivas e divulgadas as notas provisórias de todos os candidatos.

5. Ordem denegada”.

(MS 27160, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2008, DJe-043 DIVULG 05-03-2009 PUBLIC 06-03-2009 EMENT VOL-02351-02 PP-00285 RSJADV maio, 2009, p. 41-46)

Em face do exposto, com supedâneo no art. 932, V, “b” do Código de Processo Civil, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao agravo de instrumento.

Assim, analisando os fundamentos apresentados pela agravante não identifico motivo suficiente à reforma da decisão agravada. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

Em face de todo o exposto, *nego provimento ao agravo interno*.

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora





# **Direito Civil**





**APELAÇÃO CÍVEL**  
**0000650-07.2013.4.03.6100**

Apelante: ADRIANA DE FATIMA LUCCA  
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL  
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR  
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/12/2019

**EMENTA**

**DIREITO CIVIL. BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA.**

I - Comprovação da mora em contrato de alienação fiduciária que pode ser efetivada mediante carta registrada com aviso de recebimento e entregue no seu domicílio, não se exigindo que a assinatura constante seja a do próprio destinatário. Precedentes. Hipótese de devedor regularmente notificado acerca da cessão do crédito à CEF e da existência de débito no endereço indicado no contrato firmado entre as partes.

II - Cabível, em ação de busca e apreensão, a discussão acerca da legalidade das cláusulas contratuais como matéria de defesa. Precedente do E. STJ.

III - Admissibilidade da cobrança da tarifa de cadastro porquanto prevista em ato normativo padronizador da autoridade monetária. Precedente do STJ no regime dos recursos repetitivos.

IV - O STJ fixou tese, no regime dos recursos repetitivos, admitindo a cobrança de tarifa de avaliação do bem dado em garantia e das despesas com registro do contrato, ressaltando as hipóteses de reconhecimento de abuso por cobrança de serviço não efetivamente prestado e a possibilidade de controle da onerosidade excessiva em cada caso concreto. Hipótese dos autos em que não se patenteia abusividade na cobrança dos encargos.

V - Rejeitada alegação de “venda casada”, nada nos autos evidenciando que a instituição financeira tenha condicionado a pactuação da alienação fiduciária à contratação de seguro.

VI - Possibilidade de contratação e cobrança da comissão de permanência sem cumulação com outros encargos decorrentes do inadimplemento. Precedentes do STJ e desta Corte.

VII - Ausência de demonstração de eventual resistência do credor a requerimento que tivesse sido formulado objetivando informação do valor de venda do veículo em leilão.

VIII - Recurso desprovido.

**ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

## RELATÓRIO

Trata-se de ação de busca e apreensão proposta pela Caixa Econômica Federal - CEF objetivando a apreensão de veículo automotor, dado em garantia de alienação fiduciária.

Às fls. 25/26 foi proferida decisão deferindo a liminar de busca e apreensão do bem e determinando a citação da ré.

À fl. 54 foi certificado o cumprimento da medida liminar, bem como a citação da parte ré, que apresentou contestação às fls. 29/43.

Por sentença proferida às fls. 72/75vº foi julgado procedente o pedido formulado pela parte autora para consolidação da propriedade do bem dado em garantia de alienação fiduciária no patrimônio da requerente.

Apela a parte ré (fls. 87/103), aduzindo ausência de caracterização da mora e ilegitimidade ativa da CEF, também impugnando a sentença com alegações de possibilidade de declaração de nulidades contratuais em sede de contestação de ação de busca e apreensão, de descaracterização da mora em razão da cobrança de encargos abusivos, de ausência de comprovação de gastos, contraprestação específica e informação precisa acerca das tarifas previstas no contrato (tarifa de cadastro, avaliação do bem e tarifa de registro contrato), de vedada imposição de seguro apenas do grupo do apelado, de indevida incidência de comissão de permanência à taxa de 16% ao mês e, subsidiariamente, requerendo que o banco seja compelido à prestação de contas nestes autos acerca do valor de venda do bem e sua compensação no saldo devedor.

Com contrarrazões, subiram os autos.

*É o relatório.*

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

## VOTO

Ao início, observo que prevê a legislação de regência sobre a comprovação da mora, o E. STJ firmando entendimento sumulado sobre o tema:

Súmula 72 STJ: “A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente.”

Dispõe o art. 2º, §2º, do Decreto-lei 911/69 que a comprovação da mora na alienação fiduciária pode ser efetivada mediante carta registrada com aviso de recebimento e entregue no domicílio do devedor, não se exigindo que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário.

É o que se verifica na hipótese, o devedor sendo notificado regularmente no endereço indicado no contrato firmado, consoante se extrai dos documentos colacionados às fls. 17/18.

Neste sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA MORA. SÚMULA N. 72 DO STJ. REQUISITO NÃO ATENDIDO NO CASO CONCRETO. NOTIFICAÇÃO EXTRA-JUDICIAL QUE NÃO SE DESTINOU AO ENDEREÇO DO DEVEDOR. PREMISSA FÁTICA



ASSENTADA PELO TRIBUNAL A QUO. SÚMULA N. 7 DO STJ. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. *Nos contratos de alienação fiduciária em garantia regidos pelo Decreto-lei n. 911/1969, a mora se configura automaticamente quando vencido o prazo para o pagamento (mora ex re), mas o deferimento da busca e apreensão tem como pressuposto a comprovação desse fato por meio de notificação extrajudicial do devedor fiduciante. Súmula n. 72 do STJ.*

2. *Para a comprovação da mora é imprescindível que a notificação extrajudicial seja encaminhada ao endereço do domicílio do devedor, ainda que seja dispensável a notificação pessoal. Precedentes.*

3. Nas hipóteses em que o Tribunal *a quo* assenta a premissa fática de que a notificação não foi entregue no domicílio do devedor, é impossível modificar-se esse entendimento em recurso especial, para concluir pela comprovação da mora, em atenção ao enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 731.695/RS, STJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/10/2015, DJe 26/10/2015)

RECURSO ESPECIAL. BUSCA E APREENSÃO DE BEM OBJETO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. MORA *EX RE*. NOTIFICAÇÃO. NECESSÁRIA APENAS À COMPROVAÇÃO PARA AJUIZAMENTO DA AÇÃO E DEFERIMENTO DA LIMINAR. DOMICÍLIO. ATUALIZAÇÃO, EM CASO DE MUDANÇA. DEVER DO DEVEDOR. BOA FÉ-OBJETIVA. ENVIO DE NOTIFICAÇÃO PARA O ENDEREÇO CONSTANTE DO CONTRATO. FRUSTRAÇÃO, EM VISTA DA DEVOLUÇÃO DO AVISO DE RECEBIMENTO, COM ANOTAÇÃO DE MUDANÇA DO NOTIFICADO. DOCUMENTO, EMITIDO PELO TABELIÃO, DANDO CONTA DO FATO. CUMPRIMENTO PELO CREDOR DA PROVIDÊNCIA PRÉVIA AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO, QUE PODERIA SER-LHE EXIGÍVEL.

1. A boa-fé objetiva tem por escopo resguardar as expectativas legítimas de ambas as partes na relação contratual, por intermédio do cumprimento de um dever genérico de lealdade e crença, aplicando-se a aos os contratantes. Destarte, o ordenamento jurídico prevê deveres de conduta a serem observados por ambas as partes da relação obrigacional, os quais se traduzem na ordem genérica de cooperação, proteção e informação mútuos, tutelando-se a dignidade do devedor e o crédito do titular ativo, sem prejuízo da solidariedade que deve existir entre eles.

2. A moderna doutrina, ao adotar a concepção do vínculo obrigacional como relação dinâmica, revela o reconhecimento de deveres secundários, ou anexos, que incidem de forma direta nas relações obrigacionais, prescindindo da manifestação de vontade dos participantes e impondo ao devedor, até que ocorra a extinção da obrigação do contrato garantido por alienação fiduciária, o dever de manter seu endereço atualizado.

3. Por um lado, embora, em linha de princípio, não se deva descartar que o réu possa, após integrar a demanda, demonstrar ter comunicado ao autor a mudança de endereço, não cabe ao Juízo invocar a questão de ofício. Por outro lado, não há necessidade de que a notificação extrajudicial, remetida ao devedor fiduciante para comprovação da mora, em contrato garantido por alienação fiduciária, seja recebida pessoalmente por ele.

4. *A mora decorre do simples vencimento, devendo, por formalidade legal, para o ajuizamento da ação de busca e apreensão, ser apenas comprovada pelo credor mediante envio de notificação, por via postal, com aviso de recebimento, no endereço do devedor indicado no contrato. Tendo o recorrente optado por se valer do Cartório de Títulos e Documentos, deve instruir a ação de busca e apreensão com o documento que lhe é entregue pela serventia, após o cumprimento das formalidades legais.*

5. Recurso especial provido.

(REsp 1592422/RJ, STJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 22/06/2016)

Igualmente há de ser afastada alegação de ilegitimidade ativa da CEF tendo em vista restar comprovado através do documento de fl. 17 a cessão do crédito pelo Banco Pan S/A em favor da autora, bem como ter sido notificada a parte devedora acerca do fato.

Prosseguindo na análise do recurso da parte ré, anoto que em ação de busca e apreensão é cabível a discussão acerca da legalidade das cláusulas contratuais como matéria de defesa. Neste sentido a jurisprudência consolidada do STJ:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. BANCÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. DISCUSSÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. POSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA.

1. A Segunda Seção consolidou entendimento afirmando ser “possível a discussão sobre a legalidade de cláusulas contratuais como matéria de defesa na ação de busca e apreensão” (REsp n. 267.758/MG, Relator Ministro ARI PARGENDLER, Relator para Acórdão Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/4/2005, DJ 22/6/2005, p. 222).

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1573729/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 01/03/2016).

No tocante à cobrança da Tarifa de Cadastro, observo que o Superior Tribunal de Justiça firmou, com base no procedimento dos recursos repetitivos (REsp 1.251.331/RS e 1.255.573/RS), entendimento no sentido de que a partir da vigência da Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 3.518/07 iniciada em 30.04.2008, limitou-se a cobrança por serviços bancários às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pela autoridade monetária, no caso estando tipificada no ato normativo padronizador e depreendendo-se a admissibilidade da estipulação e cobrança do referido encargo. Confira-se:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DIVERGÊNCIA. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. JUROS COMPOSTOS. MEDIDA PROVISÓRIA 2.170-36/2001. RECURSOS REPETITIVOS. CPC, ART. 543-C. TARIFAS ADMINISTRATIVAS PARA ABERTURA DE CRÉDITO (TAC), E EMISSÃO DE CARNÊ (TEC). EXPRESSA PREVISÃO CONTRATUAL. COBRANÇA. LEGITIMIDADE. PRECEDENTES. MÚTUO ACESSÓRIO PARA PAGAMENTO PARCELADO DO IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES FINANCEIRAS (IOF). POSSIBILIDADE.

1. “A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada” (2ª Seção, REsp 973.827/RS, julgado na forma do art. 543-C do CPC, acórdão de minha relatoria, DJe de 24.9.2012).

2. Nos termos dos arts. 4º e 9º da Lei 4.595/1964, recebida pela Constituição como lei complementar, compete ao Conselho Monetário Nacional dispor sobre taxa de juros e sobre a remuneração dos serviços bancários, e ao Banco Central do Brasil fazer cumprir as normas expedidas pelo CMN.

3. Ao tempo da Resolução CMN 2.303/1996, a orientação estatal quanto à cobrança de tarifas pelas instituições financeiras era essencialmente não intervencionista, vale dizer, “a regulamentação facultava às instituições financeiras a cobrança pela prestação de quaisquer tipos de serviços, com exceção daqueles que a norma definia como básicos, desde que fossem efetivamente contratados e prestados ao cliente, assim como respeitassem os procedimentos voltados a assegurar a transparência da política de preços adotada pela instituição.”

4. Com o início da vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30.4.2008, a cobrança por

serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pelo Banco Central do Brasil.

5. A Tarifa de Abertura de Crédito (TAC) e a Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) não foram previstas na Tabela anexa à Circular BACEN 3.371/2007 e atos normativos que a sucederam, de forma que não mais é válida sua pactuação em contratos posteriores a 30.4.2008.

6. A cobrança de tais tarifas (TAC e TEC) é permitida, portanto, se baseada em contratos celebrados até 30.4.2008, ressalvado abuso devidamente comprovado caso a caso, por meio da invocação de parâmetros objetivos de mercado e circunstâncias do caso concreto, não bastando a mera remissão a conceitos jurídicos abstratos ou à convicção subjetiva do magistrado.

7. *Permanece legítima a estipulação da Tarifa de Cadastro, a qual remunera o serviço de “realização de pesquisa em serviços de proteção ao crédito, base de dados e informações cadastrais, e tratamento de dados e informações necessários ao início de relacionamento decorrente da abertura de conta de depósito à vista ou de poupança ou contratação de operação de crédito ou de arrendamento mercantil, não podendo ser cobrada cumulativamente” (Tabela anexa à vigente Resolução CMN 3.919/2010, com a redação dada pela Resolução 4.021/2011).*

8. É lícito aos contratantes convencionar o pagamento do Imposto sobre Operações Financeiras e de Crédito (IOF) por meio de financiamento acessório ao mútuo principal, sujeitando-o aos mesmos encargos contratuais.

9. *Teses para os efeitos do art. 543-C do CPC:* - 1ª Tese: Nos contratos bancários celebrados até 30.4.2008 (fim da vigência da Resolução CMN 2.303/96) era válida a pactuação das tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador, ressalvado o exame de abusividade em cada caso concreto.

- 2ª Tese: *Com a vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30.4.2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pela autoridade monetária. Desde então, não mais tem respaldo legal a contratação da Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) e da Tarifa de Abertura de Crédito (TAC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador. Permanece válida a Tarifa de Cadastro expressamente tipificada em ato normativo padronizador da autoridade monetária, a qual somente pode ser cobrada no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira.*

- 3ª Tese: Podem as partes convencionar o pagamento do Imposto sobre Operações Financeiras e de Crédito (IOF) por meio de financiamento acessório ao mútuo principal, sujeitando-o aos mesmos encargos contratuais.

10. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1251331/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/08/2013, DJe 24/10/2013).

Em relação à tarifa de avaliação do bem dado em garantia e das despesas com registro do contrato/gravame, a Segunda Seção do STJ, em julgamento de recurso especial submetido ao rito dos repetitivos (REsp 1578553), fixou tese considerando válidas tais cobranças, ressalvadas as hipóteses de reconhecimento de abuso por cobrança de serviço não efetivamente prestado e a possibilidade de controle da onerosidade excessiva em cada caso concreto. Confira-se ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. TEMA 958/STJ. DIREITO BANCÁRIO. COBRANÇA POR SERVIÇOS DE TERCEIROS, REGISTRO DO CONTRATO E AVALIAÇÃO DO BEM. PREVALÊNCIA DAS NORMAS DO DIREITO DO CONSUMIDOR SOBRE A REGULAÇÃO BANCÁRIA. EXISTÊNCIA DE NORMA REGULAMENTAR VEDANDO A COBRANÇA A TÍTULO DE COMISSÃO DO CORRESPONDENTE BANCÁRIO. DISTINÇÃO ENTRE O

**CORRESPONDENTE E O TERCEIRO. DESCABIMENTO DA COBRANÇA POR SERVIÇOS NÃO EFETIVAMENTE PRESTADOS. POSSIBILIDADE DE CONTROLE DA ABUSIVIDADE DE TARIFAS E DESPESAS EM CADA CASO CONCRETO.**

1. **DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA:** Contratos bancários celebrados a partir de 30/04/2008, com instituições financeiras ou equiparadas, seja diretamente, seja por intermédio de correspondente bancário, no âmbito das relações de consumo.

2. **TESES FIXADAS PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015:** 2.1. Abusividade da cláusula que prevê a cobrança de ressarcimento de serviços prestados por terceiros, sem a especificação do serviço a ser efetivamente prestado; 2.2. Abusividade da cláusula que prevê o ressarcimento pelo consumidor da comissão do correspondente bancário, em contratos celebrados a partir de 25/02/2011, data de entrada em vigor da Res.-CMN 3.954/2011, sendo válida a cláusula no período anterior a essa resolução, ressalvado o controle da onerosidade excessiva; 2.3. *Validade da tarifa de avaliação do bem dado em garantia, bem como da cláusula que prevê o ressarcimento de despesa com o registro do contrato, ressalvadas a:* 2.3.1. *abusividade da cobrança por serviço não efetivamente prestado; e a* 2.3.2. *possibilidade de controle da onerosidade excessiva, em cada caso concreto.*

3. **CASO CONCRETO.**

3.1. Aplicação da tese 2.2, declarando-se abusiva, por onerosidade excessiva, a cláusula relativa aos serviços de terceiros (“serviços prestados pela revenda”).

3.2. Aplicação da tese 2.3, mantendo-se hígidas a despesa de registro do contrato e a tarifa de avaliação do bem dado em garantia.

4. **RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.**

(REsp 1578553/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/11/2018, DJe 06/12/2018).

No caso dos autos, observo que o contrato foi efetivamente registrado no Sistema Nacional de Gravames, conforme documento de fl. 15, destarte não havendo se cogitar de abusividade na cobrança da tarifa de registro do contrato/gravame.

No que se refere à tarifa de avaliação/vistoria, o que se verifica é que a hipótese é de financiamento com alienação fiduciária, havendo previsão contratual de avaliação do bem dado em garantia (cláusula 2.3.4), sendo que no caso o bem foi avaliado em R\$ 26.000,00, conforme se observa no contrato à fl. 11, vale dizer, tudo quanto posto nos autos infirma a hipótese de não prestação do serviço.

Rejeito, também, a alegação versando caracterização de “*venda casada*”, nada nos autos evidenciando que a instituição financeira tenha condicionado a pactuação da alienação fiduciária à contratação de seguro.

Anoto a impertinência da impugnação relativa a serviços de terceiros, não constando cobrança da tarifa pelo agente financeiro.

No tocante à comissão de permanência, sua incidência está prevista na Resolução 1.129/86 do BACEN, que vigorou até 31 de agosto de 2017, conforme disposto na Resolução 4.558/17, sendo que sua cobrança foi reconhecida devida pelo E. STJ, que editou o Enunciado nº 294 sobre o tema:

Súmula 294 STJ: “Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato”.

Por outro lado, a 2ª Seção do STJ, no julgamento do Resp nº 271.214-RS, consignou o caráter múltiplo da comissão de permanência, prestando-se “(...) *simultaneamente, para atualizar e para remunerar a moeda*”, sendo legítima a sua aplicação nos contratos bancários desde que pactuada mas inadmissível a sua cobrança cumulativamente com outros encargos.

Nesse sentido editado o Enunciado nº 472 pela Segunda Seção do E. STJ:

Súmula 472 STJ: “A cobrança de comissão de permanência - cujo valor não pode ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato - exclui a exigibilidade dos juros remuneratórios, moratórios e da multa contratual”.

É jurisprudência pacífica do E. STJ reconhecendo a legalidade da comissão de permanência mas também vedação de cumulatividade com demais encargos decorrentes do inadimplemento, destarte possibilitando-se sua contratação e cobrança porém sem cumulação com taxa de rentabilidade, juros moratórios, multa moratória/pena convencional, juros remuneratórios e correção monetária, a propósito destacando-se os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO GARANTIDO COM CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. CUMULAÇÃO COM OUTROS ENCARGOS MORATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. 1. “É legal a cobrança da comissão de permanência na fase de inadimplência, desde que não cumulada com correção monetária, juros remuneratórios, multa contratual e juros moratórios (Súmulas 30, 294 e 472 do STJ)” (AgRg no AREsp n. 264.054/RS, Relatora Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 6/2/2015). 2. Agravo regimental a que se nega provimento. ..EMEN:(AGRESP 201102693134, ANTONIO CARLOS FERREIRA, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:23/04/2015 ..DTPB:.)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DO DEVEDOR. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. DESPACHO SANEADOR. PRECLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE DE RECONSIDERAÇÃO EM SEDE DE SENTENÇA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. POSSIBILIDADE DE COBRANÇA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO EM PARTE.

1. Afigura-se despiciendo o rechaço, uma a uma, de todas as alegações deduzidas pelas partes, bastando ao órgão julgador que decline as razões jurídicas que embasaram a decisão, não sendo exigível que se reporte de modo específico a determinados preceitos legais. Violação ao art. 535 afastada.

2. Não pode o magistrado ao seu talante reconsiderar questão decidida em sede de saneador, relativa à penhorabilidade de bem constrito - a fortiori porque mantida a decisão pela segunda instância, em sede de agravo de instrumento -, porquanto já acobertada pelo manto da preclusão.

3. Consoante entendimento da Segunda Seção desta Corte Superior, é admitida a comissão de permanência durante o período de inadimplemento contratual (Súmula nº 294/STJ), desde que não cumulada com a correção monetária (Súmula nº 30/STJ), com os juros remuneratórios (Súmula nº 296/STJ) ou moratórios, nem com a multa contratual.

4. Recurso especial parcialmente provido.

(STJ - RESP 254.236 - DJ 22/03/2010 - REL. MIN. LUIS SALOMÃO - QUARTA TURMA)

CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. PEÇAS NÃO AUTENTICADAS. AUSÊNCIA DE LEGITIMAÇÃO PROCESSUAL. INCIDENTE ALEGADO A DESTEMPO. REJEIÇÃO. CO-



MISSÃO DE PERMANÊNCIA. NÃO CUMULADA. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS PACTUADA. SÚMULAS N. 5 E 7/STJ. CONTRATOS POSTERIORES À MP N. 1.963-17. JUROS REMUNERATÓRIOS. ACÓRDÃO QUE DECIDE COM FUNDAMENTAÇÃO BASEADA NA LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL E ORDINÁRIA. NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA N. 126-STJ. RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO NESSA PARTE.

I. Com relação à capitalização, a 2ª Seção, ao apreciar o REsp n. 602.068/RS, entendeu que somente nos contratos firmados após 31.03.2000, data da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17, revigorada pela MP n. 2.170-36, em vigência graças ao art. 2º da Emenda Constitucional n. 32/2001, é admissível a capitalização dos juros em período inferior a um ano. In casu, o contrato sob exame foi firmado posteriormente às normas referenciadas, de modo que legítima a capitalização dos juros remuneratórios, como pactuada.

II. *Referentemente à comissão de permanência, firmou-se o entendimento de que ela pode ser deferida de acordo com a Súmula n. 294 deste Tribunal, desde que sem cumulação com juros remuneratórios e moratórios, multa e correção monetária (2ª Seção, AgR-REsp n. 706.368/RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, unânime, DJU de 08.08.2005).*

III. A limitação dos juros remuneratórios com base da Lei de Usura, sob o pretexto de revogação da Lei n. 4.595/1964 pela Constituição Federal, com fulcro na qual foi editada a Súmula n. 596-STF, exige a interposição de recurso extraordinário. Incidência da Súmula n. 126/STJ.

IV. Agravo regimental parcialmente provido.

(AGRESP 1052298. Relator Aldir Passarinho Junior. Quarta Turma. DJE DATA :01/03/2010).

CONTRATO BANCÁRIO. REVISÃO CONTRATUAL. RELATIVIZAÇÃO DO *PACTA SUNT SERVANDA*. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. COMPROVAÇÃO DO ERRO. DESNECESSIDADE. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. NÃO CUMULATIVIDADE COM OUTROS ENCARGOS MORATÓRIOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A revisão dos contratos é possível em razão da relativização do princípio *pacta sunt servanda*, para afastar eventuais ilegalidades, ainda que tenha havido quitação ou novação. [...] 3. *A comissão de permanência é admitida durante o período de inadimplemento contratual, não podendo, contudo, ser cumulada com qualquer dos demais encargos moratórios.* 4. *Agravo regimental improvido.*

(STJ, 4ª Turma, AGRESP 879268, Rel.Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 06/02/2007, DJ 12/03/2007, p. 254)

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO MONITÓRIA. APRESENTAÇÃO PELA AUTORA DO CÁLCULO DISCRIMINADO DO DÉBITO ADEQUADO AOS PADRÕES LEGAIS. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA ADMITIDA, SEM CUMULAÇÃO, TODAVIA, COM A CORREÇÃO MONETÁRIA E A “TAXA DE RENTABILIDADE”. - Exigência da chamada “taxa de rentabilidade”, presente na comissão de permanência, cuja exata qualificação jurídica está a depender da análise de estipulação contratual (Súmula n. 5 - STJ). - Admitida pela agravante que a “taxa de rentabilidade” é um dos elementos da comissão de permanência, resta claro ser indevida a cobrança cumulativa das duas parcelas. - Consoante assentou a Segunda Seção, a comissão de permanência abrange, além dos juros remuneratórios e da correção monetária, a multa e os juros de mora (AgRg no REsp n. 706.368-RS e 712.801-RS). - Agravo regimental improvido, com imposição de multa.

(STJ, 4ª Turma, AgRESP 491437, Rel.Min. Barros Monteiro, j. 03/05/2005, DJ 13/06/2005, p. 310).

No mesmo sentido, julgados desta Corte, que ora colaciono:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. EFEITO MATERIAL DA REVELIA NÃO CONFIGURADO. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. TAXA DE JUROS. CAPI-

TALIZAÇÃO DE JUROS. ARGUMENTAÇÃO GENÉRICA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. RECURSO DE APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. “Esta Corte firmou o entendimento de que a ausência de impugnação dos Embargos à Execução não implica revelia, uma vez que, na fase executória, o direito do credor encontra-se consubstanciado no próprio título, que se reveste da presunção de veracidade, cabendo ao embargante-executado o ônus quanto à desconstituição de sua eficácia.” (AGRESP 201002224411, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:13/10/2015)

2. A Lei nº 10.931/04 (art. 28, *caput* e §2º) reconhece expressamente ter a Cédula de Crédito Bancário natureza de título executivo extrajudicial. No presente caso, verifico que a Cédula de Crédito Bancário está acompanhada dos extratos bancários e do demonstrativo de débito, conferindo liquidez e exequibilidade ao título.

3. Não há impedimento para que a taxa de juros seja cobrada em percentual superior a 12% ao ano, tratando-se de operações realizadas por instituição integrante do Sistema Financeiro Nacional. A jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que, cuidando-se de operações realizadas por instituição integrante do Sistema Financeiro Nacional, não incide a limitação prevista na lei de Usura (Decreto nº 22.626, 07.04.33).

4. Plenamente possível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos bancários, cfr. prevê a Medida Provisória nº 1963-17 de 31.03.00, reeditada atualmente sob o nº 2.170-36, desde que pactuada. Na hipótese dos autos, o instrumento contratual celebrado entre as partes foi firmado em data posterior à edição da referida Medida Provisória, motivo pelo qual é possível a sua aplicação. A constitucionalidade da referida Medida Provisória, outrossim, é plenamente aceita pela jurisprudência, consoante se observa dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.

5. É tranquilo entendimento dos Tribunais Federais que alegações vagas e genéricas acerca da abusividade de cláusulas contratuais não permitem a declaração da respectiva nulidade, nem mesmo nas hipóteses de relações acobertadas pela proteção consumerista. Precedentes.

6. *Não é possível que a comissão de permanência seja calculada com base no Certificado de Depósito Interbancário (CDI), acrescido de taxa de rentabilidade. Precedentes.*

7. Apelação parcialmente provida.

(TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, AC – Apelação Cível - 2138294 - 0001570-47.2014.4.03.6002, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, julgado em 24/10/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/11/2017)

CIVIL E PROCESSO CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO DE CRÉDITO ROTATIVO. AGRAVO RETIDO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE DA CITAÇÃO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INDAMISSIBILIDADE DE MONITÓRIA. AUSÊNCIA DE DOCUMENTO HÁBIL. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. HONORÁRIOS. SENTENÇA REFORMADA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. Examinando os autos, verifico que a prova pericial requerida pela parte ré foi indeferida pela decisão de fl. 156, que também concluiu pelo julgamento antecipado da lide, por se tratar de matéria exclusivamente de direito, sendo prescindível a instauração da fase probatória. Contra esta decisão, a parte ré interpôs agravo retido, às fls. 159/165, o qual foi devidamente reiterado nas preliminares da apelação. Passo à apreciação do agravo. Sustenta a parte apelante, em síntese, que a prova pericial é imprescindível para verificar se os cálculos apresentados estão de acordo com as taxas praticadas no mercado e também se estão de acordo com os encargos definidos no contrato, porquanto o excesso de cobrança não é questão de direito. Alega que o indeferimento da produção da prova enseja cerceamento de defesa. Pois bem. O artigo 330 do Código de Processo Civil permite ao magistrado julgar antecipadamente a causa e dispensar a produção de provas, quando a questão for unicamente de direito e os documentos acostados aos autos forem suficientes ao exame do pedido. E o artigo 130 do Código de Processo Civil confere ao juiz a possibilidade de avaliar a necessidade da prova e de indeferir as diligências

inúteis ou meramente protelatórias, de modo que, caso a prova fosse efetivamente necessária a prova pericial contábil para o deslinde da questão, teria o Magistrado ordenado sua realização, independentemente de requerimento. Na hipótese, inexiste o alegado cerceamento de defesa, porquanto a parte recorrente confessa a existência da dívida, porém, de forma genérica e sem qualquer fundamentação, insurge-se contra os valores cobrados tão somente sob a alegação de onerosidade excessiva - deixando de questionar qualquer cláusula contratual que considere abusiva.

2. No momento em que a parte autora requereu a citação das rés por edital, já havia sido realizadas tentativas de citação das rés (fls. 71 e 92) e o Sr. Oficial de Justiça havia certificado que as rés encontram-se em lugar incerto e não sabido (fl. 71). Portanto, foram cumpridos os requisitos da citação por edital, constantes nos artigos 231 e 232 do Código de Processo Civil.

3. Não há mais controvérsia acerca da aplicabilidade dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras, conforme posicionamento do Supremo Tribunal Federal na ADIN 2591/DF e disposto no enunciado da súmula nº 297 do Superior Tribunal de Justiça. Embora inegável a relação de consumo existente entre os litigantes, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, não significa ignorar por completo as cláusulas contratuais pactuadas, a legislação aplicável à espécie e o entendimento jurisprudencial consolidado.

4. Para a proposição da ação monitória é exigido, tão somente, uma prova escrita da obrigação, destituída de força executiva, servindo, assim qualquer instrumento ou documento que traga em si alguma probabilidade de se reconhecer a existência da obrigação a ser cumprida. Vale dizer que o excesso de cobrança não inibe o procedimento monitório, pois tais valores podem ser revistos mediante simples cálculos aritméticos. Em se tratando de Contrato de Abertura de Crédito Rotativo/Cheque Especial/Limite de Crédito para Desconto, o C. Superior Tribunal de Justiça já pacificou, por meio da edição da Súmula nº 247, abaixo transcrita, que o contrato de abertura de crédito acompanhado de demonstrativo do débito é suficiente para respaldar a ação monitória.

5. O Banco Central do Brasil, com os poderes conferidos pelo Conselho Monetário Nacional, por meio da Resolução nº 1.129/86, na forma do artigo 9º da Lei 4.595/64, facultou às instituições financeiras a cobrança da comissão de permanência, sendo legítima a sua exigência, porquanto instituída por órgão competente e de acordo com previsão legal. Além disso, a legitimidade da cobrança da comissão de permanência nos contratos bancários encontra-se sufragada pela jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, como se vê dos enunciados das Súmulas 30, 294 e 296. No caso concreto, o aludido encargo foi convencionado pelas partes conforme consta à fl. 20 (cláusula décima segunda) e fl. 62 (cláusula vigésima quarta) dos contratos descritos na inicial. Anote-se, por outro lado, que *na comissão de permanência já estão inseridas todas as verbas decorrentes do inadimplemento, razão pela qual não é possível sua cumulação com outros encargos como juros moratórios, multa contratual, juros remuneratórios e correção monetária, sob pena de configurar verdadeiro bis in idem. Nesse sentido, aliás, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, cristalizado no enunciado da Súmula 472. No caso concreto, o aludido encargo foi pactuado de forma cumulada com a taxa de rentabilidade, conforme depreende das cláusulas [número das cláusulas]. Assim sendo, é de ser afastada a incidência da taxa de rentabilidade, que se encontra embutida na comissão de permanência e se mostra abusiva porque caracteriza cumulação de encargos da mesma espécie. Nessa esteira, o débito deverá ser acrescido dos juros remuneratórios segundo o critério previsto no contrato até o seu vencimento e, após, a dívida será atualizada tão somente pela incidência da comissão de permanência obtida pela composição da taxa de CDI - Certificado de Depósito Interbancário, divulgada pelo BACEN, afastada a cobrança cumulativa com a “taxa de rentabilidade”, ou qualquer outro encargo moratório, nos termos da Súmula 472 do STJ.*

6. Não é necessário determinar a inversão do ônus da prova, de modo a atribuir à CEF o ônus de demonstrar que não houve cumulação, pois basta a simples leitura do contrato para

se verificar a indevida cumulação da comissão de permanência com a taxa de rentabilidade. Isso porque se trata de questão de direito que dispensa dilação probatória.

7. No caso dos autos, verifico que foram juntadas cópias do contrato às fls. 09/17, devidamente assinado pelas partes. Em suma, é lícita a cobrança da Comissão de Permanência desde a data do inadimplemento, todavia não é possível a sua cobrança cumulada com a taxa de rentabilidade de até 10%, nos termos previstos na cláusula oitava do contrato. Por todas as razões expostas, a sentença deve ser reformada apenas para afastar a cobrança da taxa de rentabilidade de até 10%, prevista na cláusula oitava do contrato.

8. Com relação ao ônus sucumbencial, ambas as partes decaíram em parcelas significativas de suas pretensões. Assim, tratando-se de sucumbência recíproca, determino o rateio das custas e despesas processuais e a cada parte arcar com os honorários advocatícios de seu patrono.

9. Recurso de agravo retido desprovido. Recurso de apelação da parte embargante parcialmente provido, apenas para afastar a cobrança da taxa de rentabilidade de até 10%, prevista na cláusula oitava do contrato, bem como determinar o rateio das custas e a compensação dos honorários advocatícios, nos termos do voto.

(TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1855562 - 0006287-12.2008.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES, julgado em 07/08/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/08/2017)

**AGRAVO LEGAL. AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO ROTATIVO EM CONTA CORRENTE - CHEQUE AZUL EMPRESARIAL. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA ADMITIDA, SEM CUMULAÇÃO, TODAVIA, COM A TAXA DE RENTABILIDADE E OUTROS ENCARGOS. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. CONTRATO CELEBRADO ANTES DA MEDIDA PROVISÓRIA 1963-17/2000. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.**

I. O contrato juntado aos autos prevê que, no caso de impontualidade, o débito ficará sujeito à comissão de Permanência, que será calculada com base na composição dos custos financeiros da captação em CDB de 30 dias, na CEF, verificados no período de inadimplemento, acrescidos da taxa de rentabilidade de até 10% ao mês, mais juros de mora à taxa de 1% ao mês.

*II. Não obstante a cobrança de comissão de permanência possuir autorização legal, a mesma não pode ser cumulada com outras taxas, juros, multas ou encargos resultantes da impontualidade, sob pena de configuração de “bis in idem”. Precedentes. Súmulas n.ºs 30 e 296 do STJ.*

*III. A comissão de permanência, acrescida da “taxa de rentabilidade” (que possui natureza de uma taxa variável de juros remuneratórios) é incabível por caracterizar cumulação de encargos da mesma espécie, representando, portanto, excesso de penalidade contra a inadimplência.*

IV. O débito deverá ser acrescido dos juros remuneratórios segundo o critério previsto no contrato até o seu vencimento e, após, deverá incidir exclusivamente a comissão de permanência, obtida pela composição dos custos financeiros de captação em CDB de 30 dias, verificados no período de inadimplemento, com a exclusão da “taxa de rentabilidade” e de outros demais encargos.

V. Não se admite a capitalização mensal nos contratos bancários, celebrados antes da edição da MP nº 1.963-17/00 (reeditada sob o nº 2.170-36/01). Precedentes do STJ.

VI. Agravo legal improvido.

(AC 00112062420024036110, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/03/2013 ..FONTE\_REPUBLICACAO:.)

**AÇÃO MONITÓRIA - CONTRATO DE EMPRÉSTIMO - CONSIGNAÇÃO CAIXA - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - APLICABILIDADE - COMISSÃO DE PERMANÊNCIA CUMULADA COM A TAXA DE RENTABILIDADE - IMPOSSIBILIDADE - PRECEDENTES DO STJ - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - JUSTIÇA GRA-**

## TUITA - ISENÇÃO - RECURSO DE APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO - SENTENÇA REFORMADA EM PARTE.

1.O Excelso Pretório consolidou o entendimento, no julgamento da ADI nº 2591/DF, que as instituições bancárias, financeiras e securitárias prestam serviços e, por conta disso, se submetem às normas do Código de Defesa do Consumidor, consoante artigo 3º da Lei nº 8.078/90.

2.Não obstante tratar a hipótese de contrato de adesão, não há qualquer dificuldade na interpretação das cláusulas contratuais, de modo que descabe qualquer alegação no sentido de desconhecimento do conteúdo do contrato à época em que foi celebrado.

3.A legitimidade da cobrança da comissão de permanência nos contratos bancários encontra-se sufragada pela jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, como se vê dos enunciados das Súmulas 30, 294 e 296.

4.O E. Superior de Justiça tem decidido, reiteradamente, pela impossibilidade de cumulação da comissão de permanência com qualquer outro encargo, sob pena de configurar verdadeiro “bis in idem”.

5.É indevida a incidência da taxa de rentabilidade, que se encontra embutida na comissão de permanência e se mostra abusiva porque caracteriza cumulação de encargos da mesma espécie.

6. Após o vencimento do contrato a dívida será atualizada tão somente pela incidência da comissão de permanência calculada pela taxa média de mercado apurada pelo BACEN, afastada, contudo, a cobrança cumulativa com a “taxa de rentabilidade” ou qualquer outro encargo.

7.Ante a sucumbência recíproca cada parte arcará com os honorários de seus respectivos patronos, ficando o apelante isento de seu pagamento em razão da concessão dos benefícios da Justiça Gratuita.

8.Recurso de apelação parcialmente provido. Sentença reformada em parte.

(TRF - 3ª Região, AC- APELAÇÃO CÍVEL 1406891, Órgão Julgador: 5ª Turma, Processo nº 200661000134974 - Rel. Juíza Ramza Tartuce, Data da decisão: 18/05/2009 - DJF3 CJ2 DATA: 22/09/2009 - Pág. 380)

Destaco, a propósito, excerto do voto do Relator da Apelação Cível nº 0001570-47.2014.4.03.6002, Desembargador Federal Cotrim Guimarães:

“Já com relação à comissão de permanência, conforme se constata nos demonstrativos de débito juntados aos autos, o valor apontado como devido pela CEF foi atualizado com a aplicação da taxa CDI, constando que “embora estejam previstos na cláusula contratual de inadimplência, a Caixa não está cobrando juros de mora e multa contratual”.

Observo, todavia, que o demonstrativo de débito também informa que a taxa de comissão de permanência é composta de CDI e taxa de rentabilidade de 2% ao mês, cumulação que é vedada nos termos da jurisprudência do E. STJ e deste E. Tribunal Regional Federal, “verbis”: (...)

Ou seja, a comissão de permanência pode ser cobrada, com base na taxa da CDI, porém devendo ser excluída a taxa de rentabilidade de sua composição.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso apenas para excluir a taxa de rentabilidade da composição da comissão de permanência.”

Em suma, não há ilegalidade na cobrança da comissão de permanência, desde que de forma exclusiva, sem a cumulação com qualquer outro encargo concernente ao inadimplemento, anotando-se que não se verifica violação ao limite estabelecido na citada Súmula 472 do STJ.

Cabe também observar que prevista no contrato, que tem força obrigatória entre as partes, não se verifica abusividade da cláusula estipulando a taxa de comissão de permanência (0,6% ao dia - fl. 12) porquanto não afronta qualquer dispositivo legal, sendo defeso



ao Poder Judiciário imiscuir-se na avença para alterar suas cláusulas no interesse de uma das partes contratantes.

Relativamente à alegação de descaracterização da mora, consigno que a Segunda Seção do egrégio STJ, no julgamento do Recurso Especial n.º 1.061.530, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, publicado no DJe de 10/03/2009, que tramitou segundo as regras introduzidas ao CPC pela Lei dos Recursos Repetitivos, consolidou entendimento no sentido de que o reconhecimento de abusividade nos encargos exigidos no período da normalidade contratual (juros remuneratórios e capitalização) descaracteriza a mora e, em consequência, devem ser afastados seus consectários legais. Na hipótese dos autos, não se verifica, no entanto, reconhecimento de ilegalidade no período da normalidade contratual, destarte não havendo que se falar em descaracterização da mora.

Por fim, com relação a pretendida prestação de contas, observo que não há qualquer demonstração de eventual resistência do credor a requerimento que tivesse sido formulado objetivando informação do valor de venda do veículo em leilão, a tanto não equivalendo vaga e genérica alegação de que *“é corriqueiro dentre as instituições financeiras, que além de não prestarem conta alguma ao consumidor, jamais devolvem eventuais saldos credor aos consumidores e ainda os inscrevem indevidamente nos órgãos de proteção ao crédito e não apresentam a forma de apuração do saldo devedor remanescente”* (fl. 59).

Diante do exposto, *nego provimento* ao recurso.

*É como voto.*

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

## **APELAÇÃO CÍVEL**

### **5002756-52.2017.4.03.6119**

Apelantes: ANA PAULA DA SILVA ROQUE E WAGNER DERUSA ROQUE  
 Apelados: MUNICÍPIO DE GUARULHOS E CAIXA ECONÔMICA FEDERAL  
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA  
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/01/2020

### **EMENTA**

**CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. INDEFERIMENTO DE INSCRIÇÃO PELA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL VINCULADO AO PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA - PMCMV. RECURSO IMPROVIDO.**

1. Ação de Obrigação de Fazer c/c /c pedido de tutela provisória de urgência através da qual os autores, ora apelantes, buscam a inclusão no Programa denominado Minha Casa Minha Vida e a liberação do imóvel para residir com seus filhos.
2. Sobreveio sentença de improcedência da Ação, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, condenando, ainda, a Parte Autora ao pagamento das custas processuais e honorários de advogado em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, suspendendo a sua exigibilidade, nos termos do artigo 98, § 3º, do Novo CPC.
3. Os Recorrentes narravam que a CEF negou o pedido de inclusão no Programa Minha Casa Minha Vida, porque o coautor, Sr. Wagner Derusa Roque, havia sido beneficiado do Programa da CDHU no Ano de 1992, tendo realizado juntamente com sua genitora, Sra. Benedicta Derusa Roque, no mês de novembro de 1993 a cessão do imóvel para terceiro, conforme documento constante do Id. 2399436.
4. Consta dos autos que o Município de Guarulhos juntamente com Coordenadoria da Defesa Civil Municipal verificou que os Apelantes viviam com seus filhos em uma área de risco, mas que a causa da reprovação pela Caixa Econômica Federal no Programa Minha Casa Minha Vida se deu justamente pela falta de enquadramento nas condições e regras, previstas no Decreto n. 7.499/2011, uma vez que o Coautor, Sr. Wagner Derusa Roque, já havia sido atendido no Ano de 1992 pelo Município de Guarulhos, por meio do agente de habitação social da CDHU, na condição de titular de benefício habitacional.
4. Dispõe o artigo 7º, § 1º, do Decreto n. 7.499/2011: “A subvenção econômica de que trata o inciso I do art. 2º será concedida no ato da contratação da operação de financiamento, com o objetivo de: ..... § 1º A subvenção econômica a que se refere o inciso I do *caput* do art. 2º será concedida exclusivamente a mutuários com renda familiar mensal de até R\$ 3.275,00 (três mil, duzentos e setenta e cinco reais), uma única vez por imóvel e por beneficiário e será cumulativa com os descontos habitacionais concedidos nas operações de financiamento realizadas na forma do art. 9º da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, com recursos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, até o limite máximo a ser fixado em ato conjunto dos Ministérios das Cidades, da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão. (Redação da pelo Decreto nº 7.825, de 2012)”.
5. O Autor firmou Contrato de Gaveta com terceiros e transferiu direitos e obrigações decorrentes do Programa Habitacional, sem a intervenção da CDHU, portanto, o in-

deferimento encontra amparo legal no artigo 3º, § 3º, inciso I, da Lei n. 11.977/2009: “Para a indicação dos beneficiários do PMCMV, deverão ser observados os seguintes requisitos: ..... § 3º O Poder Executivo federal definirá: I - os parâmetros de priorização e enquadramento dos beneficiários do PMCMV; e II - a periodicidade de atualização dos limites de renda familiar estabelecidos nesta Lei”.

6. Nesse sentido: TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2240282 - 0002980-80.2014.4.03.6119, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, julgado em 20/03/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/04/2018.

7. Verifica-se, no caso, a Caixa Econômica Federal, ora Apelada, tem o direito de avaliar possíveis concessões de financiamento habitacional, segundo os critérios legais. No caso pelas razões acima expostas os Apelantes deram causa ao indeferimento no Programa Minha Casa Minha Vida e também à presente demanda.

9. Negado provimento à Apelação.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

### **RELATÓRIO**

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Trata-se de Apelação Cível interposta por Ana Paula da Silva Roque e outro contra sentença de improcedência da Ação, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, condenando, ainda, a Parte Autora ao pagamento das custas processuais e honorários de advogado em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, suspendendo a sua exigibilidade, nos termos do artigo 98, § 3º, do Novo CPC.

Afirmam os Apelantes que são beneficiários da justiça gratuita e estão isentos do recolhimento do preparo.

Sustentam os Apelantes que ajuizaram Ação de Obrigação de Fazer c/c pedido de tutela provisória de urgência através da qual os Autores, ora Apelantes, buscam a inclusão no Programa denominado “Minha Casa Minha Vida” e a liberação do imóvel para residir com seus filhos.

Informam que são companheiros desde 1998. Casaram-se em 09/10/2014 e foram morar em uma casa alugada no Ano de 2001, na Vila Malvinas, em Guarulhos, mas no ano seguinte construíram o próprio barraco e no Ano de 2007 transformaram o barraco de madeira em uma casa de alvenaria. Esclarecem, ainda, que a família dos Recorrentes foi uma das 40 (quarenta) selecionadas pela Defesa Civil para a retirada do local em razão de ter sido constatada situação de alto risco na área em que residiam, de sorte que a alternativa para a moradia dos Recorrentes oferecida pela Prefeitura de Guarulhos para as 40 (quarenta) famílias foi a inclusão no Empreendimento denominado “Parque das Aldeias”, integrante do Programa Habitacional relacionado ao Projeto “Minha Casa Minha Vida”.

Afirmam que o pedido foi negado junto à Caixa Econômica Federal, porque no Ano de 1992 o Apelante (Sr. Vagner) foi beneficiário do Programa Habitacional da CDHU.

O pedido de tutela antecipada foi indeferido, mas nos autos do Agravo de Instrumento n. 5021224.88.2017.403.0000 o MM. Desembargador Federal Hélio Nogueira, integrante da 1ª Turma, deferiu a tutela antecipada para determinar a inclusão dos Apelantes no Programa Minha Casa Minha Vida.

Acrescentam, ainda, que apesar de incluídos no aludido Programa por ordem deste E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região os Apelantes não foram removidos da área de risco, porque de acordo com as informações da Prefeitura Municipal de Guarulhos as unidades do Empreendimento para o qual os Recorrentes haviam sido encaminhados inicialmente já estavam destinadas a outras famílias.

Defendem a reforma da sentença, porque o direito a moradia está previsto na Constituição Federal (artigo 6º) e o Programa Minha Casa Minha Vida tem por finalidade criar mecanismos de incentivo à produção e à aquisição de unidades habitacionais para as famílias de baixa renda ou em situação de risco.

Sustentam a aplicação da Lei n. 11.977/2009, porque os Recorrentes enquadram-se nas hipóteses legais. Acrescenta, ainda, que “... no critério de faixa 1 de renda, atualmente de R\$ 1.800,00 (mil e oitocentos reais), os apelantes e seus 6 (seis) filhos que ainda moram com eles, cinco deles menores de idade, ficarão sem ter onde morar, em razão do agravante – Sr. Wagner Derusa Roque – já ter sido beneficiado por atendimento habitacional quando ainda sequer a conhecia, e estava em um relacionamento com outra pessoa”.

Postulam o provimento do recurso para reforma da r. sentença e reconhecer o direito dos Apelantes e de seus filhos à moradia digna e à vida, julgando procedente o pedido inicial para dispensar o mesmo tratamento conferido às pessoas de seu grupo, destinando-os imediatamente a uma das unidades habitacionais do Empreendimento denominado Minha Casa Minha Vida destinado aos moradores retirados da Vila das Malvinas, em Guarulhos.

Contrarrazões apresentadas pela Caixa Econômica Federal e pelo Município de Guarulhos.

*É o relatório.*

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

## **VOTO**

**O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):**

Trata-se de Ação de Obrigação de Fazer c/c pedido de tutela provisória de urgência através da qual os Autores, ora Apelantes, buscam a inclusão no Programa denominado Minha Casa Minha Vida e a liberação do imóvel para residir com seus filhos.

Encerrada a instrução processual sobreveio sentença de improcedência da Ação, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, condenando, ainda, a Parte Autora ao pagamento das custas processuais e honorários de advogado em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, suspendendo a sua exigibilidade, nos termos do artigo 98, § 3º, do Novo CPC.

Sem razão os Apelantes.

Os Recorrentes narravam que a CEF negou o pedido de inclusão no Programa Minha Casa, Minha Vida, porque o coautor, Sr. Wagner Derusa Roque, havia sido beneficiado do

Programa da CDHU no Ano de 1992, tendo realizado juntamente com sua genitora, Sra. Benedicta Derusa Roque, no mês de novembro de 1993 a cessão do imóvel para terceiro, conforme documento constante do Id. 2399436.

Consta dos autos que o Município de Guarulhos juntamente com Coordenadoria da Defesa Civil Municipal verificou que os Apelantes viviam com seus filhos em uma área de risco, mas que a causa da reprovação pela Caixa Econômica Federal no Programa Minha Casa Minha Vida se deu justamente pela falta de enquadramento nas condições e regras, previstas no *Decreto n. 7.499/2011, uma vez que o Coautor, Sr. Wagner Derusa Roque, já havia sido atendido no Ano de 1992 pelo Município de Guarulhos, por meio do agente de habitação social da CDHU, na condição de titular de benefício habitacional.*

Dispõe o artigo 7º, § 1º, do Decreto n. 7.499/2011:

*“A subvenção econômica de que trata o inciso I do art. 2º será concedida no ato da contratação da operação de financiamento, com o objetivo de:*

*.....*

*§ 1º A subvenção econômica a que se refere o inciso I do caput do art. 2º será concedida exclusivamente a mutuários com renda familiar mensal de até R\$ 3.275,00 (três mil, duzentos e setenta e cinco reais), uma única vez por imóvel e por beneficiário e será cumulativa com os descontos habitacionais concedidos nas operações de financiamento realizadas na forma do art. 9º da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, com recursos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, até o limite máximo a ser fixado em ato conjunto dos Ministérios das Cidades, da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão. (Redação da pelo Decreto nº 7.825, de 2012)”.*

Além disso, verifico que o Autor firmou Contrato de Gaveta com terceiros e transferiu direitos e obrigações decorrentes do Programa Habitacional, *sem a intervenção da CDHU*, portanto, o indeferimento encontra amparo legal no artigo 3º, § 3º, inciso I, da Lei n. 11.977/2009:

*“Para a indicação dos beneficiários do PMCMV, deverão ser observados os seguintes requisitos:*

*.....*

*§ 3º O Poder Executivo federal definirá:*

*I - os parâmetros de priorização e enquadramento dos beneficiários do PMCMV; e*

*II - a periodicidade de atualização dos limites de renda familiar estabelecidos nesta Lei”.*

Nesse sentido:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. MÚTUO HABITACIONAL VINCULADO AO PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA - PMCMV. CESSÃO DE DIREITOS COM SUB-ROGAÇÃO SEM ANUÊNCIA DA CREDORA. NOVO FINANCIAMENTO CONCEDIDO À ADQUIRENTE. SUPERVENIENTE PERDA DE OBJETO DA AÇÃO. INDEFERIMENTO DE JUSTIÇA GRATUITA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. RECURSOS NÃO PROVIDOS.

1. Indeferidos os benefícios da gratuidade da justiça aos apelantes Eduardo e Érica. Há nos autos notícia de que o apelante é empregado da Caixa Econômica Federal - CEF, sendo de todo inverossímil que não possa arcar com as despesas do processo. O requerimento de gratuidade na atual fase do processo parece uma manobra para se esquivar da condenação ao pagamento de honorários advocatícios, o que não pode ser tolerado.

2. Quanto aos honorários advocatícios, em se tratando de processo extinto sem resolução



de mérito, impende a aplicação do princípio da causalidade, segundo o qual “aquele que deu causa à propositura da demanda ou à instauração de incidente processual deve responder pelas despesas daí decorrentes”. Precedentes.

3. *No caso dos autos, “a autora juntamente com o corréu Eduardo Mendes Rolim Costa adquiriram um imóvel financiado pela Caixa Econômica Federal em 11/06/2010 e após a separação em 01/08/2010, acordaram que venderiam o imóvel a terceiro, tratativa esta realizada por meio de instrumento particular de compromisso de compra e venda e cessão (contrato de gaveta) com Valdilene Barbosa Marinho, tendo como condição de pagamento R\$ 22.000,00 de sinal e R\$ 88.000,00 através de financiamento bancário no prazo de 60 (sessenta) dias após a entrega do imóvel pela construtora e de toda a documentação exigida pelo agente financeiro e em caso de não aprovação do crédito imobiliário o imóvel voltaria à venda com restituição do valor pago pela compradora (cláusula 7ª § 3º) (fls. 102/106)”.*

4. *As partes contratantes sabiam dos riscos inerentes ao empreendimento imobiliário ainda não concluído, bem como da possibilidade de a CEF não conceder financiamento à adquirente. Desse modo, todos deram causa à presente demanda, devendo repartir as custas e honorários advocatícios na forma como determinada pela r. sentença.*

5. Apelações não providas. (TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2240282 - 0002980-80.2014.4.03.6119, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, julgado em 20/03/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/04/2018 )

Verifica-se, no caso, que a Caixa Econômica Federal, ora Apelada, tem o direito de avaliar possíveis concessões de financiamento habitacional, segundo os critérios legais. Pelas razões acima expostas os Apelantes deram causa ao indeferimento no Programa Minha Casa Minha Vida e também à presente demanda.

Pelo exposto, *nego provimento à Apelação.*

*É o voto.*

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

# **Direito Constitucional**





## **APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO**

**0027226-52.2004.4.03.6100**

Apelante: UNIÃO FEDERAL

Apelada: SANDRA REGINA DA SILVA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/01/2020

### **EMENTA**

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. UNIÃO HOMOA-FETIVA. APLICAÇÃO DO PREVISTO NO ART. 217, I, ALÍNEA “C” DA LEI 8.112/90 POR ANALOGIA À UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO DA SOCIEDADE DE FATO. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. PRECEDENTES STF. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. Nos termos da legislação de regência (art. 217, inciso III da Lei nº 8.112/90), a pensão de servidor público é devida ao companheiro que comprove a existência de união estável, sendo presumida a sua dependência econômica.

2. A Constituição Federal em vigor reconhece “a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”, qual prescreve o § 3º do art. 226 e, ainda, nos termos da lei, assegura a percepção de pensão à companheira, conforme dispõe o art. 201, inc. V, com a redação da Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/1998.

3. Com o advento da Lei nº 9.278/96, em seu art. 1º, a união estável, restou expressamente definida enquanto entidade familiar, como a “convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de uma família” e arrola entre os direitos dos conviventes em entidade familiar a recíproca assistência moral e material (art. 2º, II), inclusive após a dissolução da união entre os amásios (art.7º).

4. O art. 1.723 do Código Civil exige para fins de restar configurada a união estável que a convivência entre o casal reúna, concomitantemente, os seguintes elementos: publicidade, continuidade, durabilidade e finalidade de constituir família.

5. O Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento que discute a equiparação entre cônjuge e companheiro para fins de sucessão, inclusive em uniões homo afetivas. A decisão foi proferida no julgamento dos Recursos Extraordinários RE 646721 e 878694, ambos com repercussão geral reconhecida. Declarou o STF que é inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil, que estabelece diferenças entre a participação do companheiro e do cônjuge na sucessão dos bens. A conclusão da Suprema Corte foi no sentido de que não existe elemento de discriminação que justifique o tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiro estabelecido pelo Código Civil, cabível a extensão dos efeitos independentemente de orientação sexual. Precedentes.

6. Trata-se de posicionamento pacificado do STF, de que devem ser consideradas todas as formas de entidades familiares constitucionalmente previstas (art. 226, §§ 1º a 4º), a saber, a constituída pelo casamento e pela união estável, bem como a monoparental.

7. A união estável entre o homem e a mulher, configurada na “convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” não obsta que a união de pessoas do mesmo sexo possa ser reconhecida como entidade

familiar apta a merecer proteção estatal. Sendo assim, a família seria, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada, o que a credenciaria como base da sociedade - CF, art. 226, *caput*. (cf. ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ)

8. Na hipótese, há que se verificar se restaram comprovados os requisitos caracterizadores da união estável devendo ser analisado *in concreto* o preenchimento dos requisitos de convivência duradoura, pública e contínua, com o objetivo de constituir entidade familiar.

9. Narra a parte autora que mantém união estável com a Sra. Maria das Graças Bessera da Penha desde 1984 e requereu a inclusão de sua companheira como dependente/beneficiária no âmbito administrativo, sendo negado o pedido ao argumento de que o serviço público federal não reconhece como pensionista, companheiros e companheiras do mesmo sexo.

10. Restou comprovada a existência de união homoafetiva através dos documentos acostados aos autos, onde constam os nomes da autora e sua companheira, tais como, declaração de convivência homoafetiva para fins sucessórios, previdenciários e sociais (85690900 - Pág. 33), testamento (85690900 - Pág. 36/37), contrato de abertura de conta corrente e de poupança conjunta (85690900 - Pág. 38), título de capitalização nominativo (85690900 - Pág. 45), fotos pessoais que retratam a vida doméstica e situações familiares de convivência (85690900 - Pág. 86/89 e 85690901 - Pág. 1/4) e outros, em que se observa que ambas mantêm mesma residência, situação que evidencia vida em comum.

11. O conjunto probatório corrobora as alegações da autora e comprovam a qualidade de companheira da Sra. Maria das Graças Beserra da Penha, e, portanto, a qualidade de dependente e beneficiária para fins de concessão de benefício previdenciário, de modo que não merece reparos a sentença ora combatida.

12. Apelação não provida.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, negou provimento à apelação da União, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

### RELATÓRIO

Trata-se de apelação União e reexame necessário nos autos de ação ordinária proposta com o fito de reconhecimento da companheira de servidora pública como sua dependente nos mesmos termos e para efeitos de recebimento dos mesmos benefícios do (a) companheiro (a) heterossexual. Alega a autora que mantém união estável com sua companheira e fez a solicitação de inclusão da sua companheira como sua dependente na via administrativa, no entanto, obteve resposta negativa.

A sentença julgou o pedido procedente por entender que houve comprovação pela autora



da alegada união estável, conforme os documentos acostados pela autora, inclusive a comprovação de coabitação, dentre outros. Concluiu que a autora comprova a qualidade de companheira e dependente para fins de concessão de benefícios previdenciários. Condenou a ré em custas e honorários advocatícios em 10% sobre o valor da causa.

Apelou a União, sustentando em suma, que o caso se trata de impossibilidade jurídica do pedido, visto que no direito pátrio, o termo união estável se refere à união entre homem e mulher como entidade familiar, não abrangendo a união homossexual, por absoluta ausência de previsão legal para tanto. Aduz que não há, assim, em respeito ao princípio da legalidade, possibilidade de designação de companheiro do mesmo sexo para fim de percepção de pensão estatutária, com base na existência de uma união com outra pessoa do mesmo sexo, união esta que, como acima restou consignado encontra óbice na própria Carta Magna, e também na legislação infraconstitucional. Acrescenta que embora a união estável gere alguns direitos, no atual ordenamento jurídico, não podemos a ela estender todos os direitos inerentes à instituição do casamento. Ainda não há possibilidade de se contrair matrimônio entre companheiros homossexuais e sob este viés, veja-se que não há possibilidade de se constituir família. Requer a extinção do feito sem julgamento de mérito ante a impossibilidade jurídica do pedido.

Com contrarrazões, os autos me vieram conclusos.

É o relatório.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

## VOTO

Com relação aos beneficiários do servidor, deve ser aplicada a regra do artigo 217 da Lei 8.112/90, que elenca os possíveis beneficiários do servidor, nos seguintes termos:

“Art. 217. São beneficiários das pensões:

I - vitalícia:

- a) o cônjuge;
- b) a pessoa desquitada, separada judicialmente ou divorciada, com percepção de pensão alimentícia;
- c) o companheiro ou companheira designado que comprove união estável como entidade familiar;
- d) a mãe e o pai que comprovem dependência econômica do servidor;
- e) a pessoa designada, maior de 60 (sessenta) anos e a pessoa portadora de deficiência, que vivam sob a dependência econômica do servidor”.

Da leitura da alínea “c” do dispositivo acima, se depreende que desde que comprovada a união estável, será considerado beneficiário de pensão por morte o companheiro ou companheira designado que comprove união estável como entidade familiar.

Nos termos da legislação de regência (art. 217, inciso III da Lei nº 8.112/90), a pensão de servidor público é devida ao companheiro que comprove a existência de união estável, sendo presumida a sua dependência econômica.

Convém ressaltar que a Constituição Federal em vigor reconhece “a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”, qual prescreve o § 3º do art. 226 e, ainda, nos termos da lei, assegura a percepção de pensão à companheira, conforme dispõe o art. 201, inc. V, com a redação da Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/1998.

Com o advento da Lei nº 9.278/96, em seu art. 1º, a união estável, restou expressamente definida enquanto entidade familiar, como a *“convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de uma família”* e arrola entre os direitos dos conviventes em entidade familiar a recíproca assistência moral e material (art. 2º, II), inclusive após a dissolução da união entre os amásios (art.7º).

De outro vértice, o art. 1.723 do Código Civil exige para fins de restar configurada a união estável que a convivência entre o casal reúna, concomitantemente, os seguintes elementos: publicidade, continuidade, durabilidade e finalidade de constituir família.

Quanto ao tema, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento que discute a equiparação entre cônjuge e companheiro para fins de sucessão, inclusive em uniões homo afetivas. A decisão foi proferida no julgamento dos Recursos Extraordinários RE 646721 e 878694, ambos com repercussão geral reconhecida.

No julgamento dos referidos recursos, o STF declarou inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil, que estabelece diferenças entre a participação do companheiro e do cônjuge na sucessão dos bens. A conclusão da Suprema Corte foi no sentido de que não existe elemento de discriminação que justifique o tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiro estabelecido pelo Código Civil, cabível a extensão dos efeitos independentemente de orientação sexual.

Para fins elucidativos, cumpre transcrever ementa proferida no RE 878694 vejamos:

“Ementa: Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. 3. Assim sendo, o art. 1.790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso. 4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmção, em repercussão geral, da seguinte tese: ‘No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002’.

(RE 878694, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-021 DIVULG 05-02-2018 PUBLIC 06-02-2018)”

Destarte, trata-se de posicionamento pacificado do STF, de que devem ser consideradas todas as formas de entidades familiares constitucionalmente previstas (art. 226, §§ 1º a 4º), a saber, a constituída pelo casamento e pela união estável, bem como a monoparental. Assim, a união estável entre o homem e a mulher, configurada na *“convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”* não obsta que a união de pessoas do mesmo sexo possa ser reconhecida como entidade familiar apta a merecer proteção estatal. Sendo assim, a família seria, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se no espaço ideal das mais

duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada, o que a credenciaria como base da sociedade - CF, art. 226, *caput*. (cf. ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ)

Por sua vez, em casos análogos já se pronunciou esta C. 3ª Corte Regional, conforme o aresto abaixo colacionado:

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PENSÃO POR MORTE. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. COMPROVAÇÃO. BENEFÍCIO DEVIDO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARBITRAMENTO EQUITATIVO.

1. É considerada família do servidor, além do cônjuge e filhos, quaisquer pessoas que vivam às suas expensas e constem do seu assentamento individual, equiparando-se ao cônjuge a companheira ou companheiro que demonstre união estável como entidade familiar, nos termos do art. 241 da Lei n. 8.112/90.

2. Malgrado o art. 226, § 3º, da Constituição da República não considere como entidade familiar a união estável de homossexuais, no caso de pensão por morte, com fundamento nos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da promoção do bem de todos sem preconceito ou discriminação, tutela-se o dependente economicamente do servidor com a concessão do benefício, mitigando eventuais impedimentos puramente civis, desde que presentes os requisitos exigidos nos arts. 217 e seguintes da Lei n. 8.112/90 para as hipóteses de parceiros de sexos opostos (STF, RE-AgR n. 687432, Rel. Min. Luiz Fux, j. 18.09.12; RE-AgR n. 477554, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16.08.11; STJ, REsp n. 932653, Rel. Min. Celso Limongi, j. 16.08.11; REsp n. 827962, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 21.06.11).

3. O benefício é devido a partir da data do óbito (Lei n. 8.112/90, art. 215). A circunstância de o servidor não ter declarado o autor como seu beneficiário da pensão, não elide a pretensão, tendo em vista o coeso conjunto probatório, acerca do relacionamento e da dependência econômica, situação que a atividade de cabeleireiro exercida pelo autor não descaracteriza. Ou seja, os requisitos da convivência pública, duradoura e contínua, prevista na Lei n. 9.278/96, que regulou o § 3º do art. 226 da Constituição da República, restaram adequadamente comprovadas pelo fato de o autor ter sido responsável pelos procedimentos relativos ao funeral, pelos diversos documentos comprovando a residência comum, pela declaração de união estável firmada pelo falecido, pelo depoimento do autor acerca dos planos de vida futura e o socorro que lhe prestava nas crises de fibromialgia, pelos depoimentos das testemunhas que descreveram a vida em comum dos companheiros.

4. Tratando-se de causa em que foi vencida a Fazenda Pública e inexistindo motivo a ensejar conclusão diversa, os honorários advocatícios devem ser fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), à vista do disposto no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil e dos padrões usualmente aceitos pela jurisprudência (STJ, Ag Reg no AI n. 1.297.055, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 10.08.10; ED na AR n. 3.754, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 27.05.09; TRF da 3ª Região, AC n. 0008814-50.2003.4.03.6119, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 21.05.12; AC n. 0021762-42.2007.4.03.6100, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 23.04.12).

4. Reexame necessário parcialmente provido. Apelação da União não provido. (TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 1658015 - 0006254-76.2009.4.03.6103, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, julgado em 22/02/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:29/02/2016 )”

Na hipótese, possuindo a união estável homoafetiva as mesmas prerrogativas da união estável heteroafetiva, há que se verificar se restaram comprovados os requisitos caracterizadores da união estável devendo ser analisado *in concreto* o preenchimento dos requisitos de convivência duradoura, pública e contínua, com o objetivo de constituir entidade familiar.

Narra a parte autora que mantém união estável com a Sra. Maria das Graças Bessera da

Penha desde 1984 e requereu a inclusão de sua companheira como dependente/beneficiária no âmbito administrativo, sendo negado o pedido ao argumento de que o serviço público federal não reconhece como pensionista, companheiros e companheiras do mesmo sexo.

Conforme pormenorizadamente examinado os autos pelo Juízo sentenciante, chegou-se à conclusão de que restou comprovada a existência de união homoafetiva através dos documentos acostados aos autos, onde constam os nomes da autora e sua companheira, tais como, declaração de convivência homoafetiva para fins sucessórios, previdenciários e sociais (85690900 - Pág. 33), testamento (85690900 - Pág. 36/37), contrato de abertura de conta corrente e de poupança conjunta (85690900 - Pág. 38), título de capitalização nominativo (85690900 - Pág. 45), fotos pessoais que retratam a vida doméstica e situações familiares de convivência (85690900 - Pág. 86/89 e 85690901 - Pág. 1/4) e outros, em que se observa que ambas mantêm mesma residência, situação que evidencia vida em comum.

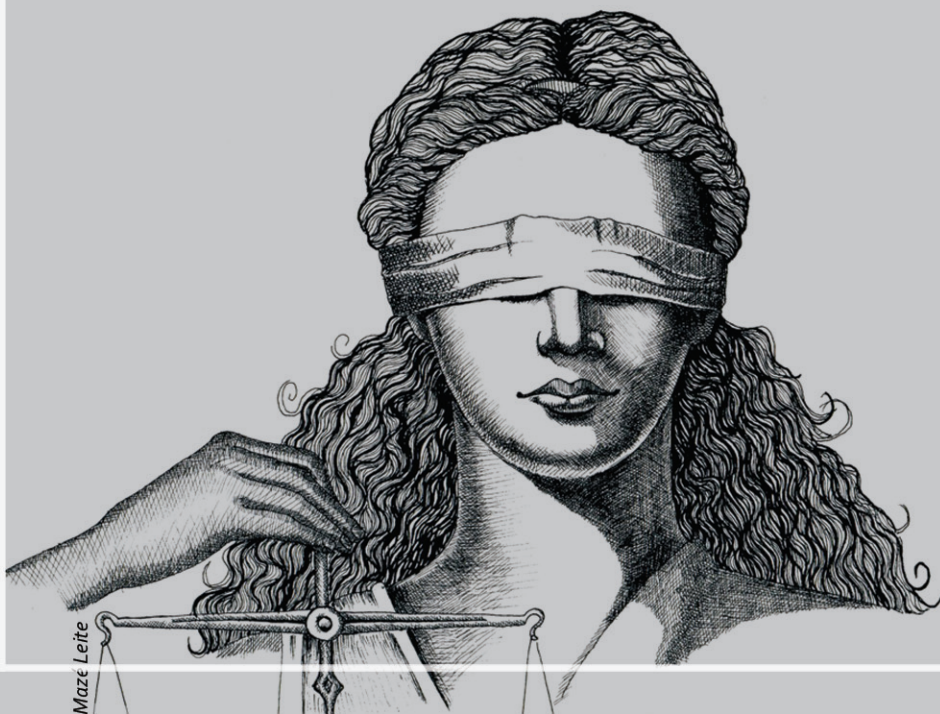
O conjunto probatório corrobora as alegações da autora e comprovam a qualidade de companheira da Sra. Maria das Graças Beserra da Penha, e, portanto, a qualidade de dependente e beneficiária para fins de concessão de benefício previdenciário, de modo que não merece reparos a sentença ora combatida.

Diante do exposto, *nego provimento* à apelação da União.

É como voto.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

# **Direito Penal**







## **APELAÇÃO CRIMINAL**

**0005489-94.2011.4.03.6181**

Apelantes: MARCIOIR SILVEIRA TEIXEIRA E HARLEY DE PAULO SILVA

Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/01/2020

### **EMENTA**

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. PRELIMINARES DE NULIDADE. NÃO ENFRENTAMENTO DAS TESES DEFENSIVAS E VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. REJEITADAS. CRIME DE REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO - ARTIGO 149 DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PENAS REDUZIDAS. REGIME ALTERADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. APELAÇÕES DEFENSIVAS PARCIALMENTE PROVIDAS.

1. Preliminar de nulidade em razão de não enfrentamento de todas as teses defensivas. Alega a defesa de um dos corréus que a sentença recorrida não enfrentou a tese defensiva relativa à posição de garantidor, prevista no art. 13, §2º, do Código Penal, que fundamenta a tipicidade dos crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão. Sem razão, entretanto. Após analisar os fatos e as provas produzidas tanto em sede policial, quanto judicial, o magistrado sentenciante fundamentou adequadamente a autoria delitiva do acusado, rebatendo, expressamente a tese defensiva de ausência de omissão típica. Ademais, o Código de Processo Penal não faz exigências quanto ao estilo de expressão nem determina que o julgador se prolongue na discussão acerca da linha de argumentação tecida pela parte, mas apenas que sejam fundamentadamente apreciadas todas as questões controversas passíveis de conhecimento pelo julgador naquela sede processual. Precedentes do STJ. Preliminar rejeitada.

2. Preliminar de nulidade por violação ao princípio da correlação - denúncia por crime omissivo e condenação por crime comissivo. Verifica-se que a denúncia narra que apelante concorreu para a prática delitiva, permitindo e concordando com as condutas narradas na denúncia. Sendo assim, após análise da documentação juntada aos autos e assinada pelo acusado, como preposto da PRUMO, bem como da oitiva das testemunhas em juízo e interrogatório dos corréus, o Juízo *a quo* formou sua convicção a respeito da efetiva participação do apelante na prática delitiva, a qual foi devidamente descrita na sentença apelada. Ou seja, o magistrado sentenciante chegou à conclusão de que o recorrente, independentemente do dever jurídico de evitar o resultado, participou ativamente das decisões e execuções dos serviços prestados no trecho narrado na denúncia. Portanto, o recorrente foi condenado pelos fatos narrados na denúncia, cuja participação foi apenas detalhada durante a instrução processual, realizada sob o crivo do contraditório, não havendo que se falar em ausência de correlação da denúncia em razão de ter sido denunciado por crime omissivo, mas condenado por crime comissivo.

3. A materialidade dos crimes restou comprovada pelo Relatório da Auditoria Fiscal Trabalhista (fls. 482/484), Relatório da Polícia Civil/SP (fls. 486/490); Laudo Pericial

de Vistoria de Local de Trabalho Escravo elaborado pelo Instituto de Criminalística (fls. 524/556); Laudo de Vistoria de Local elaborado pelo Instituto de Criminalística (fls. 675/696); Contratos entre a empresa ALL e a empresa PRUMO (fls. 708/721) e entre a empresa PRUMO e a empresa M.S. TEIXEIRA (fls. 730/736); Boletim de Ocorrência nº 65/2010 (fls. 757/760); Ofício nº 189/2010 da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Estado de São Paulo solicitando apoio da Polícia Civil para auditoria fiscal para repressão ao tráfico de pessoas e ao trabalho análogo ao de escravo (fls. 761/762) e Denúncia Anônima recebida no âmbito do Ministério Público do Trabalho em São Paulo (fls. 771/772).

4. A autoria delitiva restou devidamente comprovada pela extensa prova oral produzida nos autos, sob o crivo do contraditório, ou seja, depoimento das vítimas, das testemunhas de acusação e defesa e interrogatório dos corréus, além da documentação juntada nos autos.
5. Dosimetria das penas. Na primeira fase, a pena-base de ambos os apelantes restou reduzida em razão da exclusão da circunstância judicial desfavorável relativa à culpabilidade. Na segunda fase, não houve qualquer alteração. Na terceira fase, foi excluída a causa de aumento prevista no § 2º do art. 149 do Código Penal para ambos os recorrentes.
6. O regime inicial de cumprimento de pena foi alterado para o aberto, para ambos os apelantes, em razão da quantidade da pena aplicada, bem como o fato de apenas uma circunstância judicial desfavorável não ser suficiente para fixação de regime mais gravoso.
7. Substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária para ambos os recorrentes.
8. Preliminares rejeitadas. Apelações defensivas parcialmente providas.

### 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, rejeitar as preliminares e DAR PARCIAL PROVIMENTO às apelações de MARCIOR e HARLEY, para reduzir a pena aplicada e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, de ambos os apelantes, nos seguintes termos: i) fixar a pena definitiva de MARCIOR em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo legal; substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, consistentes em prestação de serviços à comunidade, a ser definida pelo Juízo da Execução, e prestação pecuniária, no valor de 1 (um) salário mínimo vigente na data dos fatos; ii) fixar a pena definitiva de HARLEY *2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa*, no valor de 01 (um) salário mínimo; substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, consistentes em prestação de serviços à comunidade, a ser definida pelo Juízo da Execução, e prestação pecuniária, no valor de 5 (cinco) salários mínimos, nos termos do voto do Des. Fed. Relator; prosseguindo, a Turma, por maioria, decidiu alterar o regime inicial de cumprimento de pena, de ambos os apelantes, para o aberto, nos termos do voto do Des. Fed. Relator, com quem votou a Juíza Fed. Conv. Raecler Baldresca, vencido o Des. Fed. Fausto de Sanctis que estabelecia o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade.

São Paulo, 12 de dezembro de 2019.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

## RELATÓRIO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI:

Trata-se de recursos de apelação criminal, interpostos por *Marcioir Silveira Teixeira* e *Harley de Paulo Silva*, contra a r. sentença de fls. 2350/2401, que julgou parcialmente procedente a presente ação penal para:

1) condenar *Marcioir Silveira Teixeira* à pena privativa de liberdade definitiva de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, e 15 (quinze) dias-multa (fixado o valor de cada dia-multa no mínimo legal), a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, pela prática do crime previsto no art. 149, *caput*, § 1º, inciso I, e § 2º, inciso II, do Código Penal;

2) condenar *Harley de Paulo Silva* à pena privativa de liberdade de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 16 (dezesesseis) dias-multa (fixado o valor de cada dia-multa em salário mínimo vigente ao tempo do fato), a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, pela prática do crime previsto no art. 149, *caput*, § 1º, inciso I, e § 2º, inciso II, do Código Penal;

3) absolver Joel da Silva Santos dos crimes que lhe foram imputados na denúncia.

Segundo narra a denúncia, *in verbis* (fls. 746/750):

“Consta dos autos que MARCIOIR SILVEIRA TEIXEIRA, entre o mês de agosto e dia 1º de dezembro de 2010, aliciou e levou 53 trabalhadores de Santo Amaro da Purificação/BA e de São Vicente/SP para a cidade de Embu-Guaçu, onde os reduziu à condição análoga à de escravo, restringindo sua liberdade de locomoção e submetendo-os a trabalhos forçados e jornadas exaustivas. Consta, também, que JOEL DA SILVA SANTOS e HARLEY DE PAULO SILVA concorreram para a prática dos crimes acima cominados.

Segundo se apurou, em junho de 2010 a empresa América Latina Logística - ALL, detentora da concessão para operar em ferrovias, contratou a empresa Prumo Engenharia (contrato às fls. 699/707 - 4º Vol) para a prestação de serviços de mão de obra para manutenção de ferrovia (troca de dormentes e trilhos), a qual, por sua vez, contratou a empresa M.S. Teixeira e Cia (contrato às fls. 464/466 - 3º Vol), de propriedade de MARCIOIR, para a realização de tais serviços. MARCIOIR, por intermédio de pessoas identificadas como Luiz e Alexandre dos Santos, recrutou os trabalhadores nas cidades de Santo Amaro da Purificação/BA e de São Vicente/SP e conduziu-os à região de Embu Guaçu para executarem os serviços nas linha férreas.

(...)

No momento da contratação os trabalhadores foram informados que seriam funcionários da empresa M.S. Teixeira e de que receberiam cerca de R\$ 680,00 mensais e mais R\$ 320,00 de forma não declarada. Além disso, foi estabelecido que trabalhariam por 22 dias, tendo 8 dias de folga, e que a moradia e alimentação ficariam a cargo do empregador (depoimentos de fls. 21/128 - vol. 1; fls. 145/211 - vol. 1 e 2; fls. 213/348 - vol. 2 e fls. 350/457 - vol. 2 e 3). No entanto, uma vez iniciada a prestação dos serviços, os trabalhadores passaram a ser submetidos a trabalhos forçados e jornadas exaustivas, além de se sujeitarem a condições degradantes de trabalho e moradia. De acordo com as declarações prestadas pelas vítimas e confirmadas pelo laudo pericial (fls. 518/549 - 3º vol.) os alojamentos eram montados em contêineres (antigos frigoríficos), feitos de material metálico, sem condições adequadas de ventilação e salubridade.

A alimentação dos trabalhadores também não era feita da maneira adequada. Afirmaram as vítimas que apenas eventualmente lhes era oferecido o café da manhã e o café da tarde, de forma que muitas vezes passavam o dia todo apenas com o almoço e o jantar, os quais nem sempre eram preparados em quantidade suficiente e com o cuidado e a higiene necessários.

Como se não bastasse, a água oferecida não era potável, porquanto retirada de um riacho local, chegando aos trabalhadores por meio de um duto, sem passar por qualquer tratamento prévio. (fotos às fls. 545/549).

Além disso, não havia instalações sanitárias apropriadas; assim as vítimas utilizavam-se da área da mata para fazerem suas necessidades fisiológicas (fl. 519, 3º vol.).

No que diz respeito às condições laborais, constatou-se que o trabalho era realizado no meio da mata, em total isolamento, sem qualquer proteção quanto às intempéries do tempo. Além disso, tendo em vista a ausência de meios de transporte, os trabalhadores eram obrigados a caminhar por diversos quilômetros até o local de trabalho, carregando instrumentos - em sua maioria, bastante pesados - durante 40 minutos a 1h e 30 minutos).

As jornadas de trabalho eram extensas, iniciando-se por volta das sete da manhã e encerrando-se às 17h, isso quando não eram prolongadas até as 21h. Ademais, não havia descanso semanal remunerado, posto que MARCIOIR não permitia que os trabalhadores ficassem nos alojamentos nos dias de folga, de forma que eles acabavam trabalhando durante esses dias, já que não tinham para onde ir nem meios para deixar o local. O transporte somente era possível por intermédio do trem da empresa ALL, a qual, na maioria das vezes, não autorizava o seu uso acarretando assim no cerceamento da liberdade de locomoção, situação agravada pelo fato de também não haver a possibilidade de comunicação via rádio ou telefone.

Consta, ainda, que os trabalhadores recebiam apenas parte da remuneração combinada e que, além das carteiras de trabalho ficarem retidas com MARCIOIR, não foi providenciado o transporte de retorno para nenhum dos aliciados.

Em diligência realizada pelo Ministério Público do Trabalho no local das obras (fls. 11/12 e fls. 14/16) foram encontrados 53 trabalhadores reduzidos à condição análoga de escravo, razão pela qual o denunciado MARCIOIR OLIVEIRA TEIXEIRA foi preso em flagrante.

Concorreram para a prática de tais crimes JOEL DA SILVA SANTOS e HARLEY DE PAULO SILVA. JOEL era gerente da M.S TEIXEIRA e participou dos crimes na medida em que era o responsável pela formalização da admissão e demissão dos funcionários e pelo pagamento dos salários. Além disso, tinha conhecimento de que os trabalhadores eram aliciados em outros locais para serem trazidos a Embu-Guaçu, também estando ciente do cerceamento da liberdade de locomoção; da retenção da carteira de trabalho; e das jornadas exaustivas e condições degradantes de trabalho e moradia a que eram submetidas as vítimas.

HARLEY era gerente regional da PRUMO ENGENHARIA, mantendo contato direto com MARCIOIR e, como consta em seu depoimento (fls. 461/463 - 3º vol), sabia que os trabalhadores dormiam em contêineres de metal e que diariamente caminhavam de 3 a 5 Km para chegar ao local de trabalho, tendo permitido a redução das vítimas a condição análoga à de escravo, não se opondo e concordando com esta prática ilícita, vez que não rescindiu o contrato de prestação de serviços (fls. 464/466 - 3º vol.).”

A denúncia foi recebida em 03 de agosto de 2011 (fls. 752/753vº).

Transcorrida regularmente a instrução processual, foi proferida a r. sentença de fls. 2350/2401, que julgou parcialmente procedente a presente ação penal para:

1) condenar *Marcioir Silveira Teixeira* à pena privativa de liberdade definitiva de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, e 15 (quinze) dias-multa (fixado o valor de cada dia-multa no mínimo legal), a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, pela prática do crime previsto no art. 149, *caput*, § 1º, inciso I, e § 2º, inciso II, do Código Penal;

2) condenar *Harley de Paulo Silva* à pena privativa de liberdade de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 16 (dezesseis) dias-multa (fixado o valor de cada dia-multa em salário mínimo vigente ao tempo do fato), a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, pela prática do crime previsto no art. 149, *caput*, § 1º, inciso I, e § 2º, inciso II, do Código Penal;



3) absolver Joel da Silva Santos dos crimes que lhe foram imputados na denúncia.

Irresignada, a defesa de *MARCIOIR* interpôs recurso de apelação, em cujas razões recursais (fls. 2428/2449)) postula, em síntese:

i) a absolvição por ausência de provas da materialidade em relação ao delito previsto no artigo 149 do Código Penal;

ii) a absolvição por ausência de provas da autoria delitiva;

iii) subsidiariamente: a fixação da pena-base no mínimo legal;

iv) o afastamento da causa de aumento, prevista no art. 149, § 2º, inciso II, do Código Penal;

v) a readequação da pena de multa;

vi) a alteração do regime inicial de cumprimento de pena para o aberto;

vii) a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Por sua vez, a defesa de *HARLEY* também apela. Em suas razões (fls. 2493/2539) requer:

i) nulidade da sentença por ausência de enfrentamento de tese defensiva, mais especificamente quanto à posição de garantidor, prevista no art. 13§ 2º, do Código Penal;

ii) nulidade por violação ao princípio da correlação - denúncia por crime omissivo e condenação por crime comissivo;

iii) no mérito, a absolvição ao fundamento de que não tinha o dever legal de impedir o resultado (art. 386, inciso IV, V ou VII do CPP);

iv) subsidiariamente, a fixação da pena-base no mínimo legal;

v) a não aplicação da causa de aumento de pena, prevista no art. 149, § 2º, do CP;

vi) a fixação do regime inicial aberto para o cumprimento da pena;

vii) a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito;

viii) a fixação do valor do dia-multa no mínimo legal.

Contrarrrazões às fls. 2.454/2.478 e fls. 2.548/2.550.

Parecer da Procuradoria Regional da República (fls. 2552/2561), em que se opina pelo desprovimento dos recursos defensivos.

É o relatório.

Processo sujeito a revisão, nos termos regimentais.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

## VOTO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI:

*Do tipo penal em análise.*

O art. 149, *caput*, do Código Penal, dispõe, *in verbis*:

“Redução a condição análoga à de escravo

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.” Negritei.

Tem-se, portanto, que o crime imputado aos acusados é de forma vinculada, de molde que a comprovação da materialidade delitiva depende da demonstração de uma das condutas taxativamente previstas no tipo penal: submissão da vítima a trabalhos forçados ou à jornada exaustiva; sujeição do ofendido a condições degradantes de trabalho; restrição da locomoção da vítima em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto e, ainda, as figuras equiparadas, indicadas nos incisos I e II do §1º, que descrevem as condutas de cercear o uso de qualquer meio de transporte pelo trabalhador ou manter ostensiva vigilância no local de trabalho ou apoderar-se dos seus documentos ou objetos pessoais, tudo com o fim de retê-lo no local de trabalho.

Importa consignar, ainda, que as condutas descritas na norma incriminadora não dependem da configuração da situação de escravo nos moldes historicamente concebidos (modelo escravagista clássico-romano ou oitocentista, por exemplo), mas das formas contemporâneas de escravidão, quicá menos ostensivas, mas com consequências igualmente danosas.

Assim é que, hodiernamente, a condição análoga à de escravo é caracterizada pela coação, moral, psicológica ou física exercida para impedir ou de sobremaneira dificultar o desligamento do trabalhador de seu serviço.

De acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Art. XXIII:

§ 1º Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

§2º Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

§ 3º Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana.

Trabalho escravo, portanto, se traduz no fato do indivíduo não conseguir se desvincular do seu empregador, seja por meio de força ou ameaças psicológicas, algumas vezes sendo forçado a trabalhar sem vontade, estando sujeito a condições desumanas de trabalho. Não significa apenas desrespeito às legislações existentes, mas principalmente, a violação de direitos humanos.

Não se trata apenas da repressão da liberdade, mas sim de sua dignidade.

Ao analisar a redação original do artigo 149 do CP, Nélson Hungria destacava que:

“Conceito do crime. O crime de que ora se trata (art. 149) é a completa sujeição de uma pessoa ao poder de outra. Protege a lei penal, aqui, o status libertatis, ou seja, a liberdade no conjunto de suas manifestações. Refere-se o texto legal à ‘condição análoga à de escravo’, deixando bem claro que não se cogita de redução à escravidão, que é um conceito jurídico, isto é, pressupondo a possibilidade legal do domínio de um homem sobre outro. O status libertatis, como estado de direito, permanece inalterado, mas, de fato, é suprimido. Entre o agente e o sujeito passivo se estabelece uma relação tal, que o primeiro se apodera totalmente da liberdade pessoal do segundo, ficando este reduzido, de fato, a um estado de passividade idêntica à do antigo cativo (...). No tocante ao crime de plágio, é de todo ineficaz o consen-

timento do paciente. Ninguém pode abdicar, total e indefinidamente, do seu status libertatis, pois tanto importaria a anulação da própria personalidade (...) Trata-se de crime permanente, caracteristicamente tal. Não é necessária, no sujeito passivo, a capacidade de entender ou de querer. Não importa a idade da vítima (desde que compatível com o tratamento a que é submetida). Não importa igualmente o meio pelo qual é executado o crime: se por violência, ameaça, engano ou sugestão.”

(HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Comentários ao código penal: volume VI - arts. 137 a 154. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 199-201).

A Convenção sobre a escravatura assinada em Genebra, em 25 de Setembro de 1926 e emendada em 7 de dezembro de 1953<sup>15</sup>, define a escravidão:

Art 1º Para os fins da Presente Convenção, fica entendido que:

§ 1º A escravidão é o estado ou condição de um indivíduo sobre o qual se exercem, total ou parcialmente, os atributos do direito de propriedade

Mirabete relaciona o trabalho análogo ao de escravo com a exploração ilegal e abusiva do ser humano:

A vítima é privada da liberdade de escolha e a execução do trabalho decorre de uma relação de dominação e sujeição, contra a qual não tem a possibilidade de se insurgir. A conduta do agente pode ser praticada com violência ou grave ameaça, mas também mediante a criação ou o aproveitamento de circunstâncias que a impossibilitem de exercer a opção de não se submeter ao trabalho.

(MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal Brasileiro. São Paulo: RT, 2005).

Vale transcrever a lição de Guilherme de Souza Nucci:

“43. Escravo: continua a ser um elemento normativo do tipo, que depende da interpretação cultural do juiz. Escravo, em análise estrita, era aquele que, privado de sua liberdade, não tinha mais vontade própria, submetendo-se a todos os desejos e caprichos do seu amo e senhor. Era uma hipótese de privação da liberdade em que imperava a sujeição absoluta de uma pessoa a outra. Logicamente, agora, para a configuração do delito, não mais se necessita voltar ao passado, buscando como parâmetro o escravo que vivia acorrentado, levava chibatadas e podia ser aprisionado no pelourinho. É suficiente que exista uma submissão fora do comum, como é o caso do trabalhador aprisionado em uma fazenda, com ou sem recebimento de salário, porém, sem conseguir dar rumo próprio à sua vida, porque impedido por seu pretenso patrão, que, em verdade, busca atuar como autêntico ‘dono’ da vítima. O conceito de escravo deve ser analisado em sentido amplo, pois o crime pode configurar-se tanto na submissão de alguém a trabalhos forçados ou a jornadas exaustivas como também no tocante à restrição da liberdade de locomoção.”

(NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 747).

Esmiuçando o tipo penal, no que tange ao trabalho forçado, a Convenção nº 29, Art. 2º, item I, da OIT, trabalho forçado se traduz em “todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade”.

Já quanto ao trabalho degradante, como declara Mirabete, pratica crime quem submete

o trabalhador a condições degradantes de trabalho:

Nesses casos, ainda que existente uma relação trabalhista, há abuso na sua exigência do trabalho pelo agente, quer quanto à sua quantidade, quer quanto às condições propiciadas para a sua execução. Por condições degradantes entendem-se os aviltantes ou humilhantes, não apenas em geral consideradas, mas também em face das condições pessoais da vítima, que afrontam a sua dignidade (MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal Brasileiro. São Paulo: RT, 2005).

Dessa forma, sempre que houver desrespeito aos direitos indisponíveis do trabalhador, ferindo sua dignidade, desconsiderando suas necessidades básicas, haverá condições degradantes de trabalho.

Portanto, há trabalho degradante quando ocorre abuso na exigência do empregador, tanto no que diz respeito à quantidade, extensão e intensidade, quanto em relação às condições oferecidas para a sua execução.

Em relação à jornada exaustiva, as normas que tratam sobre as jornadas destinam-se à proteção da integridade física e psicológica dos trabalhadores. No Brasil, a jornada é estabelecida na Constituição Federal, limitada ao máximo de 8 horas diárias e 44 horas semanais. Caso essa jornada seja excedida, da remuneração será acrescido o adicional de 50%, nos termos do Art. 59, da CLT.

Destaca-se a importância do direito a repouso e lazer, descrita na Declaração dos Direitos do Homem, em seu Art. XXIV:

“Todo homem tem direito a repouso e lazer, inclusive à limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas. A limitação do tempo de trabalho contempla vários aspectos:

- a) A jornada de trabalho;
- b) Intervalo intrajornada;
- c) Intervalo entre duas jornadas;
- d) Trabalho extraordinário;
- e) Descanso semanal;
- f) Férias remuneradas”

Independentemente da remuneração das horas extras, sempre que o trabalhador laborar acima do limite máximo de dez horas diárias, estará presente a jornada exaustiva. O mesmo fato ocorrerá sempre que, em relação ao número de horas prestadas, a intensidade exigida tornar a jornada exaustiva.

Dessa forma, a jornada exaustiva pode se caracterizar tanto pelo critério quantitativo, com a superação do limite legal de dez horas ou então, pelo critério qualitativo, quando houver pressões físicas e psicológicas ao trabalhador ou pela expressiva intensidade do trabalho desenvolvido, o que não está ligado, nesse caso, ao limite legal da jornada horária.

Já a servidão por dívidas encontra classificação na Convenção sobre a escravidão assinada em Genebra, em 1926:

“(..)estado ou a condição resultante do fato de que um devedor se haja comprometido a fornecer em garantia de uma dívida, seus serviços pessoais ou os de alguém sobre o qual tenha autoridade, se o valor desses serviços não for equitativamente avaliado no ato da liquidação de dívida ou se a duração desses serviços não for limitada nem sua natureza definida. Ainda,

trata-se de uma situação em que o indivíduo é obrigado pela lei, pelo costume ou por um acordo, a viver e trabalhar numa terra pertencente a outra pessoa e a fornecer a essa outra pessoa, contra remuneração ou gratuitamente, determinados serviços, sem poder mudar sua condição”.

Nota-se, portanto, que a norma penal possui um conceito amplo, que engloba não apenas a privação da liberdade, mas também, todas as formas de desrespeito ao trabalho como supra descrito. Esclarecendo a questão em acórdão paradigmático, o STF estabeleceu:

EMENTA PENAL. REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA A DE ESCRAVO. ESCRAVIDÃO MODERNA. DESNECESSIDADE DE COAÇÃO DIRETA CONTRA A LIBERDADE DE IR E VIR. DENÚNCIA RECEBIDA. Para configuração do crime do art. 149 do Código Penal, não é necessário que se prove a coação física da liberdade de ir e vir ou mesmo o cerceamento da liberdade de locomoção, bastando a submissão da vítima “a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva” ou “a condições degradantes de trabalho”, condutas alternativas previstas no tipo penal. A “escravidão moderna” é mais sutil do que a do século XIX e o cerceamento da liberdade pode decorrer de diversos constrangimentos econômicos e não necessariamente físicos. Priva-se alguém de sua liberdade e de sua dignidade tratando-o como coisa e não como pessoa humana, o que pode ser feito não só mediante coação, mas também pela violação intensa e persistente de seus direitos básicos, inclusive do direito ao trabalho digno. A violação do direito ao trabalho digno impacta a capacidade da vítima de realizar escolhas segundo a sua livre determinação. Isso também significa “reduzir alguém a condição análoga à de escravo”. Não é qualquer violação dos direitos trabalhistas que configura trabalho escravo. Se a violação aos direitos do trabalho é intensa e persistente, se atinge níveis gritantes e se os trabalhadores são submetidos a trabalhos forçados, jornadas exaustivas ou a condições degradantes de trabalho, é possível, em tese, o enquadramento no crime do art. 149 do Código Penal, pois os trabalhadores estão recebendo o tratamento análogo ao de escravos, sendo privados de sua liberdade e de sua dignidade. Denúncia recebida pela presença dos requisitos legais. (STF, Inq. 3412, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. 29/03/2012, Acórdão Eletrônico DJe-222, Divulg. 09/11/2012, public. 12/11/2012)

Também o STJ:

Para configurar o delito do art. 149 do Código Penal (redução a condição análoga à de escravo) NÃO É imprescindível a restrição à liberdade de locomoção dos trabalhadores. O delito pode ser praticado por meio de outras condutas como no caso em que os trabalhadores são submetidos a condições degradantes, subumanas. STJ. 3ª Seção. CC 127.937-GO, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 28/5/2014 (Info 543).

Postas tais premissas, passo à análise das teses defensivas alegadas nas razões recursais.

*Preliminar de nulidade em razão de não enfrentamento de todas as teses defensivas*

Alega Harley, em suas razões recursais, que a sentença recorrida não enfrentou a tese defensiva relativa à posição de garantidor, prevista no art. 13, §2º, do Código Penal, que fundamenta a tipicidade dos crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão, nos seguintes termos, *in verbis* (fls. 2494):

“Em alegações finais, a defesa aduziu que Harley não poderia ser condenado pelo crime im-



putado pelo Ministério Público, tendo em vista que ele não ocupava a posição de garantidor, isto é, a sua posição fática não poderia ser subsumida a nenhuma das hipóteses do art. 13, § 2º, do Código Penal.

Ocorreu que a sentença penal não enfrentou a tese defensiva, deixando de analisar o argumento da defesa de que Harley não poderia ser condenado pelo crime descrito na denúncia por não ocupar posição de garantidor, sendo certo que sequer consta das 103 folhas da decisão qualquer menção ao termo garantidor.”

Sem razão, entretanto.

Não é porque o Juízo *a quo* não se utilizou expressamente do termo “garantidor”, que deixou de rebater a tese levantada pela defesa.

Após analisar os fatos e as provas produzidas tanto em sede policial, quanto judicial, o magistrado sentenciante fundamentou adequadamente a autoria delitiva do apelante Harley, rebatendo, expressamente a tese defensiva de ausência de omissão típica. Vejamos (fls. 2397vº):

“No mesmo sentido, não há falar em ausência de omissão típica, consoante já tratado minuciosamente acima, nem tampouco de que seria um mero gerente sem poderes de mando ou gestão. A conduta do referido acusado restou bem especificada acima, sendo que o fato de ser um mero gerente, ainda que se aceitasse em todos os termos o alegado, não afastaria eventual responsabilidade do caso concreto. *Os termos de notificação de fls. 475/476 demonstram, ao contrário do alegado, que havia uma fiscalização sobre o trabalho de Marcioir, o que comprova ainda mais a responsabilidade da Prumo e de seu encarregado (Harley)*, vinculando-o diretamente aos fatos, conforme descrito também acima. O fato de que só a obra administrada por Marcioir teria apresentado problemas, por si só, não afasta - mesmo se admitirmos essa primeira como verdadeira, isto porque não há informações sobre os demais trechos - a responsabilidade penal de Harley, justamente porque, conforme restou explanado aquele trecho em questão detinha características específicas como também indicado acima. Portanto, todas as alegações defensivas são infundadas e não afastam a certeza, além de qualquer dúvida, razoável, quanto à condenação do acusado.” Negrítei.

Antes da referida conclusão, a sentença recorrida já tinha fundamentado a autoria delitiva do recorrente Harley, fazendo importantes menções, *in verbis* (fls. 2393):

“Outro ponto importante que deflui da participação de Marciorir é sua fala coerente quanto à atuação efetiva do acusado Harley em todo o mecanismo de prestação de serviços no trecho da serra. Atuavam conjuntamente, cada um era uma face da mesma moeda, com competências claras, algumas delas sub-reptícias, de modo a escapar das responsabilidades.

Além disso, no apenso, *há uma série de declarações, termos de rescisão etc (fls. 50/209) na sua quase totalidade assinados pelo acusado Harley, como representante da empresa Prumo*, o que desmente sua alegação em interrogatório no sentido de que não detinha responsabilidade na empresa.

Os interrogatórios de Marcioir e de Joel são claros no sentido de delimitar que Harley possuía uma ativa participação e decisão na execução dos serviços do trecho em questão. Funcionava como o executor das deliberações tomadas pela empresa Prumo, inclusive em relação ao trecho sobcontratado à empresa M.S. Teixeira, e, como tal, deve ser responsabilizado.”

Ademais, o Código de Processo Penal não faz exigências quanto ao estilo de expressão

nem determina que o julgador se prolongue na discussão acerca da linha de argumentação tecida pela parte, mas apenas que sejam fundamentadamente apreciadas todas as questões controversas passíveis de conhecimento pelo julgador naquela sede processual. A propósito, o C. Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de assentar:

O julgador não é obrigado a examinar todas as normas legais citadas e todos os argumentos utilizados pelas partes e sim somente aqueles que julgar pertinentes para lastrear sua decisão (EDRESP nº 92.0027261, 1ª Turma, rel. Min. Garcia Vieira, DJ 22.03.93, p. 4515) - destaque nosso.

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AO ART. 619 DO CPP. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. REDISCUSSÃO DO MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 386, IV E V, DO CPP. ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. De acordo com o entendimento jurisprudencial remansoso neste Superior Tribunal de Justiça, *os julgadores não estão obrigados a responder todas as questões e teses deduzidas em juízo, sendo suficiente que exponham os fundamentos que embasam a decisão*. Incidência do enunciado 83 da Súmula deste STJ. (...) (AgRg no AREsp 462735/MG 2014/0013029-6, T6 - SEXTA TURMA, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Julgamento: 18.11.2014, DJe: 04.12.2014) - destaque nosso.

A sentença rebateu a tese levantada pela defesa, bem como fundamentou adequadamente a autoria delitiva do apelante Harley, razão pela qual deve ser rejeitada a preliminar de nulidade aventada.

*Preliminar de nulidade por violação ao princípio da correlação - denúncia por crime omissivo e condenação por crime comissivo*

Com relação ao apelante Harley, a denúncia narrou os fatos seguintes, *in verbis*:

“Consta dos autos que MARCIOIR SILVEIRA TEIXEIRA, entre o mês de agosto e dia 1º de dezembro de 2010, aliciou e levou 53 trabalhadores de Santo Amaro da Purificação/BA e de São Vicente/SP para a cidade de Embu-Guaçu, onde os reduziu à condição análoga à de escravo, restringindo sua liberdade de locomoção e submetendo-os a trabalhos forçados e jornadas exaustivas. Consta, também, que JOEL DA SILVA SANTOS e HARLEY DE PAULO SILVA concorreram para a prática dos crimes acima cominados.  
(...)”

Em diligência realizada pelo Ministério Público do Trabalho no local das obras (fls. 11/12 e fls. 14/16) foram encontrados 53 trabalhadores reduzidos à condição análoga de escravo, razão pela qual o denunciado MARCIOIR OLIVEIRA TEIXEIRA foi preso em flagrante.

Concorreram para a prática de tais crimes JOEL DA SILVA SANTOS e HARLEY DE PAULO SILVA. JOEL era gerente da M.S TEIXEIRA e participou dos crimes na medida em que era o responsável pela formalização da admissão e demissão dos funcionários e pelo pagamento dos salários. Além disso, tinha conhecimento de que os trabalhadores eram aliciados em outros locais para serem trazidos a Embu-Guaçu, também estando ciente do cerceamento da liberdade de locomoção; da retenção da carteira de trabalho; e das jornadas exaustivas e condições degradantes de trabalho e moradia a que eram submetidas as vítimas.

HARLEY era gerente regional da PRUMO ENGENHARIA, mantendo contato direto com MARCIOIR e, como consta em seu depoimento (fls. 461/463 - 3º vol), sabia que os trabalhadores dormiam em contêineres de metal e que diariamente caminhavam de 3 a 5 Km para

*chegar ao local de trabalho, tendo permitido a redução das vítimas a condição análoga à de escravo, não se opondo e concordando com esta prática ilícita, vez que não rescindiu o contrato de prestação de serviços (fls. 464/466 - 3º vol.).” Negritei.*

Verifica-se que a denúncia narra que Harley concorreu para a prática delitiva, permitindo e concordando com as condutas narradas na denúncia.

Sendo assim, após análise da documentação juntada aos autos e assinada por Harley, como preposto da PRUMO, bem como da oitiva das testemunhas em juízo e interrogatório dos corréus, o Juízo *a quo* formou sua convicção a respeito da efetiva participação do apelante na prática delitiva, a qual foi devidamente descrita na sentença apelada. Ou seja, o magistrado sentenciante chegou à conclusão de que o recorrente, independentemente do dever jurídico de evitar o resultado, participou ativamente das decisões e execuções dos serviços prestados no trecho narrado na denúncia.

Portanto, o recorrente foi condenado pelos fatos narrados na denúncia, cuja participação foi apenas detalhada durante a instrução processual, realizada sob o crivo do contraditório, não havendo que se falar em ausência de correlação da denúncia em razão de ter sido denunciado por crime omissivo, mas condenado por crime comissivo.

Por tais razões, rejeito a preliminar de nulidade aventada.

*Mérito*

*Materialidade*

Como já consignado na sentença apelada, a materialidade dos crimes restou comprovada pelo Relatório da Auditoria Fiscal Trabalhista (fls. 482/484), Relatório da Polícia Civil/SP (fls. 486/490); Laudo Pericial de Vistoria de Local de Trabalho Escravo elaborado pelo Instituto de Criminalística (fls. 524/556); Laudo de Vistoria de Local elaborado pelo Instituto de Criminalística (fls. 675/696); Contratos entre a empresa ALL e a empresa PRUMO (fls. 708/721) e entre a empresa PRUMO e a empresa M.S. TEIXEIRA (fls. 730/736); Boletim de Ocorrência nº 65/2010 (fls. 757/760); Ofício nº 189/2010 da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Estado de São Paulo solicitando apoio da Polícia Civil para auditoria fiscal para repressão ao tráfico de pessoas e ao trabalho análogo ao de escravo (fls. 761/762) e Denúncia Anônima recebida no âmbito do Ministério Público do Trabalho em São Paulo (fls. 771/772).

Para melhor elucidação dos fatos, descreve-se trecho do Relatório de Auditoria Fiscal Trabalhista (fls. 482/484), *in verbis*:

“No tocante à inspeção trabalhista, durante a verificação física e entrevista com os trabalhadores, foi possível concluir que:

- 22 (vinte e dois) trabalhadores foram aliciados no Município de Santo Amaro da Purificação;
- Foram ilegalmente trazidos para o Estado de São Paulo entre os dias 22 de agosto, mediante falsas promessas de emprego, condições de trabalho e salário;
- As promessas enganosas foram feitas por um senhor de nome Marcioir Silveira Teixeira, proprietário da empresa M.S. Teixeira, reconhecido como preposto da empresa Prumo Engenharia Ltda;
- Outros 31 (trinta e um) trabalhadores estavam expostos às condições degradantes de meio ambiente laboral e moradia;
- Não havia água potável para consumo humano nas frentes de trabalho;
- a alimentação era precária e insuficiente; Não havia locais adequados para refeições;
- Muitos trabalhadores viviam em contêineres como alojamentos improvisados, fabricados em material metálico, sem ventilação, com umidade;

- Viviam e trabalhavam no meio de mata, em área de total isolamento;
- Não havia instalações sanitárias nas frentes de trabalho e os trabalhadores satisfaziam suas necessidades fisiológicas no meio da mata;
- Os alojamentos encontravam-se em péssimas condições de higiene e conforto; não havia camas disponíveis a todos os trabalhadores e muitos dormiam em colchões no chão; não existiam extintores de incêndio e as instalações elétricas eram irregulares;
- Na área próxima às linhas férreas, onde alguns viviam e todos laboravam, havia total de isolamento, com nenhuma possibilidade de comunicação via rádio ou telefonia celular; havia ainda restrição à liberdade de locomoção e, inclusive, à prestação de socorro, eis que os trabalhadores só podiam sair do local mediante utilização de trem da empregadora, que, via de regra, não os permitia fazê-lo, sem prévia autorização superior;
- O trabalho era realizado a céu aberto, estando os trabalhadores sujeitos a intempéries, sem nenhuma proteção;
- A jornada de trabalho era exaustiva, iniciando-se às 05h00 da manhã e encerrando-se por volta de 19h00, isto quando não era prorrogada até às 21h00;
- Não foram concedidos descansos semanais e os trabalhadores estavam há meses trabalhando todos os dias;
- Os trabalhadores caminhavam cerca de 14 Km todos os dias, para chegar e retornar das frentes de serviço, eis que não havia transporte disponibilizado para esses locais;
- A remuneração prometida no ato da contratação não fora cumprida, havendo trabalhadores que estavam há três meses sem receber o salário ajustado, tendo recebido apenas alguns valores irrisórios;
- Alguns trabalhadores relataram ameaças verbais e agressões por parte do intermediador Marcioir Silveira Teixeira;
- todas as carteiras de trabalho (CTPS) estavam retidas pelos empregadores.

Como providência imediata, a inspeção do trabalho interditou os alojamentos e frentes de serviço, através de “termo de embargo e interdição” entregue, no ato, aos responsáveis pela Estação de Engenheiro Ferraz (linha férrea Mairinque-Santos), empregados da ALL América Latina Logística S.A.

Tratando-se de situação que a inspeção trabalhista considerou de grave e iminente risco à segurança e saúde dos trabalhadores, estes foram imediatamente removidos do local, em transporte disponibilizado pela Secretaria de Justiça e Cidadania do Estado. Ato contínuo, foram abrigados em hotel no Município de São Paulo, sendo, desde então, a hospedagem e alimentação custeada pela empresa Prumo Engenharia Ltda. (...)”

Por fim, sobre as condições encontradas no local de trabalho, além das análises periciais, a prova testemunhal complementa as péssimas condições laborativas, como se depreende, por exemplo, em trecho do depoimento de Anália Belisa Ribeiro Pinto:

“(...)tinha falta de água potável; tinha ausência de instalações sanitárias, inclusive nós adentramos na mata onde os trabalhadores estavam fazendo recuperação da linha e estavam alguns em contêineres, inclusive um teve um problema de saúde na hora, estava com algum problema, e nós estivemos com a médica que estava acompanhando a operação pra fazer o resgate de volta desse trabalhador; não tinha água potável, eles estavam comendo um alimento quase que perecível num fogo feito à lenha lá dentro da mata; trabalhavam até tarde também, uma jornada exaustiva que extrapolava o limite do trabalho; segundo os trabalhadores tinha restrição à liberdade de locomoção; houve retenção da carteira de trabalho; que eu lembre, houve um trabalhador que passou mal, mas foi socorrido e encaminhado pelos representantes do Ministério Público do Trabalho, pela própria médica, ele foi assistido, foi solicitada uma ambulância, o DHPP que estava acompanhando ajudou nessa operação também; pra eles

chegarem até o local de trabalho tinham que caminhar muito, não tenho noção de quantos quilômetros, mas sei que era muito longe; [após a leitura do depoimento prestado em sede policial] confirmo o depoimento prestado e que é minha a assinatura; ali tem mais detalhes até do que eu me recordava porque foi em 2010, eu me afastei da Coordenação do Núcleo em 2011 e nós tínhamos assim um número muito grande de ações que nós acompanhávamos, então os detalhes dos detalhes eu me lembro assim, a mais do que isso que está aí não(...)."

Portanto, não há dúvida quanto à comprovação da materialidade do crime previsto no artigo 149 do Código Penal, que restou devidamente comprovada nos autos.

#### AUTORIA

A autoria delitiva dos apelantes também restou devidamente demonstrada. Vejamos.

Compulsando os autos, verifica-se que houve a produção de extensa prova oral, na fase judicial, a qual corrobora as já produzidas em sede policial, bem como a documentação juntada nos autos.

Considerando que a sentença apelada descreveu, detidamente, os depoimentos produzidos em juízo, consistentes nos depoimentos das vítimas, testemunhas de acusação, testemunhas de defesa e interrogatório dos réus, passamos a descrevê-los a seguir (fls. 2357vº e ss), *in verbis*:

*A vítima Hélio da Purificação Pitanga, cujas declarações foram tomadas perante o Juízo deprecado, confirmou a ocorrência dos fatos narrados na denúncia e esclareceu que: habitou um contêiner que não tinha sanitário; utilizava o matagal para fazer suas necessidades fisiológicas; o clima era muito frio e o banho era gelado; no local havia neblina o tempo todo e não se conseguia enxergar quase nada; passavam fome, a comida era fornecida por eles, mas comiam porque tinha que comer mesmo, porque não tinha outro jeito; depois de alguns meses, foram trocados de alojamento, para um alojamento mais adequado, porque o lugar que ficaram antes era horrível; não recebiam salário correto todo mês, teve um mês que para receber o dinheiro, foram à noite, fora da cidade e ficaram num outro alojamento porque tiveram que passar a noite lá; a carteira de trabalho foi assinada, mas não foi válido, foi a maior briga pra devolverem a carteira pra eles, descobriram que só metade das pessoas estava com a carteira assinada, na minha equipe tinha uns vinte e cinco, mais ou menos; chegaram até lá por causa de um rapaz de apelido "Turinga", que era de Santo Amaro da Purificação e já trabalhava pra eles, ele que arregimentou os trabalhadores aqui e levou pra lá; dos três denunciados só tinham acesso ao Marcioir, que viam sempre porque ia direto lá, os outros, por nome, não conhece; o comportamento do Marcioir era horrível, se eles reclamassem de alguma coisa ele mandava que eles fossem para a cidade Embu-Guaçu, porque sabia que não tinham como ir já que ele mesmo não deixava o trem dar carona pra eles; não tinha como ir para a cidade porque não tinha acesso, era no mato e o único transporte que tinha era o trem e ele não permitia que desse carona; a violência por parte dele era só ameaça, porque nunca pegou arma pra gente ver; o salário mensal era pago apenas em parte, eles reclamavam com o encarregado, que ligava para Marcioir, que aparecia lá e dizia que ia pagar; um deles conseguiu ir até a cidade, puxou o extrato do FGTS e não tinha nada, foi então que souberam que não tinham a carteira assinada; para ir ao local de trabalho iam andando, mais ou menos quarenta minutos, cinquenta minutos, andando, uma hora, porque cada dia ia mudando o trecho; levavam os instrumentos de trabalho empurrando o "trolho"; trabalhavam trocando dormentes, consertando via de trem; a diferença entre o que foi prometido e a realidade foi percebida logo que chegaram porque não tinha espaço pra todo mundo, não tinha lugar pra dormirem, botou um colchão no chão, dormiram, no outro dia seguinte foram colocados num ônibus e foram pro trecho trabalhar; lá no trecho que foram trabalhar ele levava uma panela grande pra fazer arroz com soja, cozido na hora, comida quente e depois já tinha que voltar*



para o serviço, ou comia quente ou jogava fora porque o tempo não dava; tinha um intervalo de uma hora, mas como a comida estava ali cozinhando e tiravam quente, ou comiam quente, soprando, ou tinham que jogar fora pra voltar pro serviço; o tempo que tinham de intervalo era muito pouco, não dava; trabalhavam das 7h às 17h; quando os trens descarrilhavam, às vezes, tinham que trabalhar à noite; *teve até gente que chorou pra conseguir ir embora e não conseguiu, porque não tinha dinheiro*; ele falava “você quer ir embora? eu não boto ninguém pra fora, pega a estrada de vocês e passa lá no meu escritório”, mas como a gente ia chegar até lá?, e ele também dizia que não ia mandar ninguém embora; todo mundo gostou de ter ido embora de lá, ninguém queria ficar lá porque o lugar não dava pra gente manter contato com ninguém, não tinha telefone lá, não funcionava nada; *a gente foi enganado pelo Marcioir* porque ele que enviou essa pessoa que já estava lá pra contratar a gente; essa pessoa que levou a gente ficou lá um tempo, trabalhando com a gente, depois se desentendeu com o Marcioir e foi tirada de lá; *se sentiu um escravo porque o lugar que ficavam não era lugar para um ser humano ficar*, de jeito nenhum, *só o fato de estarem a noite dormindo e precisarem ir no banheiro fazer necessidade e não ter, e tomavam banho gelado, ficava um tanque lá*, encanava água numa pedra, a mesma água era usada também pra beber e lavar roupa; sabão e essas coisas eles tinham que se virar porque o cozinheiro não dava, não gostava de dar; [em resposta ao Ministério Público:] o salário prometido (R\$ 680,00 mais R\$ 320,00 por fora) foi recebido pela metade; não sabe dizer se eram só 53 trabalhadores ou quantas estavam na mesma situação, porque *eram várias equipes separadas, uma delas ficava na cidade, outra não aguentou, não conseguiu ficar lá e foi logo embora e eles que não tinham como ir embora ficaram lá*; *reafirmou que não tinha banheiro, faziam necessidade no meio do mato, a cozinha era um contêiner também, ficavam lá ao Deus dará, os dormitórios em contêineres também, tudo era contêiner, sem ar-condicionado, ventilador, nada; o café da manhã às vezes era um pão de forma, a alimentação lá eles comiam porque não tinha jeito, não tinha opção*; cozinhavam arroz e galinha, arroz e soja; cada dia era marcado o trecho para trabalhar, hoje aqui, amanhã a 50 metros mais pra frente, no final do dia tinham que trazer as ferramentas, muitas ferramentas, num “trollho”; *não tinha descanso no final de semana, trabalhavam direto, só tinham os oito dias mas ele não permitia que ficassem no alojamento, [ele quem?] o Marcioir*; no total fiquei uns 30 a 45 dias; recebeu um valor de uns R\$ 8.200,00 na Justiça do Trabalho, não sabe dos outros porque se separaram no aeroporto; não sei o porquê deles reterem as carteiras, acho que era pra gente não ir embora; *não existia venda ou local pra comprar remédio, no local só tinha os contêineres; fiquei gripado lá e tive que fazer um melaço com o limão que tinha num pé por lá e o açúcar brabo, não tinha como ir pra cidade, a distância era bem maior que daqui [Santo Antonio da Purificação] a Salvador, bem maior*; reafirmou que conhece o Marcioir que ia lá sempre, os outros acusados Joel e Harley, pode ser que até fossem lá, mas ele não conhece de nome. Não foram feitas perguntas pela Defesa (mídia de fl. 1427).

A vítima Jucivan Sandis dos Santos, cujas declarações foram tomadas perante o Juízo deprecado, às perguntas do Ministério Público Estadual, e depois do Juízo, respondeu que: em relação aos fatos narrados na denúncia, várias coisas aconteceram, *eles forçaram a gente a trabalhar*, não tinha café para tomar de manhã, eles queriam que a gente fosse trabalhar sem tomar café; quando a gente saiu daqui [Santo Amaro da Purificação] pra lá, foi indicado aqui que a gente ia trabalhar na cidade, quando chegou lá, após três dias, a gente foi levado pra serra; eu, após um mês falei que não queria ficar e ele falou que se eu quisesse era pra pedir conta; a gente dormia dentro de um contêiner, tinha dia que não tinha alimento pra gente almoçar; a gente chegou até a comer banana verde com açúcar; não tinha banheiro, a gente fazia as necessidades no mato; não tinha água, a água que vinha era puxada de um poço com uma bomba; *seu Márcio fazia ameaças*, às vezes quando vinha pagar metade do dinheiro, ele vinha junto com o Joel, que dizia que era segurança de seu Márcio e vinha armado; eu dizia que não ia pegar aquele dinheiro, que só queria se fosse o dinheiro todo, ele dizia que se não

pegasse aquele dinheiro não ia ter nenhum; quando a gente queria depositar um dinheiro pra família aqui na Bahia, tinha que vir de trem, e, às vezes, ele ligava para um supervisor da ALL e mandava dizer que era pra falar com os maquinistas que não era pra parar pra levar a gente, aí a gente ficava a ver navio porque trabalhava vinte e dois dias e folgava oito, mas durante esses oito dias que eram de folga ele não queria que a gente ficasse no alojamento, mas a gente ia pra onde? Não tinha como, querendo ou não a gente tinha que trabalhar, podia estar fazendo sol ou chuva, era a mesma coisa; um rapaz que mora na Entrada da Pedra fez o contato e explicou a proposta dizendo quanto iam ganhar, que iam trabalhar na cidade, na ferrovia; logo quando chegaram perceberam o alojamento precário, em Embu-Guaçu, não tinha lugar onde dormir, era um quarto para mais de oito pessoas dentro de um quarto, sem ventilador, sem ar-condicionado, não era fresco; com três dias, *a equipe que foi daqui, os que podiam e ligaram pra família, a família depositava o dinheiro e eles vieram logo embora, a gente que não tinha dinheiro tinha que aceitar todas as propostas que eles fizessem, pelo fato de não ter o dinheiro pra vir embora*; o arroz que faziam parecia papa, a carne toscana aferventada, quando falava com o encarregado para melhorar a comida, ele falava que se estivesse achando ruim era pra pedir pra ir embora e de noite era da mesma forma, tinha dia que não tinha ne misso pra gente comer; o deslocamento do alojamento para o local de trabalho era longe e era feito andando, todo santo dia, tanto pra ir como pra voltar também; a jornada de trabalho era de sete da manhã até cinco da tarde, tinha vez que quando abriam linha e não dava tempo de fechar trabalhavam até oito e meia, nove horas da noite, a base de lanterna; *Harley era um deles também*, o Joel era segurança do s. Márcio e o *Harley se quisesse pedir pra sair, conversava com ele, ele que dava baixa na carteira, essas coisas, junto com seu Márcio também*; a CTPS ficou na mão dele mais ou menos uns dois meses, depois a gente ligou para uma advogada e ela que fez a denúncia, porque tinha muita pessoa e não dava pra ela pegar esse caso então ela mandou a gente procurar o Ministério do Trabalho, eu falei com um rapaz lá que disse que eles iam no lugar dia 01/12, mas eles ficaram sabendo e tiraram a gente de lá (Ferraz) uns três dias antes, só deixaram lá quem era de São Paulo mesmo; no dia o pessoal do Ministério do Trabalho ligou pra mim em Embu-Guaçu, eu fui até a praça, eles foram até o alojamento e olharam, mandaram aguardar lá e foram até Ferraz, chegou em Ferraz e pegaram até um rapaz lá dando crise porque era epilético; *o que impedia a gente de ir embora era porque eles não pagavam tudo*, a primeira vez pagaram R\$ 520,00 dizendo que depois trazia o restante, quando eles cobravam o encarregado que entrava em contato com o s. Márcio, a resposta dele do outro lado do telefone era “diga a esses vagabundos que eu não tô devendo nada não”; a data que cheguei lá foi em agosto; parece que o seu Márcio foi preso; não sei dizer se fora esse processo apareceram outros processos de outras localidades em que eles faziam isso também; o Ministério do Trabalho deu baixa na carteira da gente como a M.S. Teixeira, botou como se fosse a Prumo e pagou a gente o que tinha que pagar, eles disseram eu o que tinha que pagar era aquilo ali, a Prumo pagou o que tinha que pagar e a gente veio embora; quando a gente saiu daqui quem ia ser nosso empregador era a M. S Teixeira, mas o encarregado falou que era a Prumo, tanto que era M.S. Teixeira mas a farda era da Prumo, a Prumo era empresa de ferrovia também; fui submetido várias vezes a trabalho forçado e a jornada exaustiva, fui demais submetido a condições degradantes/humilhantes de trabalho; eu me senti aprisionado naquela situação porque a única locomoção que a gente tinha era de trem e eles não permitiam que a gente fosse porque passava o rádio para o maquinista e falava que não era pra pegar ninguém; saímos todos de uma vez após a operação da Polícia e do Ministério Público do Trabalho, ninguém quis ficar lá (mídia de fl. 1427).

A vítima Luciano Gonzaga dos Santos, cujas declarações foram tomadas perante o Juízo deprecado, às perguntas do Ministério Público Estadual, e depois do Juízo, respondeu que: sobre os fatos sabe dizer que foram pra lá pra trabalhar, chegaram lá pensando que era uma coisa e foi outra; *não deixavam a gente sair porque passavam o rádio para os maquinistas não darem carona*, o rango era ruim, *tinha que trabalhar forçado também*, eram vinte e

dois dias que a gente trabalhava e na folga não tinha como a gente ir pra algum lugar, tinha que trabalhar mesmo; o alojamento era um contêiner, dormia no chão; *quem levou a gente daqui pra lá foi o Luiz que agiu a mando do s. Márcio* que ia contratar a gente; por nome, não conheço Joel nem Harley; eu fui com a proposta de ganhar mil reais, lá chegando recebi seiscentos e pouco, nenhum mês recebi os mil reais, pagavam de três vezes, duas vezes; a refeição era galinha misturada com arroz branco; o deslocamento do alojamento para o local de trabalho era feito à pé, uns quarenta minutos andando; a jornada de trabalho era das 7 às 17h, *trabalhava nos finais de semana, não tinha descanso*, não tinha nada pra fazer também, então o grupo combinava e trabalhava, sem receber extra pra isso; *não tinha banheiro no local e as necessidades fisiológicas eram feitas no mato mesmo, atrás dos contêineres*; se pedisse pra ir embora eles iam resolver lá mesmo, sentava num banquinho e resolvia lá mesmo; *eu não cheguei a pedir as contas porque tinha pouco tempo de trabalho, como é que vinha?*; FGTS, INSS, só pagaram depois que o Ministério foi lá e a Prumo pagou a gente; eu nunca vi o capanga que andava armado, não lembro o nome dele, mas dizem que puxou a arma para uns dois meninos que trabalhavam lá, ele ficava mais o velho, o velho era o s. Márcio; a carteira de trabalho ficava na mão dele, não tinham acesso facilitado porque ficava tudo com ele, se pedissem pra ver, enrolava, enrolava e não dava não; a pessoa que ficava com as carteiras era um branquinho, meio gordinho, não sei dizer se era paulista, tipo coroa; escapamos de lá porque o advogado encaminhou pro Ministério Público, que marcou uma data e deu um flagrante; quando chegaram lá estava tudo mal organizado, gente doente, o s. Márcio foi preso; eu me senti submetido a trabalhos forçados, eu fui obrigado a trabalhar, eu tive carga de trabalho exaustiva, trabalhei até ficar exausto, tive condições de trabalho degradantes/humilhantes; sou uma pessoa humilde/pobre e a situação de vida que eu tenho aqui é 100% melhor do que a que eu tinha lá, eu escolheria ficar aqui porque lá eu não conseguiria ficar; após a operação do Ministério do Trabalho levaram todo mundo para um hotel (mídia de fl. 1427).

A vítima *Luíz Enéas*, cujas declarações foram tomadas perante o Juízo deprecado, às perguntas do Ministério Público Estadual, e depois do Juízo, respondeu que: *os fatos são pura realidade*, foi o que aconteceu; eles levaram a gente daqui, o cidadão que levou ganhou 50 reais por cabeça, *quando chegou lá eles botaram a gente num contêiner*; num dia que a gente teve que não ir trabalhar por falta de alimento, eles cortaram o dia da gente, *tem até um colega que o nome não está nessa lista que ele até bateu*, fui uma tremenda humilhação lá, *bateu porque a gente não foi trabalhar* e o menino também não foi trabalhar e disse que não ia trabalhar e ele queria que o menino fosse trabalhar e queria colocar ele pra fora do alojamento, *o Márcio bateu*; *não sei o que Joel e Harley são do Márcio, só sei que trabalhavam lá, trabalhavam tudo lá junto*; a proposta feita na Bahia era de ganhar R\$ 680,00 e quando chegou lá ele falou que se trabalhasse vinte e dois dias direto ganhava mais R\$ 300,00 em cima, e os feriados e folga ele comprava; na hora de receber, as primeiras vezes ele pagou, depois ele se recusou a pagar e falou que não ia pagar mais nada, então a gente parou de exercer a função do serviço e ele começou a negar comida, *não deixava a gente sair, pra gente sair tinha que pular no trem escondido*; *era um total abandono, até mesmo a comida, a galinha mesmo ia cheia de pena, a gente comeu banana verde* porque eu procurei banana verde, *eu que tirei a banana verde pra gente comer*, pros meninos, *porque não tinha alimento*; *a dormida era no chão, botava um colchão dentro de um contêiner no chão e a gente dormia*; *não tinha banheiro, água era um poço que tinha*, a gente pegava água pra fazer café, tomar banho; *andava entre quarenta minutos e uma hora e meia carregando ferramentas*; *quando queria sair tinha que ir escondido no trem, não tinha como sair, o local era bem distante*; o cidadão que elevou a gente daqui mora na Entrada da Pedra e está em São Paulo, chama Luís, não sei a mando de quem fez isso; a gente já saiu daqui com destino certo; quando a gente dizia que queria ir embora ele queria trocar a gente de grupo/equipe, queria botar a gente em outro grupo pra gente não poder ir embora; eles ficaram com a certeza da gente um bom tempo na mão, tanto

que até perderam carteira lá, dos meninos daqui tem carteira perdida lá ainda; ele tinha vários alojamentos, tinha gente até de lá mesmo que trabalhava com ele só que era alojamento separado; até com dor de dente eu já fui trabalhar; não tinha banheiro, no primeiro lugar que ele deixou a gente não tinha banheiro; eu não sei porque ele mudava a gente de lugar, acho que pra ficar distante mesmo, tanto que ele levou a gente pra uma fazenda, num lugar longe, a fazenda era até bonita mas *o local que a gente dormia parecia uma senzala*; um rapaz que trabalhava com ele deu o número de Dr. Alexandre, lá de São Paulo, foi aí que ele disse que queria dar o flagrante, mas queria dar o flagrante com a gente trabalhando, mas só que a gente estava nesse alojamento, mas, mesmo assim, ele foi lá e deu o flagrante; no lugar não tinha nada organizado, eram duas pessoas dormindo numa cama só, os outros botavam o colchão no chão; numa época tinha uma jaguatirica, a gente estava tudo na beira do fogo e entrou correndo pra dentro do contêiner e bateu a porta, cobras também tinha, macaco, era no meio do mato, uma serra; uma sunga fina levava quinze dias pra enxugar; eu me senti escravizado lá, eu era submetido a jornada de trabalho excessiva com certeza, a gente trabalhava muito, até quando os trens descarrilhavam a gente tinha que ir, quando tinha acidente, eu me sentia humilhado com o tratamento que me davam lá; eu aqui tenho condição financeira tão pequena que estou vendendo milho assado, mas é mil vezes melhor estar aqui, com certeza, do que a situação que eu vivia lá (mídia de fl. 1427).

A *vítima Raimundo dos Santos Ferreira*, cujas declarações foram tomadas perante o Juízo deprecado, às perguntas do Ministério Público Estadual, e depois do Juízo, respondeu que: aqui em Santo Amaro ofereceram mil reais pra gente trabalhar numa ferrovia, aí a gente foi enganado pensando que era uma coisa e foi outra; eles pagaram tudo de avião e do aeroporto pra lá era carro, chegando lá ofereceu trabalho pra gente e a gente passou três dias parado, não mandou a gente fazer exame, quando passou três dias já jogou a gente já no campo pra trabalhar; fui pensando que iam andar direito, iam pagar tudo certinho, iam dar tudo certinho, que aqui na Bahia ofereceram mil reais; quando a quinzena nova ele deu quinhentos conto, aí agora pronto a gente esperou pra receber a outra parcela, no outro mês e ele começou a enrolar, quando chegou na outra quinzena já não queria mais pagar a gente, aí a gente esperou; quando acabou a quinzena a gente esperou eles, ele falou espera aí que eu vou pagar o resto do seu dinheiro, do seu mês, a gente ficou esperando e não podia fazer acesso na cidade, tinha que esperar um trem, porque era em Embu-Guaçu e onde a gente estava era uma serra; a gente ficava esperando e ele não aparecia, a empresa Prumo pagava certo a essa empresa, mas eu acho que eles pegavam o dinheiro e saía dizendo que ia pagar a gente e ficava enrolando a gente; quando a gente mesmo tinha que se obrigar a mandar o porteiro lá que fica na estação pra quando o trem chegasse, passasse um rádio e ia de cinco em cinco pra poder acesso na cidade de Embu-Guaçu; quando chegava lá ele dava de brabo com a gente, a gente dizia que precisava de dinheiro pra mandar pra família da gente e ele dizia que tinha que ter calma, com aquela ignorância, *até oferece bater na gente ele tentou fazer isso com a gente*; a mim não mostrou arma, eu não vi não, só teve uma vez quando foi pra ele dar esse dinheiro pra gente que já tinha demorado quase um mês, aí que ele levou um rapaz, um vigilante; aí a gente chegou pra conversar com ele que ele não podia tratar a gente daquele jeito, que se ele quisesse entrar a gente entrava num acordo com ele, que toda a quinzena ele pagasse a gente certo, mas ele não queria saber, tudo dele era na ignorância, achava que a gente trabalhando queria levar ele no grito, a gente chegou pra ele e conversou rapaz não é assim, se não for assim a gente entra num acordo, você paga as passagens da gente, tudo certinho, e a gente volta pro nosso lugar pra trabalhar; a comida era um arroz misturado com carne moída, a gente entrou num acordo com ele, falou rapaz a gente não come essa comida nós somos baianos acostumados a comer feijão com farinha, carne, ele falou gaúcho não come carne, só come essa comida, ele começou a comprar umas galinhas lá, ele ajeitou, tinha um cozinheiro, depois levou a gente lá pra serra e pra ter acesso à comida, tinha que mandar um mini trem levar, tinha vez que o mini trem não podia fazer acesso na linha por causa do outro que vinha por causa dos



entroncamentos, *aí a gente tinha que sair e andar uma distância boa pra buscar almoço lá no contêiner*, aí quando era assim ninguém podia andar só porque era serra, por causa dos bichos mesmo porque os bichos lá é brabo, era onça, um tipo de um macaco parecendo um gato e os bichos lá é brabo; aí a gente conversou com ele que a vida não podia ser assim, ou ele entrava num acordo com a gente pra gente ficar morando na cidade e vir trabalhar na serra, porque todo dia ele tinha capacidade de colocar a gente num ônibus e mandar pra estação pegar o trem, ele dizia que ia fazer isso mas que a gente tinha que ter calma, mas a gente esperou e não aconteceu isso, *foi quando a gente disse que se ele não queria acertar nada com a gente, a gente vai procurar nossos direitos, aí ele jogou a gente num lugar que nem acesso fazia mais, numa fazenda lá e carro pra passar era difícil e abandonou a gente; foi quando a gente combinou e entrou na Justiça porque a gente tá passando aqui como escravo, isso não existe*, a gente começou a entrar num acordo com ele a Justiça veio, tirou a gente daquele local e mandou a gente entrar num local que faz esse acesso na cidade de Embu-Guaçu; quando estava na serra a gente andava numa faixa de uns 30 mais ou menos assim, *a gente saía 6h do contêiner e quando chegava no trabalho era 6:20h, 6:30h, 6:40h; pra dormir no contêiner não era bom*, quando a gente chegou no Embu-Guaçu a gente dormia no chão, aí no contêiner tinha cama com colchão; *a água não era boa não, quando faltava água a gente ia no riacho buscar*, tudo isso a gente passou; a jornada de trabalho ele ofereceu assim quando botou a gente pra trabalhar, a gente trabalhava uma semana toda, aí quando fosse um domingo, um sábado de tardinha a gente parava, descansava pra na segunda-feira retornar, mas depois, eu não sei o que foi que aconteceu botou a gente pra trabalhar dia de domingo, forçando a gente a trabalhar dia de domingo, aí a gente conversou com ele que ele disse que sábado de tardinha a gente podia parar, só tinha que trabalhar na hora da precisão, vamos supor se o trem descarregasse, aí a gente trabalhava e ele pagava também a mais, teve dia que o trem descarrilhou sete da noite, eles iam lá pegar a gente no contêiner pra gente fazer o serviço mas não recebemos hora extra, eles não pagaram hora extra nenhuma não, ele ofereceu a gente mas não pagava a gente; o nome do dono da empresa eu esqueci, era um coroa, tem o Marcioir, o nome todo dele eu não sei não, chamava Teixeira, a gente falou nesse instante, tinha cinco, era um bocado que ficava lá com a gente, era um falando uma coisa, outro falando outra, aí depois que os meninos da Prumo chegou; *quem prendia a gente lá era o velho, porque o responsável era o velho, que sem autorização do velho ninguém podia fazer nada*, o dinheiro tinha que ser passado pra não dele pra ele pagar a gente e pagar tudo os direitos da gente; eles não facilitavam a gente ir embora, porque quando a gente estava lá eles forçavam muito a gente a ficar, tentaram até tirar a gente do centro da cidade pra gente não ficar, não fazer acesso com o direito, se a gente fizesse isso eles achavam que a gente queria tirar deles; o Ministério chegou lá porque a gente entrou num acesso com o juiz, com a justiça, aí quando a gente falou que ia tomar as providências foi nessa hora que ele botou a gente num canto pra não fazer mais acesso, pegou até um ônibus velho, num lugar mais distante ainda, num lugar que não fazia acesso carro nenhum [segue descrição ininteligível acerca da distância e isolamento do local para onde foram levados]; não sei se ele fazia isso em outras propriedades também, até aqui eu sei que só foi com a gente, com a gente eu sei falar e não vou mentir, se eu mentir a justiça tem que ser dita, eu estou falando o que eu vejo e o que eu passei lá; *eu sei dizer que o gaúcho foi preso e a justiça fez pagar o direito da gente*, não sei se foi a metade ou o direito da gente (mídia de fl. 1427).

A vítima Uziel Castro Nascimento, cujas declarações foram tomadas perante o Juízo deprecado, às perguntas do Ministério Público, e depois do Juízo, respondeu que: um rapaz da Entrada da Pedra que já trabalhou lá em São Paulo levou a gente e disse que ia ficar lá em São Paulo, aí ele arrumou aqui e levou a gente pra trabalhar lá; ele disse que a gente ia trabalhar vinte e dois dias, ia receber mil reais e tinha mais oito dias, se a gente quisesse trabalhar, a gente trabalhava, se não quisesse, a gente ficava no alojamento; disse que a gente ia ficar no alojamento e ir e voltar para o trabalho; *quando a gente chegou lá tinha o alojamento mas*



*não tinha espaço pra todo mundo, disse que ia ter colchão, que ia trocar o colchão de dez em dez dias, no primeiro dia a gente dormiu no chão, no corredor, teve que arrumar espaço pra gente dormir; a alimentação era péssima porque a gente era acostumado a comer com tempero, aquela comida mais saudável, e lá era tudo diferente, o pão era um cozinheiro que fazia na mão, a alimentação era tudo misturado, cozinhava arroz com galinha, um bocado de coisa lá, era cozido de calabresa, tudo misturado, a comida era péssima; logo que a gente chegou, a gente ficou tudo numa casa só, disse que era alojamento, aí a gente trabalhou uns dois dias, deu a farda da gente, EPI, a gente foi trabalhou uns dois dias quando foi no dia seguinte eles trocaram a gente de lugar, tiraram a gente dessa casa e a gente foi pra perto do trabalho, próximo à linha, aí a gente passou um dia nessa casa e a gente foi para os contêineres; tinha água que vinha de um riacho, porque tinha uma bomba que puxava água, luz era um gerador e o colchão era o mesmo colchão que tava lá a gente trouxe, tinha camas pra uns e pra outros não tinha; eles falou que trabalhava vinte e dois dias e folgava oito, aí depois que chegou lá eles mudaram, eles falou que não podia ficar oito dias dentro do alojamento, que era esses contêineres, a gente tinha que trabalhar; ele pagava aos pedaços, o primeiro pagamento mesmo ele pagou aos pedaços e extra não recebia não; não tinha hora de chegar, de sair tinha, mas de chegar não tinha; tinha um auto de linha para levar as ferramentas e quando não tinha a gente levava no ombro; a gente exigiu a carteira da gente e eles seguraram a carteira da gente, que a carteira no caso não estava assinada e eles disseram que tava, não tava assinada e a gente não podia nem ir até ele porque era longe, só ia de trem ou então de auto de linha, mas ele não deixava a gente sair, a gente tinha que ficar lá, perto do trabalho; não tinha gente armada lá onde a gente ficava, mas sempre que ele vinha até a gente ele disse que vinha era com um segurança, agora arma eu não cheguei a ver não; nessa situação da gente tinha também o pessoal de São Paulo, mas não sei dizer se tinha mais gente nessa situação, eu vi umas equipes lá mas não tinha nem como a gente conversar; depois que a gente falou que queria ir embora e pediu a carteira ele falou que se quisesse ir embora era pra ir até ele, mas não tinha como a gente ir, que até o trem que vinha os maquinistas não queria dar carona pra gente ir até ele e ele pegou e passou por rádio pros maquinistas pra não levar a gente, que era pra gente trabalhar, se quisesse era pra gente ir pro alojamento e aí os meninos que cuida e vem embora ficaram mais de dez dias ainda no barraco pra vir embora; ele falou com a gente que a gente ia ser transferido pra Prumo, não ia pagar os dias que a gente tinha trabalhado nada e a gente ia ser transferido pra Prumo, disse que a gente trabalhava pra Prumo, mas trabalhava pela “Gata”, aí que levou a gente pruma cidade chamada Embu-Guaçu e a gente ficou numa casa que era alojamento, aí daí, foi a gente que perguntou pra um menino que já trabalhou lá, aí ligou pra uma mulher que eu acho que era advogada, aí foi que a gente deu o endereço e ela pegou e elevou a federal lá onde a gente tava; ele tirou a gente, porque a gente ficava tipo dentro do mato, nos contêineres, aí tirou a gente porque a gente foi fazer um exame pra passar pra Prumo, aí a gente fez o exame e ficou nesse barraco esperando, aí foi nesse tempo que a gente ficou lá que a gente pegou e ligou pra esse advogado, que foi o que o menino ligou, a gente deu o endereço e ela pegou e apareceu lá num domingo de manhã; eu fiquei sabendo que esse Marcioir é que ficou preso; por nome, eu não me lembro de Joel e Harley; as carteiras de trabalho ficavam com o s. Marcioir, ficava tudo com ele, ele foi umas duas vezes com um que disse que era advogado, depois disse que era ex-polícia, e foi com outro que eu não sei o nome; sempre que a gente reclamava algum dinheiro da gente ele botava a gente num lugar pior e ficava transferindo pra um lugar e pro outro, cada vez que a gente reivindicava nosso direito ele ficava transferia a gente pra um local pior; eu me considero uma pessoa fraca, mais pra pobre, eu aqui como melhor do que comia lá com certeza, esperava um comida com carne, comida com tempero, um pão feito na padaria e não um pão feito na mão na hora, a gente não tava querendo coisa de rico, a gente tava só querendo que a gente comesse no horário certo, uma vez também eles queriam que a gente trabalhasse com fome e a gente parou o trabalho e falou que não*

ia trabalhar; eu me senti escravizado com certeza; teve uma vez que a gente estava perto do horário da gente largar e a gente teve que sair pra gente ir folgar as coisas do trem lá porque o trem tinha perdido o freio, tava sem freio e a gente teve que passar do horário, teve umas duas vezes que aconteceu isso, teve também uma vez que o trem descarrilhou lá; se não fosse perdia o dia e era capaz até de mandar embora; eu não me sentia bem, não tinha como se sentir bem, eu me sentia humilhado com certeza; quando o Ministério chegou lá ninguém quis ficar, hora nenhuma ninguém queria ficar lá, todos tinham essa mesma sensação que eu tinha com certeza, era um consenso (mídia de fl. 1427).

A vítima Marcos dos Santos Antonio, cujas declarações foram tomadas perante o Juízo deprecado, às perguntas do Ministério Público Federal respondeu que: um parente meu que me colocou lá e falou que o negócio lá era longe de família, eu falei tá bom e fui trabalhar, eu fui trabalhando e vi que não era nada disso, que era trabalho escravo, onde que nós dormia era contêiner, em volta tinha uma pá de mato, a comida era uma lavagem, o pão que nós comia não era o pão que nós come aqui era só massa; nós trabalhava e tinha horário pra nós entrar, mas não tinha horário pra nós sair, nós tinha que ficar no descarrilamento de trem, nós tinha que ficar trabalhando porque não tinha onde nós ficar, nós trabalhava em sol e chuva e nós ficava na madrugada em cima de um lastro carregando dormente; o nome do parente que me convidou para trabalhar é Alexandre Duarte, não tenho mais contato com ele, nós tudo trabalhava junto, a família trabalhava junto, depois da fiscalização eu voltei pra São Vicente e ele também, aí nós ficamos parado, foi tendo as audiências nossas lá e nós teve que falar tudo o que aconteceu e tudo que nós via lá na serra lá e tudo que nós tinha que falar; pra poder receber pelo trabalho nós que tinha que ir até eles pra poder receber, não lembro quanto que eu recebi; esse Márcio aparecia lá na obra só pra “agar” (via o que estava acontecendo) e depois ia embora, quem cuidava de nós era o meu primo que era o encarregado, o Alexandre, ele deixava nós sair, mas eram dois encarregados, o s. Deoclécio e o Alexandre, o dono da firma mandou o s. Deoclécio embora e meu primo ficou como responsável, como encarregado na firma; nós não podia sair de lá, não tinha transporte a gente não podia usar telefone, eles não liberavam os trens pra gente descer, porque nós subia pra cima de trem e nós dependia do trem pra descer e do trem pra subir, então pra falar com a família a gente tinha que ir até o túnel vinte e quatro que é lá perto da cachoeira e depois voltar, porque a família perguntava como que eu tava porque nunca esperava eu trabalhar num lugar desse, então a família ligava direto e não tinha como falar com a família; quem autorizava a gente a pegar o trem ou não era o dono da firma que ele falava que num era pra parar o trem, que era pra continuar, era esse Márcio, ele que impedia a gente de pegar o trem; não conheci o Joel da Silva Santos e não tive contato com esse Harley de Paula Silva; entreguei minha carteira para o Márcio, ele que ficava com as carteiras e ele devolveu as carteiras no dia que a perícia desceu lá, quando a polícia chegou que ele devolveu; ele registrou nós porque nós trabalhava lá na serra, trabalho escravo; não lembro quanto eu efetivamente recebi dele; não estou com a carteira aqui (mídia de fl. 1575).

A vítima Roger Bifarfat da Silva, cujas declarações foram tomadas perante o Juízo deprecado, às perguntas do Ministério Público Federal e da Defesa respondeu que: eu não cheguei a trabalhar muito tempo, mas eu fiquei lá preso, confinado no acampamento, na verdade, que seria como se fosse o acampamento chamado pra gente; o que eu via lá é que o pessoal mal teria equipamento de trabalho, cheguei a presenciar o s. Márcio armado, muitos funcionários ali eram mantidos, como eu posso dizer pra vocês, eram obrigados a trabalhar, tavam ameaçados, não tinham pra onde correr, iam correr pra onde?, iam pra lugar aonde?, então eram obrigados a trabalhar; a comida realmente era precária, não tinha o que comer, era obrigado a se alimentar, então nós comíamos, então vamos dizer assim sendo obrigados a fazer muitas coisas que não poderiam recusar; eu fui pro acampamento, cheguei a ir a campo trabalhar, fiquei lá quase um mês, eu não lembro ao fato exatamente quanto tempo eu fiquei porque já faz cinco anos mais ou menos, então não lembro muitas coisas assim, só

o que realmente nós passamos, papéis assim eu não me recordo; o trabalho que nós fazíamos lá era manutenção dos trilhos, troca de dormentes, essas coisas; não tinha horário de trabalho, às vezes *o trem quebrou era obrigado a acordar e trabalhar; não recebi nada pelo tempo que fiquei lá; a gente dormia em contêiner, mas na verdade não era só a Prumo lá, a firma do s. Márcio, tinha também a firma da ALL, então a gente era misturado, tanto num acampamento que era do lado e os contêineres, tinha funcionários da firma do s. Márcio que dormiam em contêiner também, os contêineres, creio eu, eram improvisados; a comida era horrível, me desculpa a palavra; eu só saí de lá quando a polícia chegou, eu não sair em momento anterior porque o trem não parava pra gente ir embora e a gente só conseguia sair se fosse de trem; não tenho prova contra isso, pra falar dele, mas segundo sim era o s. Márcio que falava pra não parar ali e a gente não podia correr e pegar, era no meio do mato; de lá o Ministério do Trabalho ofereceu hotel pra gente e de lá mesmo foi feito os trâmites, no Ministério do Trabalho mesmo; eu só tive contato com o Joel quando entreguei os documentos, mas mesmo assim minha carteira eu só vi depois no Ministério do Trabalho; meus documentos e carteira eu entreguei para o s. Joel; o Harley de Paula Silva eu conheci em São Paulo no Ministério do Trabalho, contra ele eu não tenho nada a declarar, não me lembro se ele apareceu no acampamento, só depois que o Ministério do Trabalho tirou a gente e levou para um outro local, que eu não lembro o nome, só lá que tivemos contato com ele; minha carteira não chegou a ser anotada pelo período que eu trabalhei na M.S. Teixeira, só no Ministério do Trabalho, o Ministério do Trabalho que fez a anotação, assinada pelo s. Harley, a anotação saiu no nome da Prumo; no Ministério do Trabalho eu recebi pelo tempo de trabalho que eu fiquei, meu fundo de garantia que foi depositado, somente; eu não me recordo exatamente quanto tempo eu fiquei lá no local, se foi um mês e pouco a dois meses, eu não me recordo ao fato exatamente o tempo correto; eu não me lembro como eram divididas as estações, qual cidade ficava mais próxima, fomos pra lá de trem, não se via nenhuma cidade quando estava chegando ali, era só mato; de São Vicente, onde a gente pega, demora uma hora e porrada pra chegar até lá, eu não lembro o fato assim, a gente ficava no trem, não via quase nada, que a gente era obrigado a ficar sentado no chão do lado do maquinista, a gente não via muita coisa (mídia de fl. 1575).*

A testemunha de acusação Anália Belisa Ribeiro Pinto, compromissada, ao ser indagada pelo Ministério Público Federal acerca dos fatos, declarou que: atualmente sou assessora técnica da Secretaria do Governo do Estado de São Paulo, em 2010 eu era Coordenadora do Núcleo de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas da Secretaria da Justiça do Governo do Estado de São Paulo; eu me recordo dos fatos, foi um caso arrolado pelo Ministério Público do Trabalho, onde nós que fazíamos parte da força-tarefa do Comitê de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas do Estado, foi solicitado para acompanhar essa ação do Ministério Público do Trabalho, eu acompanhei essa força-tarefa e me lembro que era uma atividade onde os trabalhadores estavam em condição análoga à de escravo, tinham seus documentos retidos, eram ameaçados e estavam trabalhando recompondo linhas férreas; os representantes do Ministério do Trabalho fizeram a autuação no local, conversaram com os responsáveis, e nós que estávamos a frente do Núcleo de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas ficamos mais focados com os trabalhadores, pra saber procedência, pra saber se eles tinham família em São Paulo, como é que eles estavam, se tinham interesse de retornar ao local de origem, pra que pudesse junto com o Ministério poder estruturar, ou não, o recâmbio deles para os locais de origem e também para tentar na inclusão dos que quisessem ficar no Estado de São Paulo; a nossa equipe ficou basicamente com a tarefa de acompanhar o grupo de trabalhadores que era da Bahia, de Santo Amaro da Purificação, e nós trabalhamos em conjunto com o Núcleo de Enfrentamento de lá para o recâmbio desses trabalhadores, exatamente isso que eu me lembro em relação à operação; eu não me lembro se foi presa alguma pessoa em flagrante; tinha falta de água potável; tinha ausência de instalações sanitárias, inclusive nós adentramos na mata onde os trabalhadores estavam fazendo recuperação da linha e estavam alguns em

*contêineres, inclusive um teve um problema de saúde na hora, estava com algum problema, e nós estivemos com a médica que estava acompanhando a operação pra fazer o resgate de volta desse trabalhador; não tinha água potável, eles estavam comendo um alimento quase que perecível num fogo feito à lenha lá dentro da mata; trabalhavam até tarde também, uma jornada exaustiva que extrapolava o limite do trabalho; segundo os trabalhadores tinha restrição à liberdade de locomoção; houve retenção da carteira de trabalho; que eu lembre, houve um trabalhador que passou mal, mas foi socorrido e encaminhado pelos representantes do Ministério Público do Trabalho, pela própria médica, ele foi assistido, foi solicitada uma ambulância, o DHPP que estava acompanhando ajudou nessa operação também; pra eles chegarem até o local de trabalho tinham que caminhar muito, não tenho noção de quantos quilômetros, mas sei que era muito longe; [após a leitura do depoimento prestado em sede policial] confirmo o depoimento prestado e que é minha a assinatura; ali tem mais detalhes até do que eu me recordava porque foi em 2010, eu me afastei da Coordenação do Núcleo em 2011 e nós tínhamos assim um número muito grande de ações que nós acompanhávamos, então os detalhes dos detalhes eu me lembro assim, a mais do que isso que está aí não; eu não fiz contato pessoal com os outros acusados Joel e Harley, no sentido de acompanhar o caso, entrevistar, estavam lá, mas o que eu acompanhei mais de perto por conta dos trabalhadores foi o Marcioir, mas os outros dois estavam lá também. Em resposta às perguntas feitas pela Defesa do acusado Marcioir, respondeu que: eu não cheguei a examinar se havia alguém armado lá fazendo a contenção desses trabalhadores, ou fazer esse tipo de vistoria, porque não era da minha competência, a polícia que estava nos acompanhando, o DHPP é que tinha competência, junto com os representantes do Ministério do Trabalho, de averiguar essa situação, mas segundo relato dos trabalhadores que nós atendemos sim. Em resposta às perguntas feitas pela Defesa do acusado Harley, respondeu que: eu disse em resposta ao Ministério Público Federal que os outros dois acusados estavam lá sim, mas eu não os acompanhei de perto; não sei descrever o acusado Harley fisicamente, talvez se o vir eu possa me lembrar porque eles estavam aqui na outra audiência; [indagada se tinha certeza de que os acusados Harley e Joel estavam lá] segundo as informações da equipe, os nomes que os trabalhadores diziam quando os procuradores entraram no escritório, sim; [indagada se viu o acusado Harley na outra audiência] rapidamente, tinham duas pessoas aqui na audiência, nós quase que não demoramos, não foi Excelência?, porque faltava um representante da área jurídica, mas sei que tinha duas pessoas, mas não vou ser leviana de dizer eram eles, não eram eles, foram eles, eu sei que estavam presentes dois réus, nós não vimos de perto eles, não posso afirmar os nomes, se era o Harley ou não, não posso afirmar isso. Em resposta às perguntas do Juízo, respondeu que: eu informei que os réus estavam lá com base nas informações da equipe que estava acompanhando a operação, a equipe verificou durante a diligência a presença deles; eu sei que eles entraram num escritório, está vindo à memória agora, um local que ficava como se fosse uma estação de trem e ali ficavam os dinheiros/engenheiros, tinha uma equipe das empresas ali, então os auditores entraram junto com a polícia, nós ficamos próximos, e aí quando eles fizeram toda a conversa com quem estava lá, falaram e pediram pra chamar as pessoas que acompanhavam de perto os trabalhadores, que monitoravam a tarefa deles no cotidiano, então segundo eles estavam todos na mesma região do acontecido (mídia de fl. 1695).*

*A testemunha de acusação Giuliana Tambauva Orlandi Cassiano, compromissada, ao ser indagada pelo Ministério Público Federal acerca dos fatos, declarou que: em 2010 eu já era Auditora Fiscal do Trabalho, eu me recordo dos fatos, mas gostaria de fazer um aparte, depois dessa fiscalização eu já fiz mais de duzentas fiscalizações, assim, caso eu tenha algum lapso de memória, eu reitero todos os autos de infração, porque fui eu mesma que fiz, e o que tiver escrito nos relatórios, porém eu vou me esforçar ao máximo para responder em detalhes todas as perguntas; o que eu me recordo é que era uma fiscalização iniciada por uma denúncia, nós formamos uma equipe juntamente com a Polícia Civil do Estado de*



São Paulo e com a Secretaria Estadual de Direitos Humanos, de Justiça, Núcleo de Direitos Humanos; agendada a fiscalização nós chegamos a um local em Embu-Guaçu, *no Município de Embu-Guaçu, onde nesse local e em outro local já na Serra do Mar nós encontramos cerca de 51 pessoas reduzidas à condição análoga à de escravo; quem era o coordenador dessa questão toda era o s. Marcioir, juntamente com o s. Joel, e o Harley era empregado da empresa Prumo; nós constatamos que a ALL - América Latina Logística tinha um contrato de terceirização com a Prumo Engenharia que, por sua vez, quarterizou o trabalho com a M.S. Teixeira, de propriedade do s. Marcioir; os trabalhadores ficavam diretamente subordinados ao senhor Marcioir, ao senhor Joel e ao senhor Harley da Prumo Engenharia, que tinham total ciência da condição a que aqueles trabalhadores eram submetidos; parte desses trabalhadores, cerca de vinte, foram trazidos de forma ilegal, através de um aliciamento, que é o recrutamento ilegal com falsa promessa de emprego e pagamento, de Santo Amaro da Purificação na Bahia; outra parte foi contratada na própria região, era da região de Embu-Guaçu, tinha gente de Itanhaém, do litoral paulista, enfim; o que eu me recordo é que os trabalhadores viviam boa parte em contêineres no meio da Serra do Mar, sem nenhuma condição mínima que obedecesse às normas de segurança e trabalho, não havia ventilação, os contêineres eram úmidos, no meio da Serra do Mar, havia um isolamento geográfico desses trabalhadores, o que inclusive, trouxe dificuldades para a Polícia e pra nós chegarmos ao local; não havia prestação de socorro, tanto que quando nós chegamos um trabalhador estava convulsionando, estava tendo um ataque epilético no meio da Serra do Mar e não tinha nenhum tipo de prestação de socorro, não fosse o carro da polícia e a gente parar os trens não tinha como sair dali; esses trabalhadores tiveram os documentos retidos, eles relataram que quando eles reclamavam eles eram ameaçados pelo senhor Marcioir e pelo senhor Joel; o senhor Marcioir e o senhor Joel andavam com porte ostensivo de armas pelo que os trabalhadores relataram, justamente para intimidá-los; o senhor Harley, que era da Prumo Engenharia, tinha total ciência da situação e também era uma das pessoas que colaboravam para que os trabalhadores fossem mantidos daquela forma, pra que as reclamações ficassem abafadas, vamos dizer assim, por ali mesmo, o que também trazia intimidação para os trabalhadores; eles não recebiam comida com frequência, não havia fornecimento de comida com frequência; houve retenção de documentos, houve retenção de salários, eles trabalharam mais de dois meses, receberam cerca de 600 reais, as jornadas eram exaustivas, eles caminhavam 14 quilômetros por dia para chegar nas frentes de trabalho; enfim, das mais de 100 fiscalizações que eu fiz de trabalho escravo no Brasil todo essa foi a pior que eu presenciei, disparado, com certeza, nunca vi nada parecido, principalmente aqui na periferia de São Paulo, pior no sentido não só da submissão dos trabalhadores, mas também do isolamento geográfico, das ameaças, foi terrível; eles andavam muitas vezes 14 quilômetros por dia para chegar nas frentes de trabalho, às vezes eles saíam, por exemplo, do alojamento às seis da manhã e andavam 7 quilômetros até a frente de trabalho, trabalhavam até cinco, seis da tarde e andavam mais 7 quilômetros, porque a prioridade dos trens era levar carga não era transportar os trabalhadores, nem em caso de socorro, então às vezes eles tinham que se deslocar caminhando; a jornada exaustiva eu não me recordo exatamente de que horário a que horário era, mas, se eu não me engano, está no relatório e no auto de infração, se não me engano, era uma coisa assim, eles saíam dos alojamentos às seis da manhã e retornavam por volta de oito da noite, justamente por esta questão de ter que caminhar, além não só do ritmo de trabalho, da jornada de trabalho como um todo, mas esse tempo *in itinere* entre o alojamento e a frente de trabalho; no dia da operação o senhor Marcioir foi preso em flagrante, o Joel estava lá também e não sei porque não foi preso em flagrante, não tenho como dizer, é uma questão criminal, porém o senhor Joel também estava lá e o senhor Harley apareceu depois, mas o senhor Marcioir que foi preso em flagrante, nesse momento eu estava no DHPP, inclusive; [após a leitura do depoimento prestado em sede policial] eu confirmo o depoimento*



e a assinatura, as outras questões que eu citei agora e que não estão no meu depoimento naquele dia é porque foram apuradas ao longo da fiscalização e que não foi possível eu dizer naquele momento no depoimento, mas nós apuramos ao longo da fiscalização. *Em resposta às perguntas feitas pela Defesa do acusado Marcioir*, respondeu que: conforme eu disse, os trabalhadores relataram que os dois andavam armados e eu não me recorde de nenhuma apreensão de armas. *Em resposta às perguntas feitas pela Defesa do acusado Joel*, respondeu que: na verdade, as pessoas que trabalhavam lá tinham que permanecer por lá em completo isolamento, *o senhor Joel e o senhor Marcioir, que eu saiba, de vez em quando, junto com o senhor Harley da Prumo Engenharia, pegavam carona nos trens da ALL para chegar até as frentes de trabalho; exatamente, o local era tão inacessível que a fiscalização e a polícia não conseguiram chegar lá, a polícia civil chegou de helicóptero e a fiscalização só chegou junto com alguns outros policiais nos próprios trens da ALL, era impossível chegar por uma estrada ou por uma via normal*; tudo que eu presenciei no que diz respeito à ameaça foi relatado pelos próprios trabalhadores, até porque na frente da polícia civil, com vinte policiais em campo e dos auditores dificilmente eles fariam alguma ameaça aos trabalhadores. *Em resposta às perguntas feitas pela Defesa do acusado Harley*, respondeu que: eu estive no local duas vezes, acho que o primeiro dia foi dia 01/12/2010 e o outro dia eu não me recorde, talvez tenha sido no dia 02, o dia seguinte, provavelmente; *o senhor Harley era o preposto da empresa Prumo e era a pessoa que diretamente dava ordens aos trabalhadores, então acredito que ele estivesse lá cotidianamente*, não me recorde exatamente, não posso afirmar com certeza, mas por ser o preposto da empresa Prumo, ao qual os trabalhadores eram subordinados e recebiam ordens diretas, provavelmente estava lá todos os dias; eu presumo que estava lá todos os dias (mídia de fl. 1695).

*A testemunha de acusação Luiz Artur de Souza Silva*, compromissada, cujas declarações foram tomadas perante o Juízo deprecado, respondeu que: nessa época eu recorde que trabalhava no Departamento de Homicídios de São Paulo e lá havia uma delegacia específica que cuidava de trabalho escravo e exploração sexual e nós atendemos uma denúncia, não sei se da Secretaria de Segurança, de um Núcleo vinculado ao Estado, e nessa denúncia *a gente constatou realmente nesse Município de Embu-Guaçu trabalho escravo, mas foi uma diligência complexa, com vários policiais e eu não participei de tudo, eu me recorde desses nomes, mas não exatamente o quê*, pela demanda do tempo não me lembro; eu me lembro que eram mais de dez pessoas que estavam nessa condição; o trabalho ao qual eles eram submetidos era relacionado à manutenção de linha férrea, eu me recorde que eles colocavam aquelas madeiras por onde passam os trilhos dos vagões e ali havia também, além dessa condição de trabalho, havia uns galpões onde eles trabalhavam, eram submetidos a comprar materiais dessa empresa, eu não sei exatamente se era a empresa dessas três pessoas, mas realmente era uma condição análoga à de escravo mesmo; que eu me recorde, são seis anos já, existia realmente esse vínculo de uma tal maneira que eles não podiam se ausentar para suas casas, alguns deles eram estrangeiros, algumas vítimas não sei se eram angolanos, era uma mão de obra assim que vinha de um outro país também e eles tinham que se submeter às condições de permanecer no local, comprar algumas coisas do armazém deles, eles tinham esse vínculo de não poder sair mesmo; foi uma diligência complexa e foram várias equipes, *eu sei que o Marcioir e mais duas pessoas se apresentaram como representantes da empresa e as vítimas falavam que eram contratadas pelo Marcioir* e eu acredito que ele era o intermediador, que eu me recorde assim, mas foi o delegado que deu o parecer para capitular a coisa; não me recorde dos nomes de Joel e Harley, não poderia afirmar com convicção, sei que era mais de um suspeito na época (mídia de fl. 1814).

*A testemunha de defesa Alexandre Aparecido da Silva*, compromissada, cujas declarações foram tomadas perante o Juízo deprecado, respondeu que: conhece Marcioir e Joel porque trabalhou com eles, não conhece Harley; eu trabalhei lá muito tempo, trabalhei inclusive no meio do mato lá onde deu esse rebuliço, no tempo que eu fiquei não teve nada disso eu foi falado, trabalho escravo, que passavam fome, isso é mentira; eu trabalhei na M.S. Teixeira,

que era do Marcioir; o Joel acho que era encarregado dele, não sei se fazia pagamento pela empresa, mas o dono era o Marcioir, que eu saiba não tinha outro dono; eu trabalhei muito tempo na empresa, mas o período eu não me recordo, eu trabalhava trocando dormente, no meio do mato, não aqui, lá depois do Evangelista, acho que eu trabalhei por uns 3 meses, ou mais, trocava dormente, trocava esse dormente de madeira e colocava outro novo; eu ficava lá, ficava a semana inteira e voltava, ficava sábado e domingo e depois subia, ou ficava quinze dias às vezes e depois subia, voltava pra casa e voltava pra lá de novo; no alojamento era normal, tinha cama tudo certinho, só o único ruim é que você ia dormir, tinha as máquinas lá com cheiro de gasolina tudo; a gente dormia nos quartos, alguns quartos ficavam no meio das máquinas, eu dormi em quarto nessas condições, tinha colchão tudo mas ficava geralmente máquina tudo amontoadado, mas uma coisa eu garanto se eles falaram que passaram fome, isso é mentira tinha um cozinheiro que fazia a comida pra todo mundo, tomava café da manhã de manhã, à tarde na hora do almoço parava e almoçava e na hora de voltar, umas 6, 7 horas comia de novo; eu não pagava pela alimentação, era de graça, que eu me recordo não era descontado, porque não era registrado, carteira nem nada, recebia uns 740 por aí eu acho, eu recebia por mês, eles pagavam em dinheiro, recebia aqui onde que era o escritório deles, não tinha recibo nem carteira assinada, eu só assinei um papel só não tinha carteira assinada, os outros colegas não reclamavam muito, não tinha do que reclamar, geralmente eu ficava quinze dias lá, voltava pra casa ficava dois dias e voltava pra lá de novo; ao todo eu trabalhei uns 3 meses, porque eu saí dessa e fui pra outra; eu saí de lá porque era muito longe, era ruim pra mim, no meio do mato também, eu tinha que tomar inalação direto aí pra mim num dava, aí eu fiquei na Evangelista e vim embora, inclusive não recebi até hoje, na outra empresa que eu fui já era registrado, a CPTM, a Converge; ninguém era registrado, que eu saiba não; eu conheço a Prumo Engenharia, é terceirizada deles, eu nunca tive contato com o Harley, só com o Marcioir mesmo, eu prestava serviço pra M.S.Teixeira, pra Prumo eu nunca prestei serviço. *Às perguntas da Defesa, respondeu:* no alojamento tinha cozinha, o trem passava na antiga ferrovia, do lado tinha cozinha, tinha os quartos, banheiro, pra tomar banho não tinha chuveiro nem nada, tomava banho gelado, no tempo que eu trabalhei lá sempre teve cama pra todo mundo, eu acho que não tinha ninguém sem cama, já ia pra lá a conta certa, acho que não ia gente demais, a mais, que eu me recordo era, não sei depois do tempo que eu saí (mídia de fl. 1920).

*A testemunha de defesa Belchior Archângelo Borges*, cujas declarações foram tomadas perante o Juízo deprecado, *às perguntas do Juízo Federal e da Defesa de Harley respondeu que:* na época lá, faz muito tempo, eu era supervisor de obra de via permanente lá em Embu-Guaçu, o Marcioir prestava serviço pra gente; não tenho lembrança do Joel da Silva Santos, mas o Harley, sim, eu o conheço desde quando eu entrei na empresa que eu trabalhava na empresa na época, o Harley era gerente da empresa Prumo Engenharia; eu trabalhei na Prumo Engenharia, eu entrei em 2009/2010, mas o acontecido acho que foi em 2010 pra 2011, eu fiquei pouco tempo acho que até o final de 2011, começo de 2012, eu era supervisor na época e o Harley era o gerente da Prumo; eu me recordo dessa obra realizada em Embu-Guaçu através de uma subcontratada M.S Teixeira; as subcontratadas prestavam serviço pra gente; a gente tinha a programação das atividades, a gente acompanhava, fiscalizava, a M.S. Teixeira prestava serviço pra Prumo que prestava pra ALL; eu não sei se o Harley tinha alguma responsabilidade sobre os funcionários contratados pela M.S.Teixeira; os funcionários eram da M.S.Teixeira; no que cabia à Prumo ela seguiu adequadamente as normas de segurança; a respeito da conduta profissional do Harley ele era bastante atencioso, preocupado, a gente tinha reunião de gerenciamento de videoconferência, não só comigo, mas com os gestores, com os prepostos lá, direto tinha reunião pra alinhar, por videoconferência, era um cara bacana, atencioso (mídia de fl. 1952).

*A testemunha de acusação Marlene Aparecida Lopes*, compromissada, cujas declarações foram tomadas perante o Juízo deprecado, *ao ser indagada pelo Ministério Público Federal acerca*

*dos fatos, declarou que: não tenho amizade pessoal ou íntima com qualquer dos acusados, inclusive o Harley eu nunca vi, não conheço nem ouvi falar; eu fiquei sabendo dos fatos porque um dos rapazes, o Jonas, que havia me procurado, eles trabalharam aqui em Jundiá, na rua do meu escritório, inclusive, a Rua Visconde de Taunay, na Vila Aires, ele me procurou para resolver um problema trabalhista que eu acabei resolvendo e ele acabou ficando, ele e alguns colegas, com o meu cartão; num determinado dia tocou o telefone, esse rapaz me parecia muito desesperado e pedindo socorro, e começou a narrar o que ele e alguns outros baianos, ele me disse inclusive que tinha pessoas do Rio Grande do Sul também, estavam passando por uma situação que eles não tinham pagamento, eles não podiam sair do local e o local não era apropriado para alojar trabalhadores, que havia trabalhadores doentes que não recebiam cuidado, enfim, uma série de condições que, a meu ver, naquele momento, sem ter visto foi preocupante como cidadã, e aí falei pra ele que eu ia tentar levar isso para as autoridades competentes, eu tentei ligar em delegacia do trabalho próxima, por diversas vezes, mas o pessoal dizia que ia visitar, que ia e não foi, até que eu consegui falar me parece com o Juliano, que é do Ministério Público do Trabalho e aí sim; mas, antes disso, eu fui até o local porque ele ligava insistentemente, eu fui até o local, constatei, inclusive eu acho que deixei fotos do que eu vi lá no local; eu não fui na área de trabalho deles, mas eu fui no alojamento onde eles estavam, era um ambiente insalubre, a comida ficava no chão, não, havia um banheiro e me parece que quase 30 homens e o portão era fechado às 10h da noite; era um alojamento num quintal bem grande assim, parecia zona rural, e a casa ficava num lugar no fundo, e o acesso que se tinha para o imóvel, se tinha só por aquela entrada e aquilo lá era fechado às 10h da noite, ou seja, eles não podiam sair porque no outro dia eles tinham que trabalhar muito cedo, então eles não tinham mais a liberdade de sair; era um local ruim, na cidade de Embu-Guaçu, eu não conheço lá, mas era um lugar ruim, de terra, de difícil acesso, eu cheguei lá, me contaram essa estória e eles começaram a me mostrar, embaixo das camas que eram beliches, havia numa delas, eles me contaram inclusive eu achei eles passivos demais, eu encontrei uma situação que eu achei “como que tantos homens não se rebelaram naquela ocasião?”, eu senti isso aí um deles me mostrou um facão que o administrador usava que estava embaixo da grade de um dos colchões e eles retiraram, e durante a noite, todos dormiam juntos e eles tinham que dormir com esse facão e um deles andava armado também, era pra impingir medo pra que eles trabalhassem, tipo de uma coação mesmo, né, porque pelo que eu vi ali eu imaginei que se eles não sofressem isso eles não estariam ali; e no momento em que esse Jonas enfrentou o senhor Marcioir ele ameaçou disparar o revólver contra ele que ele me contou aí eu falei que ele fosse embora dali, que não ficasse mais, que era impossível receber alguma coisa, se a pretensão deles era receber, não iria haver pagamento; eles não estavam recebendo nada, nem o que estava na carteira de trabalho, eles trabalhavam direto, eles foram contratados entre aspas e deixavam a carteira, deixavam a carteira aí esse Marcioir e esse Joel não entregavam as carteiras, não pagavam e faziam uma infinidade de horas extras também, trabalhavam muitas horas, inclusive sábado e domingo, aí eles diziam o seguinte quando vocês terminarem a jornada a gente acumula o salário de vocês com as horas extras e vai pagar no final de 90 dias e aí vocês estão liberados, a gente paga a volta pra Bahia e tudo bem, pro Rio Grande do Sul e tudo bem; entre o Jonas me ligar e a fiscalização eu creio que demorou uns 45 dias; não me recordo há quanto tempo o Jonas já estava nessa situação quando ele me ligou; nos alojamentos, não existia uma mesa para se fazer uma refeição sentado, isso não existia, como que o trabalhador ia chegar, o que se via ali eram as beliches e uma cozinha onde tudo era muito largado, a comida estava no chão, tinha umas panelas ali e tinha um senhor que fazia comida pra eles e que não estava no dia que eu fui; a comida ficava no chão, os gêneros alimentícios todos ali jogados, eu vi panela suja que eu me lembro; não me recordo de ter visto insetos no local; [indagada quanto aos contêineres, conforme descritos na denúncia] isso são duas situações, isso foi o que o Ministério do Trabalho verificou no local de trabalho*

*deles, no alojamento não havia contêineres, não havia nada de ferro, era uma casa normal, não tinha nada de adaptação com ferro que emitisse calor, que eles ficassem presos, não era esse o ambiente; não sei como era obtida a água para consumo deles; havia um cozinheiro, pelo que eu me lembro o Jonas deve ter falado que tinha um café da manhã sim, agora que horas era feita essa refeição, quantas horas depois, eu não tenho conhecimento, isso eu não me recordo; [sobre o local de trabalho] não havia instalações sanitárias onde eles trabalhavam, inclusive, no dia em que o Ministério Público do Trabalho chegou lá, o representante, tinha uma pessoa convulsionando lá, não tinha água, a água era direto lá porque eles estavam beirando, margeando o rio, então não havia nenhum tipo de instalação, era muito terrível mesmo o ambiente de trabalho no local porque eles iam fazer manutenção na linha férrea, no meio do mato e no morro, tem muito morro lá, não tem nada, nem banheiros, não cheguei a ver, mas, pelos relatos, não havia; eles iam com um ônibus, mas não até o local de trabalho porque não tinha como passar ônibus no meio dessas estradas pra fazer manutenção da linha férrea, não havia isso; quem ficava direto com os trabalhadores era o Joel, o dono da empresa era esse Marcioir, esse Joel, eu cheguei a conversar com ele, se apresentava como advogado e é isso, ele que dava as ordens e ele que verificava a situação; o sujeito do facão era uma terceira pessoa, eu não vi e não tive contato (mídia de fl. 2133).*

*A testemunha de defesa Carolina Ferreira Vaz Campos, compromissada, às perguntas da Defesa de Harley, respondeu que: eu trabalho na Prumo Engenharia desde o ano de 2010, desde maio de 2010, minha função na Prumo é advogada; quando eu entrei na Prumo em 2010, o Harley estava trabalhando na empresa, ele era gerente de obras; sim eu tinha conhecimento que a Prumo tinha algumas empresas que eram subcontratadas; o Harley não tinha ingerência ou responsabilidade sobre os funcionários da empresa subcontratada, ele como engenheiro contratava a empresa, mas com relação aos funcionários da subcontratada não tinha nenhuma ingerência não; eu tenho conhecimento de uma obra que foi realizada na cidade de Embu-Guaçu em 2010, essa obra foi executada por meio de uma subcontratada, M. S. Teixeira; o Harley não tinha nenhuma ingerência sobre os funcionários da M. S. Teixeira, ele simplesmente contratava a empresa que ia prestar o serviço, mas sobre os funcionários não; eu acredito que nessa obra tenham sido seguidas todas as normas de segurança porque a Prumo sempre cumpre todas as normas de segurança, eu acredito que sim; sobre a conduta profissional do senhor Harley eu posso dizer que lá na Prumo ele sempre foi um excelente profissional, bom convívio com todo mundo, mesmo depois que ele saiu da Prumo eu sei que ele passou a trabalhar na Vale, na Rumo, empresas conceituadas, como gerente, então, em relação a conduta profissional dele, eu não sei de nada que o desabone não, até hoje não; que eu tenha conhecimento não houve reclamação de funcionário subordinado ao Harley sobre a conduta profissional dele. Em resposta às perguntas da Defesa dos demais acusados, declarou: quanto ao objeto do contrato, a Prumo foi contratada para fazer a manutenção da linha férrea no trecho da ALL e a gente subcontratou a empresa M. S. Teixeira pra fazer esse serviço; eu não sei qual era a responsabilidade da M. S. Teixeira de acordo com o contrato (tempo de prestação, número de funcionários, alguma norma técnica, alguma coisa específica), com relação aos termos do contrato eu não sei; eu disse que a Prumo segue as normas de segurança, então a Prumo deve ter seguido, com relação à M. S. Teixeira, eu não sei dizer, nunca vi o serviço, não sei dizer, com relação à Prumo, a Prumo sempre segue; eu não sei dizer se tinha um algum procedimento padrão pra saber se as empresas subcontratadas estavam seguindo essas normas de segurança que a Prumo sempre seguiu, com relação a essa obra, essa prestação, eu não sei dizer se teve algum procedimento específico não; sobre o cumprimento do contrato, sobre a fiscalização das coisas que eram pra ser feitas num certo prazo, eu não sei dizer como era a fiscalização, eu sei dizer que eles foram subcontratados pra fazer o serviço para o qual a Prumo foi contratada que era pra fazer a manutenção da linha férrea, agora com relação a prazo, o que eles tinham que fazer em tal dia, isso eu não sei dizer; eu, como advogada da Prumo não analisava os contratos de subcontratação, eu tinha entrado na*



empresa fazia pouco tempo quando aconteceu o problema em relação à M. S. Teixeira, que gerou a fiscalização do Ministério do Trabalho, então eu acompanhei a partir da fiscalização do Ministério do Trabalho, com relação ao contrato que foi firmado eu não tive contato. Às *perguntas do Ministério Público Federal, respondeu*: o Marcioir eu não conheço, o senhor Joel eu estive com ele uma vez porque ele entrou com um processo trabalhista contra a Prumo e eu acompanhei esse processo, então o s. Joel eu encontrei com ele uma ou duas vezes em decorrência desse processo trabalhista que ele entrou contra a Prumo, o s. Marcioir eu não conheço; em relação ao crime que está sendo apurado nesse processo, eu sei que houve uma denúncia com relação a trabalho escravo na época, foi apurada pelos auditores fiscais que estiveram lá, em decorrência disso houve um processo em relação ao Marcioir, que era o dono da M. S. Teixeira, e em relação ao Harley, qual a capitulação específica do crime eu não sei; eu ainda trabalho na Prumo, eu não compareci ao local, não verifiquei as condições dos trabalhadores, eu só estive lá em São Paulo quando os auditores nos chamaram a partir da fiscalização, eu não compareci para verificar as condições dos trabalhadores; a função do Harley na empresa era gerente de obras; pelo que eu me lembro o s. Joel trabalhava com o s. Marcioir, que era da empresa subcontratada, ele não era funcionário da Prumo, o Marcioir e o Joel eram da M. S. Teixeira, subcontratada; o que eu sei sobre a condição análoga à de escravo, eu estive no Ministério do Trabalho quando houve a fiscalização e eles chamaram a Prumo lá a partir da fiscalização, então eu fiquei sabendo a partir da fiscalização; meu papel foi prestar esclarecimentos, dar apoio aos funcionários que estavam trabalhando para a M. S. Teixeira, porque na época nós tivemos a contratação desses funcionários, nós fizemos todos os acertos rescisórios com eles, então meu suporte foi nesta parte trabalhista; eu não me lembro a quantidade de funcionários que nós fizemos o acerto, mas a gente deve ter feito o acerto com 30 funcionários, não sei, eu não me recordo de que parte do Brasil eles eram oriundos; eu não sei se o Harley compareceu em Embu-Guaçu, eu acredito que deve ter comparecido porque ele era o gerente, mas eu não sei, não vi, o s. Joel eu também não sei se compareceu, o Marcioir, pelo que constou da fiscalização do Ministério do Trabalho, ele estava lá na obra. Às *perguntas do Juízo, respondeu*: eu sou advogada da Prumo; [após a leitura de alguns trechos da assentada do depoimento prestado pelo s. Harley na polícia, foi indagada se teve contato com essas notícias e se chegou a tratar do assunto com ele de alguma forma antes da fiscalização] isso me veio a partir da fiscalização do Ministério do Trabalho, foi o que os auditores nos passaram quando a gente estava na reunião para negociar o pagamento das verbas trabalhistas, isso foi o que os auditores nos passaram, eu fiquei sabendo através dessa fiscalização, não tinha conhecimento só fiquei sabendo de todos os fatos a respeito dessa obra quando eles me chamaram para atuar com direito trabalhista dos funcionários; eu não sei dizer se o Harley tinha conhecimento antes da fiscalização que os funcionários dormiam em contêineres de metal na frente de trabalho Ferraz (mídia de fl. 2170).

A *testemunha de defesa Leonardo Gonçalves Rios, compromissada, às perguntas da Defesa de Harley, respondeu que*: eu trabalhei na empresa Prumo de 2008 a 2011, na função de engenheiro; eu conheci o Harley que trabalhou na empresa prumo de 2004 a 2011, como engenheiro também; quando a Prumo subcontratava outra empresa ele não tinha ingerência sobre os funcionários da empresa subcontratada; eu tive conhecimento da obra que estava sendo realizada em Embu-Guaçu através da subcontratada M. S. Teixeira; o s. Harley não tinha responsabilidade sobre os funcionários da empresa subcontratada, ele não tinha ingerência sobre contratação de funcionários, dormitórios, jornada de trabalho; sobre a função da Prumo e seus engenheiros na obra subcontratada à empresa M. S. Teixeira, o contrato era por itens de serviço, então a gente fazia a conferência da execução dos itens contratados pra poder fazer o pagamento da M. S. Teixeira; no que cabia à Prumo foram seguidas adequadamente as normas de segurança; sobre a conduta profissional do s. Harley enquanto nós trabalhamos juntos, sempre foi uma conduta sem nada a desaboná-lo assim, sempre foi dedicado ao trabalho, organizado. Em resposta às perguntas da Defesa dos demais acusados, declarou: sobre como



era feita a fiscalização por item, era demarcado um local de trabalho, assim, por exemplo, quilômetro tal ia trabalhar, aí tinha que trocar um trilho, aí depois do trilho trocado a M. S. Teixeira informava que o trilho já tinha sido trocado, aí a gente ia lá pra ver se realmente o trilho tinha sido trocado para poder fazer o pagamento, eu dei exemplo de trilho, mas eu não sei o que era o contrato porque eu não participava desse contrato especificamente, então você tem que pegar o contrato que tinha a M. S. Teixeira com a Prumo pra saber os itens, eu dei apenas um exemplo do que é o trabalho nosso, de conferir o serviço da empresa; tem os dois tipos de fiscalização, *in loco* e por foto (relatório), tem o boletim de medição que você faz com memorial de cálculo e com as fotos evidenciando, especificamente nesse contrato eu não sei se toda vez tinha que visitar *in loco*, eu não sei, não sei responder se o Harley já foi alguma vez; a parte de segurança era responsabilidade da subcontratada; a gente não participava da parte comercial, *das contratações das empresas; o contrato já vem pra gente, contrataram a empresa e tem que acompanhar o serviço dela, aí vem o contrato e eu vou pegar os itens do contrato e vou fiscalizar, eu não determino nada não, eu só recebo o contrato pra poder fiscalizar a execução, se foi executado ou não. Às perguntas do Ministério Público Federal, respondeu: eu não tratei do contrato entre a Prumo e a M. S. Teixeira porque eu não fazia parte do comercial da empresa e esses assuntos é com o comercial da empresa; eu não compareci na obra em Embu-Guaçu, eu ficava em Santos, eu fui em Embu-Guaçu, não na obra, mas eu fui em Embu-Guaçu, eu passei com o carro em viagem pra Santos, mas que eu me lembre eu não fui nessa obra; provavelmente o s. Harley compareceu na obra, eram contratos diferentes, eu trabalhava em um e ele em outro, eu não sei se ele compareceu, eu não posso afirmar; eu não conheço o s. Joel e o s. Marcioir, eu conheci em Santos, ele prestava serviço pra outra empresa lá e a gente trabalhava junto, todas as empresas prestavam serviço pra ALL, ele trabalhava lá pra [inaudível], acho que era esse o nome fantasia, aí a gente tinha trabalhos em comum lá, ele era da M. S. Teixeira e prestava serviço pra [inaudível] que trabalhava junto com a gente em Santos; eu não acompanhei essa fiscalização de trabalho escravo porque eu trabalhava nos contratos de Santos, eu não era responsável por esse contrato, eu lembro da época que aconteceu, que teve na mídia e tal, mas do contrato mesmo não; tinha várias obras, nessa específica eu não compareci (mídia de fl. 2170).*

*Marcioir Silveira Teixeira*, em seu interrogatório, declarou que: eu moro em Avaré/SP, Páteo da Fepasa Novo, n. 149, o imóvel é próprio, a mulher comprou, está no nome da minha mulher, hoje em dia eu planto verdura e minha esposa é do lar, por mês eu recebo quinhentos, tem mês que dá um pouquinho mais, eu estudei até quarta ou quinta série, eu não tenho bem certeza, eu acho que eu passei pra quinta; sou separado e casei de novo; tenho quatro filhos meus e mais três dela, adotivos, todos menores de idade, são sete, todos com menos de dezoito anos; pra sobreviver, eu e minha família lutamos, trabalhando um dia aqui um dia ali, plantando uma verdura, vendendo na rua; nunca fui preso nem processado antes, só uma vez por briga mas não deu nem processo; não tenho nada a alegar contra as testemunhas de acusação; não tenho nada a alegar contra as pessoas arroladas como vítimas, trabalhavam comigo; sobre os fatos, foi assim, eu trabalhava dentro de Santos, aí acabou a obra e eu fui pra Marlinque fazer um serviço pra outra firma, eu encontrei a maioria desses cidadãos em Marlinque, a ALL tinha quebrado essa firma também; aí eu conheci um senhor, que era o s. Luís, aí ele disse ô véio se tu arrumar um contrato de trabalho ocê dá serviço pra nós que nós tamo desempregado, logo a Prumo me chamou e fez esse contrato e eu fui pra ali; quem me chamou pela Prumo foi o Harley, e o Leonardo, ele que me chamou pra trabalhar e quem me mandou o contrato lá foi outro senhor; aí eu fui e o s. Luís ligou e disse ô, eu estou pegando em Embu-Guaçu, aí ele foi com uns que já tavam ali aí pegaram junto comigo uns dez eu acho, aí o s. Luís foi embora pra tirar a carteira dele que ele tava metendo o louco na ALL que não queria entregar a carteira porque ele tava recebendo seguro-desemprego, aí de lá ele ligou, ô, tem tantos daqueles que estão aqui desempregados e eles querem serviço; aí o Harley tinha me ligado e eu disse não Harley eu não vou botar mais gente, mas o Harley disse

*não tu tem que botar mais gente no [inaudível], aí foi quando esses caras vieram que o Harley mesmo depositou um dinheiro na minha conta pra mandar pro s. Luís pra mandar trazer esses caras, o Harley que depositou esse dinheiro na minha conta, a conta minha é no Banco do Brasil, em Embu-Guaçu, eu nunca mais mexi nela pra ter as provas todas, essa conta ainda existe e eu tenho um extrato analítico desde que eu comecei a trabalhar ali, uma pessoa pediu pra mim tirar, eu tenho; sobre ser dono da M. S. Teixeira, eles mandaram eu abrir ela que eu trabalhava frio dentro do Porto com eles, aí eles pegaram e mandaram eu abrir pra poder começar a pegar serviço e tirar nota; eu disse rapaz eu sou analfabeto, eu não sei fazer, aí o s. Leonardo disse assim não, nós fizemos aí pra ti, eu fui no Rio Grande do Sul, mas nós já trabalhando, fiz o cadastro da firma, peguei os blocos, vim e entreguei pra eles, quem tirava nota tudo era eles, não era eu; o pagamento era feito depois que eles vinham, eu e eles, e mediam o serviço e eles depositavam na minha conta e eu pagava os caras, tem os recibos; nessa obra eu trabalhava direito, eu dormia, comia, falava, brigava; quem transmitia o dinheiro pra minha conta era a Prumo, mas eu não sei dizer quem, não sei dizer se era o Harley; a Prumo passava o montante que nós faturava no mês, vamos dizer, dez mil, eles descontavam a nota, eles faturavam a nota, tiravam lá, descontavam o que tinha que descontar, eu não sei quanto e me mandavam e eu pagava os caras; por mês eu tirava mil e quinhentos, mês mil; as carteiras de trabalho das pessoas logo no início iam pras mãos dos técnicos de segurança do trabalho da Prumo que paravam dentro do alojamento, aí mandaram botar o s. Joel, seu Joel fazia um mês, um mês e pouco que tava trabalhando pra ver se acertava isso aí; o s. Joel ia raramente na obra, ele ia se precisasse levar um dinheiro pra alguém, levar cartão, o Harley ia de vez em quando, tinha um outro engenheiro deles que ia mais, Rodrigo; [perguntado se tanto ele, quanto os demais acusados sabiam como as pessoas viviam, trabalhavam, comiam e dormiam nesse lugar] nós falava, nós brigava com eles por causa dos alojamentos que era a prumo que tinha que dar, né, a Prumo que tinha que me dar tudo o alojamento, dentro do contrato tem, eles tinham que me dar roupa, condução, alojamento e ferramenta pra trabalhar; era verdade que nós andava 3, 5 quilômetros pra chegar no local do trabalho cada um com uma picareta; não tinha como sair de local senão por trem; quando precisava de um médico, ia em Embu-Guaçu, pegavam um trem, eles me avisavam onde que eu tava, eles me ligavam, ó veio, por isso que muitas vezes eles diziam que tinham que me avisar, ó tá saindo dois pra ir no médico, eu era obrigado a pegar dois da minha turma que era mais velha e levar dois pra lá porque tinha que ter vinte; as pessoas que trabalhavam nessa obra ganhavam mil real e mais o que produzisse, se produzisse dois dormente a mais, três dormentes a mais, tinha o seu preço, era mais do que o salário-mínimo à época; nós trabalhava quinze dias pra folgar quatro, aí esses que eram de fora, como eu que era lá do Rio Grande do Sul, eu não morava ali, eu morava no Rio Grande do Sul, eu levava um mês, dois, pra ir em casa, pra eles liberarem pra ir em casa; nesse um mês, dois que eu ficava trabalhando, domingo às vezes a gente descansava; as refeições era café da manhã, almoço e a janta, aí depois eles começaram a querer um café e nós conversamos com os cozinheiros deles lá e eles deram um cafezinho de tarde; pra mim, as condições da alimentação era boa; sobre o dormitório, os alojamentos, nós falava pra eles, pra eles darem um jeito, aí eles levaram os técnicos de segurança do trabalho, botaram morando junto e os técnicos de segurança do trabalho diziam que tava normal, eu entendia de fazer linha, não de alojamento; era uns contêineres que eles botaram lá pra nós pará; se alguém quisesse ir embora tinha que conversar com o Alex Sandro da ALL em Embu-Guaçu, aí avisavam ele e ele ligava pra mim se eu tava noutro lugar noutra outra tarefa, se eu tava junto eu já resolvia, aí os rapazes desciam e eu subia com mais dois pra deixar lá no lugar, aí quem assinava a carteira e dava baixa era a Prumo que pagava, esse negócio de carteira e coisa quem tava fazendo por último era o s. Joel, mas começando a fazer o coitado também; o s. Joel trabalhava comigo, eles tinham pedido pra mim botar ele pra ele pegar e endireitar esses documentos que estavam errado; o Harley era engenheiro da Prumo; sobre usarem a área da mata*

pra necessidades fisiológicas, não, tinha banheiro dentro de um contêiner eles tinham feito banheiro; a água era de uma cachoeira que eles instalaram lá pra nós a água e é até hoje ainda uma cachoeira, uma mina; a jornada diária era um boletim das 7 às 17 horas, no meio-dia parava uma hora pro almoço, pegava o boletim das 7 até as 17 horas encerrava, parando uma hora, uma hora e meia às vezes, a gente parava pro almoço; o descanso semanal remunerado era pago por fora, aí eles trocavam por dormento, por madeira, vamos dizer, um dormento pagava uns cinco real aí era passado pra eles, era assim que nós ganhava; as carteiras de trabalho iam tudo pra mão da Prumo, não sei o que eles faziam, ia pros técnicos de segurança, no Pai Matias quem que ficava especificamente parece que vinham pra Itu; cada lugar tinha um técnico de segurança e mais um engenheiro de segurança, em Pai Matias o técnico de segurança era o Kardec, Arcanjo era o engenheiro de segurança do trabalho, ia toda quarta-feira, e no Evangelista eu não tô lembrado do nome do técnico de segurança do trabalho, parava dentro dos contêineres também; sobre as carteiras não serem devolvidas aos trabalhadores, era eles que traziam, quando eles traziam eles entregavam, eu nessa parte aí eu não, eu era analfabeto; em outras obras onde eu trabalhei com essas pessoas não era assim o alojamento, em Santos não, em Embu-Guaçu era diferente porque era na serra, era difícil o acesso, que já em Embu-Guaçu era alugada a casa, na turma de Embu-Guaçu não deu problema porque eles não trouxeram nem os caras aqui pra depor; eu tava lá e fui preso em flagrante, eu recém tinha chegado, isso me dói na alma até hoje, as duas coisas, ser preso e ser chamado de empresário; [lido o seguinte excerto do laudo de vistoria de local de trabalho escravo/volume 3/fls. 508 e sgts: “eram cinco contêineres de alumínio apresentando uma porta de entrada, uma janela de vidro ao lado da porta e do lado oposto uma outra janela, em cada contêiner havia duas beliches e uma cama de solteiro”] eu não posso precisar se era isso, eu sei que tinha umas camas, uns beliche tinha dentro, [“que a água de uso pra cozinha e banho era captada em uma mina localizada do lado oposto ao acampamento, era canalizada até o acampamento por um cano de pvc preto e depois elevada ao reservatório por uma bomba elétrica”] era isso; eu não considerava o local apropriado para o trabalho, *eu avisava e brigava todo dia com os técnicos de segurança da Prumo que botou pra cuidar do alojamento, os alojamento não era meu, era da Prumo, a ALL e a Prumo que deram pra nós morar aquilo lá. Às perguntas do Ministério Público Federal, respondeu: eu paguei uns cinquenta real para um rapaz num escritório lá no Rio Grande do Sul pra abrir a firma; eu tinha noção de que ia começar uma firma, eu ia ser dono e que iam montar um escritório*; sobre a obra de Embu-Guaçu, eram três turmas, quem eram os responsáveis por cuidar desses empregados, lá no Pai Matias tinha um rapazinho que só marcava serviço e tinha o Alexandro da ALL que cuidava da turma lá, o sobrenome eu não sei, a outra turma de baixo tinha um rapazinho de Santos que eu não lembro o nome agora que trabalhava pra mim e marcava o serviço e o Marquinhos da ALL que comandava ele, o sobrenome eu não sei, eu não sei o sobrenome de ninguém, [perguntado se não acha estranho abrir uma firma e não saber de nada] que é que eu vou fazer se eu sou um? É a realidade, doutor, eu só queria ganhar o sustento meu e da minha família, em Embu-Guaçu era eu e o João que cuidava da turma, João é um outro moreninho que trabalhava comigo, João Coelho parece; o Joel não era gerente da M.S.Teixeira, esse rapaz recém a Prumo tinha mandado botar um pra juntar essas carteiras pra assinarem lá pra endireitar porque estava errado; ele era pra trabalhar em escritório eu acho, foi mandado eu botar ele, um achar um, não ele, *o Harley pediu pra mim botar um pra resolver os documentos que tava atrasado*, esse rapaz apareceu lá com outro que trabalhava, *quem mandou pegar ele foi o Harley*; eu fui preso em flagrante; eu abri a M. S. Teixeira pra poder continuar trabalhando, a mando do s. Leonardo lá em Santos, Leonardo era da Prumo, abri pra poder tirar nota porque eu tava trabalhando sempre frio, fazia um ano e tanto que eu tava no porto trabalhando frio; nós ganhava vamo dizer cada um ganhasse mil, nós ia embora com nosso mil, ganhasse dois, nós ia embora com dois; não sei se houve fraude entre a M.S Teixeira e a Prumo, por ter uma mandado abrir a empresa no nome

da outra. *Em resposta às perguntas da Defesa, declarou:* na vida só trabalhei com linha de trem; isso veio desse pequeno, meu pai era ferroviário, trabalhou trinta e dois anos e eu entrei molequinho e continuei trabalhando; não tenho formação em engenharia, tenho só até quarta, quinta série; *eu só abri a M.S. Teixeira quando já trabalhava pra Prumo e foi a pedido da Prumo*, pra poder continuar a ganhar o pão dos meus filhos, mas foi a pedido da Prumo, o Leonardo que pediu; eu dormia muitas vezes na obra de Embu-Guaçu, muitas vezes eu cruzava e ia lá reparar o serviço que era mal feito e eles não queriam pagar e eu tinha que ir reparar com a turma e pousava no alojamento; quando eu ia lá eu pousava num contêiner também, dormia num colchão, comia a mesma comida, bebia a mesma água, igualzinho; quem colocou aqueles contêineres lá foi a Prumo Engenharia, no meu contrato com eles reza que eles tem que me dar tudo; eu não posso responder quem era dono da Prumo Engenharia porque eu não sei; o s. Joel não era engenheiro, era pra fazer parte de escritório, o s. Leonardo era engenheiro da Prumo lá em Santos, mas ele vinha ali, quando nós chegemos que foi feito o contrato ele esteve em Embu-Guaçu, o dono da Prumo eu não sei quem é, só conheço o gerente que eu tenho a ata de reunião deles da ALL pra me dizer quanto de serviço eu tinha que ficar por mês; o contrato começou dia 27 de agosto, eu acho, e aí dia 20 de novembro acabou, já começou a dar bronca, já vinha bronca entre nós ali se desacertando, nós vinha se desacertando feio por causa disso aí. *Em resposta às perguntas da Defesa de Harley, declarou:* o s. Joel trabalhou comigo um mês, um mês e pouco; *não foi o Harley que indicou o s. Joel pra trabalhar comigo, ele pediu pra contratar alguém que fizesse a parte de escritório*, o Joel era um rapaz que vinha no alojamento às vezes, ele cruzava ali vendendo celular e coisa; em Santos, o último contrato de trabalho que tive foi com a Prumo; anterior à Prumo eu trabalhava com a [inaudível]; em Santos, eu trabalhei um ano e pouco, seja para a Prumo seja para outra empresa, não posso precisar certinho, mas passou de ano; na Retall eu acho que trabalhei uns 6 meses; pra Retall eu trocava madeira, fazia conservação de linha e pra Prumo, na obra lá eu desmanchava; no primeiro contrato que eu fiz com a Prumo foi aberta a M. S. Teixeira pra Prumo tirar nota, porque eu tava trabalhando frio, o ano eu não lembro, foi um ano antes, eu acho que 2009, foi por aí, certeza eu não tenho. *Às reperguntas, respondeu:* dos técnicos de segurança eu tenho só o primeiro nome, o Kardec lá em cima no Pai Matias, o Arcanjo era engenheiro de segurança e fazia vistoria todo dia, o Kardec lá morava no alojamento e embaixo eu não tô lembrando o nome, mas se dá pra mim pegar ali na minha pasta eu tenho o nome escrito num papel (mídia de fl. 2170).

*A testemunha de defesa Sheila de Mesquita Barbosa Soares*, compromissada, cujo depoimento foi tomado perante o Juízo deprecado, às Perguntas do Juízo e da Defesa respondeu que: *dentre os três acusados eu só conheço o Harley, que era o engenheiro regional, eu era subordinada ao engenheiro da obra e esse engenheiro era subordinado ao Harley, o Harley ia lá para fazer reunião com eles; acerca dos fatos narrados na denúncia*, eu fiquei sabendo somente quando ocorreu o fato, porque essas pessoas eram de uma empresa terceirizada, então quando aconteceu o fato do sindicato ir lá e tudo isso, a gente ficou sabendo, mas não tínhamos conhecimento dessas precariedades não; trabalhei para a Prumo Engenharia, hoje não mais, mas trabalhei nesse período; a empresa terceirizava e não ia verificar as condições de trabalho dos funcionários, porque ela subcontratou e não tinha essa fiscalização não; eu trabalhei nessa questão de 2010 a 2011, eu era auxiliar administrativo e ficava na parte financeira; *o Harley era o engenheiro regional, ele era responsável por supervisionar os engenheiros da obra, ele fazia reunião com os engenheiros para verificar o andamento de todo o trabalho*; o Harley não tinha responsabilidade sobre os funcionários da empresa subcontratada; eu tive conhecimento da subcontratação da obra realizada em Embu-Guaçu porque a gente recebia a nota fiscal do serviço, que eu enviava lá pra central pra fazer o pagamento; o nome da empresa subcontratada era M. S. Teixeira; o Harley não tinha nenhuma responsabilidade quanto aos funcionários da M. S. Teixeira; nunca fizemos pagamento aos funcionários, o único pagamento que a gente fazia era nota fiscal de serviço, só, do serviço subcontratado,



pagamento pra empresa M. S. Teixeira, nota fiscal; acerca da conduta profissional do Harley, ele era um bom profissional, tinha um bom relacionamento, respeitava o nosso trabalho, considerava todas as funções; não tenho conhecimento se algum funcionário subordinado ao s. Harley tinha alguma reclamação em relação a ele, até quando ele foi sair em 2011, quando ele decidiu por sair da Prumo a gente ficou chateado porque ele nos tratava super bem, tinha um bom trabalho, desenvolvia um bom trabalho ali conosco (mídia de fl. 2221).

*Harley de Paulo Silva*, em seu interrogatório, às perguntas do Juízo, respondeu que: sei do que estou sendo acusado, moro na Rua Mosteiro Concepcionista, n. 215, apto 62, no Bairro Jardim Faculdade, Itu/SP, esse imóvel é alugado e eu pago R\$ 1.200,00 por mês de aluguel; sou casado, não tenho filhos, sou engenheiro, ganho R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), nunca fui preso ou processado; não tenho nada a alegar contra as testemunhas de acusação ou as vítimas, não os conhecia; sobre os fatos narrados na denúncia, da minha parte, eu não concordo; eu conheci o Marcioir; eu conheço o processo e conheço os contratos entre ALL e Prumo e entre Prumo Engenharia e M. S. Teixeira; *eu era gerente regional da Prumo Engenharia; eu mantive contato com o sr. Marcioir durante a execução do contrato; eu sabia que os trabalhadores durante a execução do contrato dormiam em contêineres alojamento de metal, de metal sim*; não, eu não cheguei a ver *in loco* as condições de moradia dos contêineres e alojamento; eu não sabia que eles caminhavam de 3 a 5 quilômetros ao dia até o local de trabalho, eu sou ciente de que em trabalhos ferroviários normalmente os trabalhadores caminham pequenas distâncias; eu não tinha ciência e não recebi nenhuma reclamação a respeito das precariedade dos alojamentos, dos banheiros, dos dormitórios, nunca chegou até mim; eu não sabia como era a alimentação desses trabalhadores, eu acompanhava o andamento do contrato, não era de minha responsabilidade acompanhar como que era a alimentação dos funcionários; *minha responsabilidade como gerente regional era acompanhar o andamento dos serviços, a prestação de serviços, a qualidade e o andamento dos serviços de manutenção de ferrovia*; eu não sei dizer em relação à água que era oferecida aos trabalhadores se era potável, de onde vinha, se era tratada, o que eu posso informar é que a Prumo Engenharia, o setor responsável, sempre fazia laudo de potabilidade da água, mas especificamente sobre esse caso eu não sei informar; as informações que eu tenho sempre foram que a jornada de trabalho deles normal era de 8 (oito) horas por dia; não sei informar se no descanso semanal remunerado os trabalhadores tinham algum apoio para ir embora já que o local era ermo, a responsabilidade do transporte dos funcionários era toda da M. S. Teixeira, representada pelo s. Marcioir; eu não conhecia o s. Joel, soube que o s. Marcioir o contratou para cuidar da parte administrativa da M. S. Teixeira; nunca me foi reclamado em relação às condições de trabalho da M. S. Teixeira; eu não conhecia o recrutamento da empresa M. S. Teixeira, como eu disse, a minha responsabilidade se limitava ao acompanhamento dos serviços, eu nunca acompanhei de onde os funcionários eram recrutados e como eram recrutados; eu não mantinha contato com os trabalhadores, eu mantinha contato com o s. Marcioir para o acompanhamento da obra. *Às perguntas do Ministério Público Federal, respondeu*: exatamente, eu trabalhava na Prumo Engenharia, eu trabalhei por sete anos, entre 2004 e 2011; pelo que me consta, a Prumo Engenharia tinha esse único contrato com a M. S. Teixeira, e com a ALL era o segundo contrato; esse serviço de manutenção de linha férrea é basicamente troca dos dormentes e dos trilhos, esse serviço é periódico, é uma manutenção preventiva, não sei se eu consegui ser claro, o serviço de manutenção de linha férrea é um serviço constante do setor ferroviário; a linha férrea era sim concessão da ALL, a Prumo prestava serviço pra ALL através de um contrato; as obrigações da Prumo eram a manutenção ferroviária, trocar dormentes e trilhos, resumidamente; a Prumo fazia a mantimento ferroviária para a ALL num segmento de trecho, de Santos até Rio Claro, em torno de 400 quilômetros de linha nesse trecho; a M. S. Teixeira tinha um contrato com a Prumo que prestava serviço de manutenção o entre Embu-Guaçu e Paratinga se não me engano, um trecho de provavelmente uns 50 quilômetros; acerca dos 350 quilômetros remanescentes, a Prumo fazia manutenção com



funcionários próprios nos demais trechos; as minhas obrigações em relação aos demais trechos, de forma geral, eram as mesmas, eu acompanhava como gerente regional das obras o acompanhamento dos serviços prestados efetivamente sem relacionamento direto com os funcionários, minha função pode ser resumida como fiscalização dos serviços realizados no contrato; eu não tinha por responsabilidade ou obrigação ir diretamente às frentes de trabalho, eu acompanhava o andamento das obras por planilhas e resultados; o contrato com a M. S. Teixeira era similar ao contrato que Prumo tinha com a ALL e a fiscalização era em função dos serviços que eles prestavam então o relacionamento era através do serviço que eles prestavam também, sem entrar em detalhes também de como era feita essa prestação; a Prumo escolheu a M. S. Teixeira porque ela já prestava serviço na região, tinha know-how de trabalhar naquele trecho e já prestou serviços pra outras empresas, outras empresas que tinham vínculo com a ALL; eu desconheço outro tipo de atividade desenvolvida pela M. S. Teixeira, eu tenho conhecimento de que eles eram especialistas em manutenção de linha férrea; eu não tive nenhum envolvimento na contratação da M.S.Teixeira, as decisões de contratação partem da Diretoria da empresa; no organograma da empresa Prumo, acima de mim, eu tinha um diretor e esse diretor respondia ao presidente da empresa, entre mim e o presidente existia apenas uma pessoa intermediária; além de manutenção das linhas da ALL, a Prumo tinha outras fontes de faturamento, é uma empresa de manutenção ferroviária e tinha contratos com outras concessionárias de ferrovia; [MPF: nesse trecho de 400km, a manutenção da linha férrea envolve o deslocamento do trabalhador por pelo menos parte desses trechos então provavelmente existe acomodação desses trabalhadores, de alimentação e deslocamento enquanto esse serviço é prestado] exatamente; [MPF: em algum momento nesse tipo de trabalho o recrutamento envolve trabalhadores que não precisam ser acomodados pela empresa que vão direto de suas casas para o trabalho?] normalmente o serviço ferroviário demanda deslocamentos, justamente por não ser um chão de fábrica, ser uma linha férrea distante vamos d; [MPF: então é normal uma empresa como a Prumo que faz manutenção de linhas férreas ter o cuidado de acomodar, alimentar e transportar os trabalhadores que estão atuando em determinado trecho, é isso?] eu entendo que sim; [MPF: Pra Prumo, existia algum tipo de política da empresa que determinava as condições desse tipo de acomodação, transporte e alimentação, por exemplo, era previsto algum tipo de manual, roteiro ou qualquer normativo da empresa, as condições de salubridade dos alojamentos, a quantidade de calorias que seria ingerida por dia, o espaço máximo que poderia haver o deslocamento a pé, qual o tipo de transporte que levaria os trabalhadores até o local de trabalho daquele dia, o senhor tem conhecimento de algum tipo de preocupação da empresa com esse tipo de condição do trabalhador?] eu tenho conhecimento que a empresa trabalhava seguindo as normas trabalhistas; na Prumo, o setor responsável por fiscalizar as condições de execução do trabalho eram feitas pelo setor de segurança da empresa, eu não me lembro quem compunha esse setor da empresa em 2010; o setor que eu trabalhava era o setor de produção, quando apresentava alguma anomalia, o setor de segurança era responsável por resolver e comunicava toda a empresa; não sei responder qual é o custo da mão de obra em relação ao custo do trabalho pra Prumo; de forma geral, como eu disse, esse contrato era de troca de dormentes e trilhos, que eram os materiais envolvidos, os dormentes e os trilhos eram fornecidos pela concessionária ALL; eu não consigo concluir que o custo da Prumo seja basicamente com mão de obra porque provavelmente tenha outros custos como ferramentas, enfim, no caso de um custo Prumo direto; [MPF: o senhor sabe porque nesse trecho a Prumo tomou a decisão de não prestar diretamente o serviço de manutenção?] *como eu respondi anteriormente, devido a M.S. Teixeira trabalhar na região, já ter prestado o serviço anteriormente e ter o know-how de trabalhar no local, a Prumo tomou por decisão a contratação da M. S. Teixeira nesse trecho específico*; eu tive informação que a M.S. Teixeira prestou serviço para a [inaudível] por exemplo; a Prumo ficou responsável pela manutenção desse trecho provavelmente os três anos; na Prumo, a responsabilidade pela recepção do Ministério do Trabalho no caso de al-

guma fiscalização era do setor administrativo e do setor de segurança; o alojamento em contêineres é comum em obras, a Prumo já usou isso em outros trechos. Às *perguntas da Defesa dos demais acusados*, respondeu: não sei responder quem foi o responsável pelas construções das habitações em contêineres, eu disse que é comum o uso de contêineres em obras, a Prumo já utilizou em outros trechos esse tipo de habitação; *nesse trecho específico, eu não me recordo de quem era a responsabilidade pelo fornecimento dos contêineres de alojamento; eu conheci pessoalmente o s. Marcioir, ele era o dono da empresa, efetivamente ele era o responsável pela execução da obra*, eu não sei qual a formação escolar dele, não tenho nenhum tipo de contato com ele atualmente; eu não cheguei a fazer fiscalização no local da ocorrência; eu conheci o s. Marcioir numa oportunidade no escritório da M. S. Teixeira em Embu-Guaçu durante o contrato; o s. Marcioir contratou o s. Joel para questões administrativas, pelo que me consta; antes do s. Joel eu não sei quem fazia essa administração; quem cuidava da contratação na Prumo era a Diretoria, eu tive a informação de que a M. S. Teixeira teria feito outros contratos anteriores do setor ferroviário, que as pessoas conversam e conversam sobre quais pessoas tem know-how pra fazer o quê, eu não fui atrás da informação, eu só soube da informação. Às *perguntas de sua Defesa*, respondeu: o gerente regional cuidava do andamento de obras, no meu caso, eu cuidava de 7 obras nos estados de RJ, SP, Triângulo Mineiro, entre outros locais; eu não cuidava do dia a dia dessa obra, cada obra tinha um engenheiro, inclusive nessa obra especificamente, o engenheiro dessa obra chamava-se Rodrigo; na época de cotação de preços eu estive no deslocamento de trem no local, mas nesse período entre agosto e dezembro de 2010 eu não estive no local; não chegou reclamação em relação a irregularidade na obra em si não; eu não era o representante legal da empresa Prumo não; eu não tinha autonomia em relação à rescisão de contratos da empresa; o que eu disse na polícia na verdade foi que é comum em serviços ferroviários os trabalhadores caminharem pequenas distâncias e os contêineres, pelo que me consta, ficavam próximos ao serviço; contêineres utilizados em obras, do meu conhecimento, são contêineres tipo alojamento, com janelas, com portas, com circulação, tipo alojamento efetivamente; durante o período que eu trabalhei na Prumo eu tinha carteira assinada, eu não tinha nenhuma participação no contrato social da Prumo; hoje eu trabalho na Rumo Logística, em regime CLT também, com carteira assinada (mídia de fls. 2241 e 2273).

*Joel da Silva Santos*, em seu interrogatório, às perguntas do Juízo, respondeu que: sei do que estou sendo acusado; moro na Rua Lois Caravaque, n. 76, Jardim Aurélio, São Paulo/SP, imóvel alugado e pago R\$ 600,00 reais de aluguel; sou convivente (união estável), tenho uma filha menor de idade (8 anos) que não vive comigo (vive com a mãe dela) e pago R\$ 400,00 de pensão; sou bombeiro há 5 anos, com salário de R\$ 1.400,00/R\$ 1.500,00, mais ou menos; acerca de ter sido preso ou processado anteriormente, tive um problema em Belo Horizonte há muito tempo atrás por causa de um documento que eu achei na rua e acabou que eu tive um problema, mas respondi, fui julgado e tomei dois anos de sursis na época, faz mais de 20 anos; em relação às testemunhas de acusação e às vítimas, não tenho nada a alegar; a ALL contratou a Prumo, que contratou a M.S. Teixeira, do s. Marcioir, que me contratou; sobre os fatos narrados na denúncia, eu sei que eles viviam no trecho onde eles trabalhavam, prestavam serviço, que quando eu fui contratado pela M. S. Teixeira, o s. Marcioir alegou pra mim que era de responsabilidade da Prumo a questão de alojamento e de alimentação dos funcionários e que ele era responsável só mesmo por ter esse pessoal trabalhando e estar junto com eles no local de trabalho, foi até por esse motivo que eu fui contratado, para poder fazer os cálculos quando ele fosse pagar os funcionários, que ele não tinha tempo de fazer isso; eu fui contratado pelo s. Marcioir, que chegou a registrar minha carteira de trabalho com vínculo, mas pelo que eu entendi não teve validade porque logo posterior a isso, que teve essa denúncia, eu já não trabalhava mais porque havia rompido o vínculo da Prumo com a M. S. Teixeira, então a Prumo me registrou de novo pelo mesmo período; eu fui contratado como auxiliar administrativo e a minha parte era só mesmo verificar valores que os funcionários tinham

que receber, fazer esse cálculo e pra poder fazer a divisão do dinheiro para que o s. Marcioir fizesse o pagamento deles; eu não desempenhava essa função lá onde eles trabalhavam, na realidade nem tinha sede a empresa, então eu fazia isso na minha própria casa, eu trabalhava na minha própria casa; eu estive no local de trabalho uma vez, pra poder levar o pagamento junto com o s. Marcioir até o local onde eles trabalhavam, porque já tinha vencido um dia do dia do pagamento me parece, então ele me pediu que eu fosse lá para poder ajudar a distribuir o dinheiro pro pessoal porque ele pagava em mãos, o pessoal não tinha conta bancária; me parece que eles recebiam mil reais mensais, livre de moradia, de alimentação, esse tipo de coisa, que era fornecido pela Prumo; acerca da alimentação, tinha uma casa no centro de Embu-Guaçu e tinha a parte onde o pessoal ficava na área da ferrovia, essa alimentação era entregue nessa casa que ficava em Embu-Guaçu, então ia um fardo de arroz, fardo de feijão, café, carne, esse tipo de coisa que compravam, e dali era levado de trem até onde o pessoal trabalhava, onde existia um cozinheiro lá que preparava a alimentação deles, café da manhã, esse tipo de coisa; nessa única vez em que eu fui lá, eu não sei dizer se era sub humana essa situação, porque eles trabalhavam na manutenção da via, porque como ali é uma área de escoamento de materiais para o Porto de Santos, então tem que ficar ativo o tempo todo, pelo que eu havia entendido, então na verdade eles trabalhavam ali fazendo a manutenção da via, no horário de trabalho, e me parece que quando havia algum tipo de descarrilamento, alguma coisa do tipo, do trem, eles que estavam lá no plantão iam lá pra poder arrumar essa parte da via, mas só que eles trabalhavam vinte e dois dias e ficavam oito de folga; nos dias de folga eles iam embora desse local de trem porque o único, porque o único acesso que tinha lá era o próprio trem, eles saíam e levavam eles até o centro de Embu-Guaçu devido ao fato deles estarem trabalhando para a ALL, então eles tinham livre acesso a esse trem para poder se locomover até o centro da cidade; ao calcular o quanto eles deveriam receber eu não calculava horas extras por trabalharem no final de semana ou mais de oito horas por dia ou alguma coisa assim porque parece que foi acertado com eles que eles receberiam esses mil reais mensais, livre do alojamento e de alimentação, esse tipo de coisa, e me parece que de condução para eles irem pra casa deles quando eles fossem até a residência deles e voltar que era pago não sei se financiado pela Prumo ou se financiado pela própria M.S. Teixeira; me parece que esses trabalhadores eram da Bahia, não sei a cidade, se não me falha a memória, quem contratou esses trabalhadores foi um senhor chamado Luís, que eu não cheguei a conhecer pessoalmente, parece que foi essa pessoa quem fez o contato desses funcionários com o s. Marcioir aqui; essas carteiras de trabalho foi o seguinte, antes de eu ir trabalhar com o s. Marcioir, que foi no período de 01 de outubro a dia 05 de novembro daquele ano, as carteiras estavam nas mãos de um contador lá no Rio Grande do Sul, se não me falha a memória, e quando o s. Marcioir viajou até lá ele trouxe as carteiras pra cá porque esse contador não havia feito o registro dessas carteiras ainda, aí ele trouxe pra poder carimbar essas carteiras e poder devolver para esses funcionários, e foram devolvidas todas elas, quando eu fui lá eu vi os dormitórios, parece que tinha dois contêineres, mas com janela, porta, normal, com os beliches e tinha uma casa de alvenaria que também tinha uns beliches dentro para poder o pessoal dormir, e aí tinha um refeitório também num contêiner à parte e os banheiros também num contêiner à parte; quando eu fui lá eu só tomei café da manhã, o dia que eu fui lá; sobre a água, tinha uns bebedouros desses galões de água mineral, que eu cheguei a tomar dele, mas eu não sei se a água era mineral, se vinha de Embu-Guaçu para o local ou não; quando eu estive lá eu não cheguei a usar instalações sanitárias. *Às perguntas do Ministério Público Federal, respondeu:* eu não conhecia o s. Marcioir antes, na verdade, eu tinha um amigo meu que trabalhava pra ele na via e à época eu trabalhava pra Nextel e o s. Marcioir precisava de uns rádios de comunicação e fui indicado por esse amigo meu pra poder atendê-lo, quando eu cheguei lá e a gente conversando, ele começou a me questionar quanto que eu ganhava e tal, e eu era comissionado, esse tipo de coisa, e ele me fez essa proposta de trabalho pra poder estar auxiliando ele nessa parte e onde eu achei a proposta de

trabalho interessante porque eu ia parar de ganhar comissão pela Nextel e ia ganhar um salário fixo com ele e dentro da cidade que eu residia na época então foi por esse motivo que eu fui contratado por ele; meu salário era de R\$ 2.000,00 (dois mil reais); *olha, pra falar bem, a verdade, meu dia de trabalho era manter contato com o Harley que era o engenheiro responsável pela Prumo e quem era responsável por estar efetuando o pagamento pra M. S. Teixeira, pra poder estar comunicando com ele com relação a recebimento de medição que eles tinham feito lá que tinha que depositar na conta do s. Marcioir e fora isso eu tinha que fazer essa parte de calcular, separar o dinheiro quando chegava a data de pagamento dos meninos, pra poder estar entregando para o s. Marcioir fazer o pagamento deles; cada trabalhador recebia mil reais limpo, são vinte trabalhadores e eu dava vinte mil, mas eu fazia outras coisas, eu continuava a fazer umas consultorias por fora, assim, eu só atendia essas coisas que o s. Marcioir pedia e entrava em contato com o pessoal da Prumo, via e-mail, quando ele pedia, quando ele falava alguma coisa com o s. Harley, alguma coisa do tipo, eu entrava em contato; normalmente, quando eu mandava algum e-mail para o s. Harley era pra saber quando seria feito o depósito, pra questionar em relação à medição que eles tinham feito dos trabalhos prestados pelos meninos que trabalhavam com o s. Marcioir na via, ou alegar que tinha alguma coisa errada na medição da via, que aquilo não batia a medição que eles tinham feito com a medição que o s. Marcioir fazia; a M.S. Teixeira não tinha escritório, estrutura física empresarial a empresa não existia, na realidade o s. Marcioir também vivia no alojamento que era fornecido pela Prumo; na estrutura da empresa na parte administrativa, tinha a minha pessoa e o s. Marcioir que ficava mais lá com o pessoal mesmo da área de serviço e os encarregados dele que ficavam lá também com ele; em relação a alimento, moradia, água, isso aí tudo era o Harley que tratava diretamente com o s. Marcioir, eu não tinha acesso a isso, na verdade, ele mantinha mais contato com o Harley porque o Harley ia também no local de trabalho, esse tipo de coisa, então ele tinha esse contato físico com o Harley por lá; não sei informar se nesse contato físico era tratado sobre as condições dos trabalhadores, se a Prumo fazia fiscalização no local de moradia dos trabalhadores; quando eu fui contratado o s. Marcioir falou comigo que eu não tinha que me preocupar com coisa de alimento e de moradia que era responsabilidade da Prumo, então a Prumo encaminhava esses alimentos para esse alojamento que ficava nessa casa no centro de Embu-Guaçu e de lá me parece que colocavam no carro os encarregados que ficavam lá com o s. Marcioir e levavam até a cidade de Pai Matias, se não me falha a memória, e embarcavam no trem que entregava lá no local de trabalho do pessoal; o s. Marcioir que me informou que a Prumo é que entregava o alimento, que era responsável pela alimentação e pela moradia; o contato que eu tinha com o s. Marcioir não era diário, às vezes eu falava com ele aí duas a três vezes na semana, às vezes uma vez, cheguei a ficar até quinze dias sem vê-lo, principalmente quando ele viajava pelo Rio Grande do Sul [inaudível] e nesse período que eu fiquei lá; a M. S. Teixeira não tinha estrutura administrativa, ela funcionava basicamente no local de trabalho, não existia outro tipo de obra ou ocupação, eles faziam apenas a manutenção desse trecho mesmo; ele me falou que ele já trabalhava pra Prumo há um bom tempo prestando serviço e depois ele foi convidado a abrir uma empresa pra poder colocar um pessoal pra trabalhar nesse trecho de Embu-Guaçu e me parece que no trecho de Embu-Guaçu, se não me falha a memória, parece que ele estava desde o mês de fevereiro, março, alguma coisa do tipo, daquele ano; o s. Harley era o principal contato do s. Marcioir na Prumo porque ele era o engenheiro responsável por tudo, o s. Marcioir ficava na obra; a responsabilidade da M. S. Teixeira pela manutenção em relação ao trecho, era trecho picado, eles ficavam num pedacinho de Embu-Guaçu, tinha um pessoal que ficava num pedacinho de Embu-Guaçu e tinha um pessoal que ficava nessa área da serra que, se não me falha a memória, acho que ia de Pai Matias até um trecho da serra que eu não me lembro o nome do local exato não; eu acho que a maior parte era essa parte da serra, esse terreno não era uma região urbana ou rural, inclusive lá era uma área de manancial, que não pode nem ser construído nada, as pessoas*

trabalhavam basicamente no meio do mato, era um trecho de serra, na mata, onde tinha esses contêineres que foram colocados lá, segundo o s. Marcioir falou, pela Prumo e tinha essa casa lá de alvenaria que eles ficavam também; não havia deslocamento dos contêineres para proximidade, me parece que como a M. S. Teixeira fazia a manutenção daquele trecho, esse alojamento foi alocado ali fixamente, enquanto o pessoal estava trabalhando só naquele local ali; era uma mata e a linha férrea passava no meio da mata, a distância entre os contêineres e o trilho era perto, o meio de transporte entre os trilhos e o alojamento era o próprio trem, por exemplo, se eles tivessem que fazer a manutenção que estivesse um pouco mais distante da área onde eles estavam, eles iam no próprio trem, descia lá para fazer essa manutenção da via, eles só entravam no trem quando era um trecho mais distante porque a maioria da manutenção que eles faziam estava naquela parte ali onde estava o alojamento que foi colocado pra eles; o deslocamento era efetivamente caminhando do alojamento até o local da manutenção eu eles tinham que fazer no dia, mas o alojamento estava aqui e a manutenção ficava a 50, 100 metros de distância, mas é uma linha férrea que se estende por quilômetros, então esses 50 metros é até chegar a um trilho, mas não necessariamente o trilho do dia da manutenção, daí eu não sei precisar como eu não ficava, eu não ia lá, eu não sei a distância que eles percorriam onde eles estavam fazendo a manutenção naquele dia ou não, isso aí eu não tinha acesso; a comida chegava, era entregue no local do alojamento e quem preparava a comida era um cozinheiro, esse moço que cozinhasse ficava lá só para cuidar exclusivamente da parte da cozinha; a comida era preparada no alojamento, lá tinha um contêiner exclusivo que ficava com cozinha, mas eu não sei como que procedia se não hora do almoço os trabalhadores estavam longe do alojamento; eu não sei porque as carteiras de trabalho desses trabalhadores estavam lá no Rio Grande do Sul, o s. Marcioir não me falou o porquê; eu acredito que o contador no Rio Grande do Sul deva ser o contador do s. Marcioir, eu não sei se ele tinha algum tipo de relação com o Rio Grande do Sul; o s. Luís que fez o recrutamento dos trabalhadores conversava com o s. Marcioir, parece que os dois já tinham trabalhado juntos e ambos parece que já tinham trabalhado para o próprio Harley, pelo que eu sei; eu não sei descrever o dia de trabalho desses trabalhadores, o que eles faziam mais ou menos eu sei que era por exemplo se tinha um pedaço de trilho que estava danificado era trocar, colocar aqueles pinos que travam que eu não sei o nome daquelas ferramentas lá que eles usam, isso aí eu sei que eles faziam, agora o horário o qual eles tinham café da manhã, almoço ou janta, isso aí eu não sei o horário; a Prumo que mandava os dormentes que tinham que ser trocados, os parafusos, tudo isso aí, me parece que nos trens da ALL; não sei se a empresa tinha algum outro custo relevante além de mão de obra, por exemplo, com ferramentas, material, equipamentos, eu não fazia a contabilidade da empresa M.S.Teixeira, a única coisa que eu fazia era mesmo a separação de valores para poder ser pago pros funcionários; eu não sei quanto custava cada funcionário para a M. S. Teixeira além do salário que era de mil reais limpo (alimentação, transporte, hospedagem, viagem, contato com a família, telefone), não sei porque não tinha acesso a nada disso; como eu sei que lá era área de manancial, eu sei que não poderia ser construído nenhum tipo de benfeitoria da Eletropaulo ou da Sabesp, então quando eu tive lá eu cheguei a ver bebedor com galão de água como se fosse água mineral, mas eu não sei precisar se era; a água utilizada para higiene, chuveiro, descarga, banheiro de um modo geral, limpeza dos próprios utensílios que foram utilizados pra comer, nesse caso aí, foi dito que tinha um manancial onde a Prumo forneceu lá uma bomba, um gerador, que puxava essa água pra abastecer as caixas pra poder dar descarga nos sanitários, esse tipo de coisa; energia era com gerador, aquecimento do banho também. *Às perguntas da Defesa do Harley, respondeu:* precisamente falando, eu trabalhei na M. S. Teixeira por volta de 35 dias, 40 no máximo, do dia 01/10/2010 até por volta do dia 10/11 do mesmo ano. *Às perguntas de sua Defesa e do acusado Marcioir, respondeu:* tirando os trabalhadores braçais, na parte administrativa da empresa só havia o s. Marcioir e eu; quanto à formação do s. Marcioir, eu acho que ele não tem nem o primário direito, eu não sei se



o s. Marcioir tinha conhecimento de contabilidade esse tipo de coisa, o s. Marcioir é uma pessoa extremamente humilde, a última vez que eu tive contato com ele foi logo após a soltura dele quando ia ter uma audiência; acerca da função que ele exercia lá na obra, o s. Marcioir pegava no trilho, ele pegava em marreta, exatamente a mesma coisa, pelo menos quando eu via ele no alojamento em Embu-Guaçu ele carregava ferramenta do mesmo jeito, ele era encarregado de trabalhos braçais também; pelo que ele disse, o s. Marcioir trabalhou na Prumo na qualidade de empregado até quando ele recebeu o convite para poder abrir uma empresa pra tocar esse serviço em Embu-Guaçu, segundo ele falou esse convite partiu do próprio Harley, foi ele que convidou. Ao final, em acréscimo, o interrogando declarou: a única coisa que eu sei é que quando aconteceu esse fato que o s. Marcioir foi encaminhado pra delegacia, que eu até acompanhei ele, a única coisa que eu sei é que a M. S. Teixeira já não estava mais prestando serviço pra Prumo, já fazia alguns dias que eles já tinham rompido o contrato com ele, e, na verdade, ele estava lá só esperando receber o pagamento que a Prumo devia pra ele quando aconteceu esse fato, até eu fiquei surpreso que eu tava indo exatamente no dia levar pra ele o e-mail que eu tinha enviado pro Harley a respeito desse valor que ele tinha que receber, e aí foi quando eu me deparei com o pessoal do DHPP na casa, só que eu não sabia nem o que era DHPP, eu imaginei que fossem os baianos que estavam brigando entre si e quando eu cheguei perto era essa confusão que estava armada, a única coisa que eu me lembro foi que aconteceu isso no dia desse fato corrido aí (mídia de fls. 2241 e 2273). Grifos e negritos nosso.

Da leitura dos depoimentos prestados em juízo, acima descritos, verifica-se que tais provas produzidas sob o crivo do contraditório, ratificam as provas já produzidas em sede policial, bem como os documentos contratuais e laudos periciais juntados nos autos. Referido conjunto probatório, de fato, comprova que os acusados concorreram para a prática dos crimes relatados na denúncia, com exceção do denunciado Joel, que restou absolvido pela sentença apelada, sem que houvesse interposição de recurso da acusação.

A natureza da relação contratual, descrita nos contratos de fls. 708/736, realmente demonstra a existência de uma cadeia de responsabilidades, na qual a empresa ALL, como primeira contratada e responsável pelos trabalhos na área em questão, subcontrata a empresa Prumo, que, por sua vez, subcontrata a empresa MS Teixeira & Cia, para a realização dos serviços em um determinado trecho de serra, de difícil acesso.

Da leitura de tais documentos extrai-se, inclusive, que a responsabilidade pelos alojamentos e refeições era da empresa Prumo. Por sua vez, o contrato de prestação de serviços, no qual consta a M. S. Teixeira como contratada e, de outro lado, a Prumo, como contratante (fls. 730/733), está assinado exclusivamente pela empresa Prumo (sem indicação do representante legal/pessoa física), ou seja, não há assinatura do representante da empresa M. S. Teixeira.

É sabido que a responsabilidade penal vai muito além da responsabilidade meramente civil, na medida em que busca tutelar bens jurídicos fundamentais para que o ser humano possa conviver em sociedade. Além disso, envolvendo pessoas jurídicas, como no caso dos autos, faz-se necessário demonstrar que uma pessoa física, como preposto da pessoa jurídica, praticou um dos verbos nucleares do tipo penal, mediante ação ou omissão.

Não só isso, importa demonstrar, também, a existência do dolo na conduta delitiva, como consciência, vontade e representação do fato criminoso, além da imputabilidade e culpabilidade, exigíveis daqueles que, maiores, detêm capacidade de antever o resultado reprovável e de se adequarem conforme esse entendimento.

No caso em análise, depreende-se que a primeira subcontratada, isto é, a empresa Prumo, ciente das dificuldades de execução do serviço no trecho de serra em questão, subcontratou - ressalte-se - *tão somente para esse específico trecho* a empresa do acusado Marcioir, *criada tão-somente para este fim*, conforme se deflui da documentação e das provas amealhadas aos autos.

Além da documentação apresentada, verifica-se das provas testemunhais e interrogatório dos corréus, que o apelante Harley, na condição de engenheiro regional da empresa Prumo Engenharia, era o preposto da referida empresa responsável pela fiscalização dos serviços prestados naquele específico trecho (além de outros) para qual a M. S. Teixeira foi contratada para a execução dos serviços.

Nestes termos, verifica-se que o apelante Harley assumiu a posição de garante, prevista no art. 13, § 2º, “b”, do Código penal, haja vista que, contratualmente, como engenheiro regional da Prumo, responsável pela fiscalização dos serviços prestados, frequentava o local da prestação de serviços e tinha ciência da condição em que os prestadores de serviços eram reduzidos. E a esse respeito, os termos de notificação de fls. 475/476 demonstram, ao contrário do alegado, que havia uma fiscalização sobre o trabalho de Marcioir, por parte da empresa Prumo e de seu preposto (Harley).

Portanto, se a Prumo tinha contratualmente a responsabilidade pelos alojamentos e alimentação dos prestadores de serviço, Harley, como preposto da referida empresa, não só devia como podia agir para evitar tais condições, pois não só frequentava o local como era o responsável pela fiscalização (não só dos serviços prestados, como alegado em seu interrogatório, mas também das condições em que eram prestados, haja vista que a empresa que representava era responsável por ambos).

Além de contratualmente responsável, referido recorrente também assumiu tal responsabilidade, na prática, tendo, inclusive, assinado quase a totalidade dos contratos de rescisão dos referidos trabalhadores, após a fiscalização do Ministério do Trabalho, neste específico trecho, conforme se depreende das 50/209 do apenso nestes autos.

Ademais, diferentemente do alegado pela defesa, não só os corréus, mas também algumas das vítimas e as testemunhas de acusação, corroboram o fato de que Harley era responsável pela fiscalização não só do andamento das obras, mas também das condições em que os serviços eram prestados, ou seja, fornecimento dos contêineres, alimentação, ferramenta e etc, conforme demonstraremos a seguir.

A vítima Jucivan Sandis dos Santos disse expressamente que Harley era um deles, e se quisesse pedir pra sair, conversava com ele; ele que dava baixa na carteira, essas coisas, junto com o Seu Márcio também; que a CTPS ficou na mão dele mais ou menos uns dois meses.

Por sua vez, a vítima Roger Bifarat da Silva relatou que “o Ministério Público do Trabalho que fez a anotação, assinada pelo s. Harley, a anotação saiu no nome da Prumo” (o que corrobora a prova documental juntada às fls. 50/209 do apenso nestes autos).

Já a testemunha de acusação Anália Belisa Ribeiro Pinto, Coordenadora do Núcleo de Enfrentamento ao tráfico de Pessoas da Secretaria da Justiça do Governo do Estado de São Paulo, à época dos fatos, contou que, além de Marcioir, Joel e Harley também estavam lá, com certeza, quando os procuradores entraram no escritório, com base nas informações da equipe que acompanhava a operação; a equipe verificou durante a diligência a presença deles.

Também a testemunha de acusação Giuliana Tambauva Orlandi Cassiano, Auditora Fiscal do Trabalho, à época dos fatos, afirmou que os trabalhadores ficavam diretamente

subordinados ao senhor Marcioir, ao senhor Joel e ao senhor Harley da Prumo Engenharia, que tinham total ciência da condição a que aqueles trabalhadores eram submetidos. Indagada, novamente, reafirmou que Harley era da Prumo Engenharia, tinha total ciência da situação e também era uma das pessoas que colaboravam para que os trabalhadores fossem mantidos daquela forma, para que as reclamações ficassem abafadas. Fez questão de dizer que, das mais de 100 (cem) fiscalizações que fizera de trabalho escravo no Brasil todo, essa foi a pior que presenciou, “disparada”, que nunca vira nada parecido, no sentido não só da submissão dos trabalhadores, mas também do isolamento geográfico, das ameaças e o fato de terem que andar, muitas vezes, 14 (quatorze) quilômetros por dia para chegar nas frentes de trabalho.

A própria testemunha de defesa, Carolina Ferreira Vaz Campos, relatou que o Harley estava trabalhando na Prumo, que ele era o gerente de obras e que, como engenheiro, contratava a empresa subcontratada, mas com relação aos funcionários desta última não tinha qualquer ingerência.

No mesmo sentido, foi o depoimento da testemunha de defesa Sheila de Mesquita Barbosa Soares: “dentre os três acusados eu só conheço o Harley, que era o engenheiro regional, eu era subordinada ao engenheiro da obra e esse engenheiro era subordinado ao Harley, o Harley ia lá para fazer reunião com eles; acerca dos fatos narrados na denúncia”. E prossegue: “o Harley era o engenheiro regional, ele era responsável por supervisionar os engenheiros da obra, ele fazia reunião com os engenheiros para verificar o andamento de todo o trabalho”.

Aliás, em seu próprio interrogatório Harleu relatou o quanto segue: “eu era gerente regional da Prumo Engenharia; eu mantive contato com o sr. Marcioir durante a execução do contrato; eu sabia que os trabalhadores durante a execução do contrato dormiam em contêineres alojamento de metal, de metal sim”. E prossegue: “minha responsabilidade como gerente regional era acompanhar o andamento dos serviços, a prestação de serviços, a qualidade e o andamento dos serviços de manutenção de ferrovia”.

Entretanto, fica claro que foi Harley quem contratou a empresa M. S. Teixeira, que, como já dito, foi criada e contratada especificamente para este fim, qual seja, atuar no trecho de difícil acesso, justamente para tentar eximir a Prumo, empresa da qual era representante, das responsabilidades com os funcionários.

Por fim, os depoimentos dos corréus corroboram a participação de Harley na conduta delitiva.

Marcior relatou, em seu interrogatório judicial, que: “logo a Prumo me chamou e fez esse contrato e eu fui pra ali; quem me chamou pela Prumo foi o Harley”. E prossegue: “Aí o Harley tinha me ligado e eu disse não Harley eu não vou botar mais gente, mas o Harley disse não tu tem que botar mais gente no [inaudível], aí foi quando esses caras vieram que o Harley mesmo depositou um dinheiro na minha conta para mandar pro s. Luís pra mandar trazer esses caras, o Harley que depositou esse dinheiro na minha conta, a conta é no Banco do Brasil, em Embu-Guaçu, eu nunca mais mexi nela pra ter as provas todas, essa conta ainda existe e eu tenho um extrato analítico desde que eu comecei a trabalhar ali, uma pessoa pediu pra mim tirar, eu tenho; sobre ser dono da M. S. Teixeira, eles mandaram eu abrir ela que eu trabalhava frio dentro do Porto com eles, aí eles pegaram e mandaram eu abrir pra poder começar a pegar serviço e tirar nota”. Continuando a narrativa, relata: “quem tirava nota tudo era eles, não era eu, o pagamento era feito depois que eles vinham, eu e eles, mediam o serviço e eles depositavam na minha conta e eu pagava os caras”, (...) quem transmitia o dinheiro pra minha conta era a Prumo, mas eu não sei dizer quem, não sei dizer se era o Harley; a Prumo passava o montante que nós faturava no mês”.

E aqui não há contradição alguma, como faz crer a defesa, no fato de, inicialmente, Marcioir dizer que foi Harley quem depositou o dinheiro “pra ele trazer os caras” (da Bahia) e, posteriormente, afirmar que recebia o dinheiro da Prumo para fazer o pagamento (após a medição do serviço já realizado), mas não saber quem transmitia esse dinheiro (ou seja, não sabia se era o Harley). Isso porque trata-se de fatos distintos, ou seja, inicialmente, foi contratado por Harley, para *trazer* os trabalhadores da Bahia (tendo recebido dinheiro de Harley para custear tais despesas). Posteriormente, depois de já instalados e do serviço prestado, recebia o dinheiro da Prumo para *pagamento* desses trabalhadores. Este último repasse da Prumo (para pagamento dos serviços prestados) que disse não saber quem realizava. Não há contradição alguma em tais fatos.

Quanto à ciência de Harley das condições em que os trabalhadores prestavam esses serviços e também da responsabilidade da Prumo, empresa da qual era preposto, tem-se o seguinte trecho do interrogatório de Marcioir para corroborar as demais provas produzidas nestes autos: “[perguntado se tanto ele, quanto os demais acusados sabiam como as pessoas viviam, trabalhavam, comiam e dormiam nesse lugar] nós falava, nós brigava com eles por causa dos alojamentos que era a Prumo que tinha que dar, né, a Prumo que tinha que me dar tudo o alojamento, dentro do contrato tem, eles tinham que me dar roupa, condução, alojamento e ferramenta pra trabalhar”.

Aliás, como já pontuado na sentença apelada, o argumento de Harley, em seu interrogatório, no sentido de que a empresa MS Teixeira teria sido contratada por sua experiência, procurando transparecer fosse uma empresa minimamente consolidada no mercado não tem a mínima consistência.

Em um determinado ponto de seu interrogatório, excerto a seguir indicado, o acusado Harley deixa clara essa circunstância, descrevendo qual seria o trecho de responsabilidades da Prumo e qual seria o trecho subcontratado para a MS Teixeira:

“(...)a Prumo prestava serviço pra ALL através de um contrato; as obrigações da Prumo eram a manutenção ferroviária, trocar dormentes e trilhos, resumidamente; a Prumo fazia a manutenção ferroviária para a ALL num segmento de trecho, de Santos até Rio Claro, em torno de 400 quilômetros de linha nesse trecho; a M. S. Teixeira tinha um contrato com a Prumo que prestava serviço de manutenção o entre Embu-Guaçu e Paratinga se não me engano, um trecho de provavelmente uns 50 quilômetros; *acerca dos 350 quilômetros remanescentes, a Prumo fazia manutenção com funcionários próprios nos demais trechos (...)*”.

Assim, como fundamentou o Juízo *a quo* (fls. 2391vº/2392vº), “a subcontratação para esse determinado trecho, pequeno diante do total, mas significativo por implicar trabalho em região de difícil acesso, ocorreu tão somente para se eximir da responsabilidade com os gastos e a dificuldade do trecho, subcontratando-se uma pessoa de baixíssima instrução, Marcioir, que até pouco tempo aceitava trabalhar sem carteira assinada, impondo-lhe a abertura de uma empresa para dar ares de legalidade à forma de alcançar maior lucro, bem como tangenciar obrigações trabalhistas e previdenciárias”. E mais:

“Ora, consoante se infere do interrogatório de Marcioir, e não só isso, também dos próprios termos de contratos juntados, bem como dos depoimentos indicados, o dito empresário nada mais era do que um ex-empregado da Prumo, desta feita contratado como responsável por pessoa jurídica para a coordenação do trabalho no trecho de serra em questão ao mesmo tempo em que participava eventualmente da execução do serviço propriamente dito, junta-

mente com as demais vítimas. A corroborar ainda esse raciocínio tem-se a simples constatação trazida pelo interrogatório de Joel no sentido de que a empresa MS Teixeira sequer possuía uma sede própria”.

E, conforme se depreende do depoimento das próprias testemunhas de defesa, o Harley foi o responsável pela subcontratação da empresa M. S. Teixeira, apesar de negarem que ele tivesse qualquer ingerência sobre os funcionários da empresa subcontratada.

Por fim, o corréu absolvido, Joel da Silva Santos, relatou em seu interrogatório judicial: “olha, pra falar bem, a verdade, meu dia de trabalho era manter contato com o Harley que era o engenheiro responsável pela Prumo e quem era responsável por estar efetuando o pagamento pra M. S. Teixeira, pra poder estar comunicando com ele com relação a recebimento de medição que eles tinham feito lá que tinha que depositar na conta do s. Marcioir e fora isso eu tinha que fazer essa parte de calcular, separar o dinheiro quando chegava a data de pagamento dos meninos, pra poder estar entregando para o s. Marcioir fazer o pagamento deles”. E mais: “eu só atendia essas coisas que o s. Marcioir pedia e entrava em contato com o pessoal da Prumo, via e-mail, quando ele pedia, quando ele falava alguma coisa com o s. Harley, alguma coisa do tipo, eu entrava em contato; normalmente, quando eu mandava algum e-mail para o s. Harley era pra saber quando seria feito o depósito, pra questionar em relação à medição que eles tinham feito dos trabalhos prestados pelos meninos que trabalhavam com o s. Marcioir na via”.

Portanto, como dito pelo magistrado sentenciante, realmente os interrogatórios de Marcioir e Joel são claros no sentido de demonstrar que Harley possuía uma ativa participação e decisão na execução dos serviços do trecho em questão, ou seja, funcionava como o executor das deliberações tomadas pela empresa Prumo, inclusive em relação ao trecho subcontratado à empresa M.S. Teixeira, o que também foi corroborado pelas testemunhas de acusação e pela documentação juntada aos autos.

Ademais, conforme apurado, o corréu Marcioir não teria condições financeiras de providenciar contêineres em nome da empresa MS Teixeira, tampouco as passagens aéreas utilizadas no deslocamento das vítimas entre a Bahia e São Paulo.

Como já dito pelo Juízo *a quo*, fosse outra a realidade dos fatos, não teria a empresa Prumo assumido os custos com o deslocamento das vítimas no retorno para a Bahia, após a fiscalização realizada pelo Ministério do Trabalho, ou, no mínimo, teria comprovado a busca pelo ressarcimento dos custos que suportou e supostamente não lhe cabiam.

Complementa, ainda, o magistrado sentenciante:

“De se ter por certo, assim, que as regras contratuais, estabelecidas entre uma empresa de engenharia já consolidada no mercado, cuja estrutura abrange, inclusive, setor jurídico próprio, e empresa recém criada com um único sócio e administrador com baixíssima escolaridade, cuja atividade tão somente se limitava a prestar os serviços subcontratados no referido trecho de serra, assim foram definidas em evidente quebra de isonomia, o que, ainda que não se possa reconhecer a fim de afastar a responsabilização criminal do contratado perante terceiros, pode e deve ser reconhecido para o fim de delimitar a culpabilidade dos agentes envolvidos. Resta, portanto, evidente que a Prumo detinha o poder de controle sobre a execução de todo o serviço em todo o trecho contratual em questão, inicialmente assumido com a empresa ALL e, transvestiu sub-repticiamente sua responsabilidade “criando” a empresa MS Teixeira para a realização da obra naquele trecho, com ganho fácil e, principalmente, procurando fugir de eventuais responsabilidades trabalhistas, face aos contornos extremamente difíceis de acesso ou de trabalho no local.



Sintomático que todos dos trabalhadores, quando ouvidos na fase policial, e alguns confirmaram isso também em juízo, teriam ouvido de Marcioir que o dinheiro para os pagamentos era proveniente da Prumo.”

Tais fatos, por si só, não eximem a responsabilidade penal do recorrente Marcioir pelas condutas praticadas. Tanto assim o é que, em seu interrogatório judicial, admitiu que contratou um escritório ou profissional no Rio Grande do Sul, onde então residia, para a confecção do contrato social da dita empresa, pagando um valor para isso. Como pontuado na sentença apelada, suas motivações pessoais (sobrevivência e sustento de sua família) não importam na esfera penal, bastando que não fique configurada a presença de eventual excludente de antijuridicidade ou de culpabilidade, excludentes estas que não foram demonstradas nos presentes autos.

Além disso, o depoimento de quase a totalidade das vítimas confirma que Marcioir era quem fiscalizava de perto o trabalho por eles desenvolvido, de quem sofriam constantes ameaças, ainda que verbais.

Por fim, não custa ressaltar, uma vez mais, que consoante Informativo nº 543 do Superior Tribunal de Justiça, para a configuração do delito não é imprescindível a restrição à liberdade de locomoção do trabalhador. De fato, aludida restrição é uma das formas de cometimento do delito, mas não é a única (CC 127937, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 3ª Seção, DJ 06.06.2014), sendo admissível, como visto, a sujeição a condições degradantes, subumanas. A sujeição física ou psicológica do indivíduo é suficiente para a caracterização do delito.

Ainda, o Pleno do Supremo Tribunal Federal adotou posicionamento no sentido de que *“não é necessário que se prove a coação física da liberdade de ir e vir ou mesmo o cerceamento da liberdade de locomoção, bastando a submissão da vítima a ‘trabalhos forçados ou a jornada exaustiva’ ou ‘a condições degradantes de trabalho’, condutas alternativas previstas no tipo penal* (Inq. 3412/AL, Rel. Ministro Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão: Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJ 12.11.2012).

Portanto, o conjunto probatório demonstra a autoria delitiva dos apelantes Marcioir e Harley, conforme acima fundamentado, além dos fundamentos já lançados na sentença apelada, a qual deve ser mantida.

Passo, a seguir, à dosimetria da pena.

#### DOSIMETRIA DA PENA

Assim restou fundamentada a dosimetria da pena de *MARCIOIR*, pela sentença apelada, *in verbis*:

MARCIOIR SILVEIRA TEIXEIRA:

Art. 149, § 2º, do Código Penal

Primeira Fase: O acusado é primário, no entanto, observo a presença de *culpabilidade acentuada*, na medida em que as circunstâncias de sua conduta revelam reprovabilidade acima da média para os crimes em questão, porque sabedor das condições terríveis para a prestação de serviço no local dos fatos, mesmo assim manteve-se inerte em alterar ou impedir a continuação da atividade, não apenas isso, mas também impediu ou colaborou com isso, para que os trabalhadores ficassem totalmente isolados, impedindo-os de se locomoverem, o que por si só, implica a prática de mais de uma conduta prevista no art. 149 e deve ser valorada negativamente. De modo também desfavorável devem ser consideradas as *consequências do crime*, que atingiu 53 (cinquenta e três) vítimas, conforme constatado pela fiscalização do Ministério do Trabalho, circunstância que deve também ser valorada negativamente, na fase

do art. 59, razão pela qual exaspero a pena-base em 2/12 avos, à míngua de outras circunstâncias desfavoráveis e assegurando o no *bis in idem*, fixo a pena-base em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

Na segunda fase, não existem circunstâncias agravantes. Reconheço, todavia, a seu favor, a incidência de uma atenuante genérica, nos moldes do art. 66 do Código Penal, uma vez que restou comprovado nos autos que Marcioir rompeu o contrato com a Prumo antes mesmo da fiscalização do Ministério do Trabalho, resultando sua permanência no local dos fatos por ocasião da fiscalização tão somente da expectativa que ele tinha de receber o que ainda lhe era devido pela empresa Prumo. Mesmo tendo sido pessoal sua motivação, fica clara sua intenção de não mais participar da empreitada delitiva da qual se locupletava, e, ainda que sua decisão não tenha repercutido diretamente em favor das vítimas, que somente foram resgatadas da condição desumana e degradante em que se encontravam por interferência de terceiros e após estar consumado o crime anteriormente conforme descrito, a circunstância pode ser sopesada em seu favor, diminuindo-lhe a reprimenda em 1/6 (um sexto) nessa fase, o que perfaz uma pena de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na terceira fase, aplico o § 2º do art. 149, razão pela qual, aumentando a pena em metade, fixo-a em 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, e 15 (quinze) dias-multa, que torno definitiva. O valor de cada dia-multa fica fixado no mínimo legal, tendo em vista as circunstâncias econômicas relatadas em interrogatório.

Em relação ao regime inicial para cumprimento da pena fica fixado o *semi-aberto*, tendo em vista a circunstância desfavorável reconhecida na fase do art. 59 do CP, nos termos do art. 33, § 3º, do CP.

Em suas razões recursais, a defesa de Marcioir postula o quanto segue:

- i) a fixação da pena-base no mínimo legal;
- ii) o afastamento da causa de aumento, prevista no art. 149, § 2º, inciso II, do Código Penal;
- iii) a readequação da pena de multa;
- iv) a alteração do regime inicial de cumprimento de pena para o aberto;
- v) a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Passo, então, à dosimetria da pena de MARCIOIR:

#### *Primeira fase*

Com razão a defesa, no tocante à exclusão da culpabilidade acentuada, tendo em vista que o fato de ser *sabedor* das condições terríveis para a prestação de serviço no local dos fatos, e mesmo assim se manter inerte em alterar ou impedir, é justamente o dolo inerente à conduta delitiva e não pode ser valorado como circunstância judicial desfavorável. Por sua vez, o fato de *impedir a locomoção* dos trabalhadores, é exatamente uma das condutas previstas no art. 149 do CP, portanto, trata-se de elemento já implícito no tipo penal, e não pode ser considerado para acentuar sua culpabilidade como circunstância judicial negativa.

Por tais razões, a culpabilidade do apelante deve ser considerada normal à prática delitiva.

De outra parte, as consequências do crime devem ser mantidas como circunstância judicial desfavorável, realmente pelo fato de ter atingido número razoável de vítimas, ou seja, 53 (cinquenta e três) vítimas, conforme constatado pela fiscalização do Ministério do Trabalho.

Para manter a proporção de majoração já utilizada pelo magistrado sentenciante, em razão de apenas uma circunstância judicial negativa, majoro a pena em 1/12, fixando-a em 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

### Segunda fase

Na segunda fase da dosimetria, reconhecida a atenuante prevista no art. 66 do Código Penal, a pena deveria ser reduzida para o mínimo legal (2 anos) em observância à Súmula 231 do STJ.

Entretanto, o Juízo *a quo* reduziu para *1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 10 (dez) dias-multa*, o que mantenho, em razão de ausência de recurso da acusação.

### Terceira fase

Na terceira fase, foi aplicada a causa de aumento prevista no § 2º, do art. 149 do Código Penal, com a seguinte fundamentação, *in verbis* (fls. 2396 e verso):

“Restou comprovada ainda a causa especial de aumento do § 2º “por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem”, pois *a maioria das vítimas* foi cooptada na Bahia, estado do nordeste brasileiro, sendo que é certo que encontrariam muitos trabalhadores desempregados e dispostos a esse emprego naquela região e no entorno. Ora, buscar trabalhadores no interior da Bahia, gastando dinheiro com passagens aéreas inclusive, deixa evidente que queriam tirar proveito da condição pessoal dessas pessoas, vulneráveis, sem instrução, mantendo-os longe da família, privados até de remuneração que lhes desse opção para ir embora de volta. Provavelmente, trabalhadores de centros urbanos maiores ou grandes centros, com contato com a família, amigos, jamais se deixariam explorar dessa forma.

Assim, em razão de tal reconhecimento e porque a elementar do crime do art. 207 já se encontra prevista no § 2º do art. 149 acima mencionado, é necessário reconhecer a consunção daquele crime por este.” grifei

A defesa postula a exclusão da referida causa de aumento, com razão.

O que o legislador pretende punir com maior rigor neste dispositivo são os crimes resultantes de preconceito e discriminação, o racismo, a intolerância.

No caso dos autos, entendo não ter sido demonstrada tal intenção. O próprio magistrado sentenciante esclarece que a escolha da localidade das vítimas seria para “*tirar proveito da condição pessoal dessas pessoas, vulneráveis, sem instrução, mantendo-os longe da família, privados até de remuneração que lhes desse opção para ir embora de volta. Provavelmente trabalhadores de centros urbanos maiores ou grandes centros, com contato com a família, amigos, jamais se deixariam explorar dessa forma*”.

Verifica-se que foi utilizada a vulnerabilidade dessas pessoas decorrente da ausência de condição sócio-econômica e até mesmo geográfica (residentes no interior da Bahia), mas tudo em razão de hipossuficiência financeira e de instrução e não por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem, como disposto no § 2º do referido art. 149 do Código Penal, pois a prova dos autos demonstra que o principal motivo que impedia os trabalhadores de “pedir as contas” e voltar pro seu Estado de origem era a ausência de recursos financeiros para arcar com as despesas da viagem. Ademais, nem todos os trabalhadores tinham origem no Estado da Bahia, sendo parte dos trabalhadores provenientes de São Vicente/SP.

Acrescente-se, ainda, que não existem pessoas desempregadas, buscando emprego, apenas no interior da Bahia, mas no interior de inúmeros Estados brasileiros. E, diferentemente do quanto fundamentado pelo magistrado sentenciante, tais trabalhadores não estavam “dispostos a esse emprego” por motivo de sua raça, cor, etnia, religião ou origem, pois foram enganados pela pessoa que os aliciou, em razão de falta de instrução e necessidade financeira. Isso porque lhes foi prometida outras condições de trabalho que não as efetivamente fornecidas. Ou seja,

as condições de trabalho oferecidas quando do aliciamento poderiam ser aceitas por qualquer trabalhador desempregado, que atuasse nesse ramo.

Ademais, referida causa de aumento não foi descrita na denúncia, que apenas se limitou a relatar que Marciior *“aliciou e levou 53 trabalhadores de Santo Amaro da Purificação/BA e de São Vicente/SP para a cidade de Embu-Guaçu, onde os reduziu a condição análoga à de escravo”* (...).

Portanto, entendo não ser aplicável a causa de aumento prevista no § 2º do art. 149 do Código Penal, no caso dos autos.

Verifica-se, além disso, que o magistrado sentenciante reconheceu a consunção do art. 207 do Código Penal, em razão da aplicação da referida causa de aumento (que ora restou excluída).

Não obstante a exclusão da referida causa de aumento, fica mantida aplicação do princípio da consunção, seja em razão de ausência de recurso da acusação, seja porque o art. 207 do Código Penal, no caso dos autos, realmente pode ser considerado meio para a prática do crime previsto no art. 149 também do Código Penal.

Por fim, não obstante a jurisprudência reconheça, em hipóteses semelhantes à dos autos, a ocorrência de concurso formal, com a consequente majoração da pena, prevista no art. 70 do Código Penal, o magistrado sentenciante considerou o número de vítimas para majorar a pena na primeira fase da dosimetria, e não existe recurso da acusação, razão pela qual não há como fazer incidir tal norma.

Por tais razões, resta a pena definitiva de MARCIOR fixada em *1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo legal*.

Considerando a quantidade de pena aplicada, fixo o regime inicial *aberto*, com fundamento no art. 33, § 2º, “c”, do Código Penal, pois apenas uma circunstância judicial desfavorável não é suficiente para fixação de regime mais gravoso.

Pelo mesmo motivo, entendo presentes os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, e substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, consistentes em prestação de serviços à comunidade, a ser definida pelo Juízo da Execução, e prestação pecuniária, no valor de 1 (um) salário, mínimo vigente na data dos fatos, em razão da capacidade financeira do apelante.

Por sua vez, assim restou fundamentada a dosimetria da pena de *HARLEY*, pela sentença apelada, *in verbis*:

HARLEY DE PAULO SILVA:

Art. 149, § 2º, do Código Penal

Primeira Fase: O acusado é primário, no entanto, observo a presença de *culpabilidade acentuada*, na medida em que as circunstâncias de sua conduta revelam reprovabilidade acima da média para os crimes em questão, a uma, porque sabedor das condições terríveis para a prestação de serviço no local dos fatos, mesmo assim manteve-se inerte em alterar ou impedir a continuação da atividade, não apenas isso, mas também impediu ou colaborou com isso, para que os trabalhadores ficassem totalmente isolados, impedindo-os de se locomoverem, o que por si só, implica a prática de mais de uma conduta prevista no art. 149, e, a duas, porque tudo isso se deu em um contexto em que ele era, na Prumo, o engenheiro responsável por toda a obra subcontratada pela empresa ALL, ou seja, os 400km de extensão de linha, o que o coloca, em razão de sua formação e profissão (engenheiro, cujo grau de escolaridade o permitia um maior esclarecimento em relação ao desrespeito às normas técnicas e trabalhistas relacionadas à execução do serviço, bem como ao alcance do caráter ilícito de sua

conduta), contratado pela Prumo com atribuição de gerência em âmbito regional conforme comprovado nos autos, portanto, maior responsabilidade e ingerência na condução dos rumos da execução do trabalho subcontratado que era, por dever de ofício, sua obrigação fiscalizar, o que revela absoluto domínio do fato de modo a poder impedir que os trabalhadores vítimas fossem colocados e mantidos naquela situação em total descompasso com o tratamento que a empresa Prumo, sob sua supervisão, propiciava a todos os demais trabalhadores que executavam o mesmo serviço nos 350 km restantes da linha férrea, o que deve ser valorado negativamente. De modo também desfavorável devem ser consideradas as *consequências do crime*, que atingiu 53 (cinquenta e três) vítimas, conforme constatado pela fiscalização do Ministério do Trabalho, circunstância que deve também ser valorada negativamente, na fase do art. 59, razão pela qual exaspero, no todo, a pena-base em 2/12 avos, à míngua de outras circunstâncias desfavoráveis e assegurando o no *bis in idem*, fixo a pena-base em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 11 (onze) dias-multa.

Na segunda fase, não existem circunstâncias agravantes, nem atenuantes a serem consideradas, razão pela qual mantenho a pena em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 11 (onze) dias-multa.

Na terceira fase, aplico o § 2º do art. 149, razão pela qual, aumentando a pena em metade, fixo-a em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 16 (dezesseis) dias-multa, que torno definitiva.

O valor de cada dia-multa fica fixado em um salário mínimo vigente, tendo em vista as circunstâncias econômicas relatadas em interrogatório.

Em relação ao regime inicial para cumprimento da pena fica fixado o *semi-aberto*, tendo em vista a circunstância desfavorável reconhecida na fase do art. 59 do CP, nos termos do art. 33, § 3º, do CP.

Ausentes os requisitos legais (art. 44, III, do CP), deixo de substituir as penas privativas de liberdade aplicadas por restritivas de direitos, uma vez que a análise feita com base nos parâmetros do artigo 59 do Código Penal demonstrou, em relação a cada um dos réus, serem insuficientes eventuais medidas dessa natureza para os fins de reprovação e prevenção a que se destinam.

Por sua vez, postula a defesa de Harley:

- i) a fixação da pena-base no mínimo legal;
- ii) a não aplicação da causa de aumento de pena, prevista no art. 149, § 2º, do CP;
- iii) a fixação do regime inicial aberto para o cumprimento da pena;
- iv) a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito;
- v) a fixação do valor do dia-multa no mínimo legal.

Passo, então, à dosimetria da pena de HARLEY.

#### *Primeira fase*

Com razão a defesa, no tocante à exclusão da culpabilidade acentuada, tendo em vista que toda a fundamentação utilizada pelo Juízo *a quo* foi a mesma que se utilizou para demonstrar a conduta delitiva de Harley, ou seja, tais fundamentos foram aqueles que permitiram demonstrar a sua participação na prática dos fatos narrados na denúncia, e considerados suficientes para caracterização de sua autoria delitiva. Portanto, não podem ser utilizados, também, para caracterizar circunstância judicial negativa (art. 59, CP).

Por sua vez, o fato de *impedir a locomoção* dos trabalhadores, é exatamente uma das condutas previstas no art. 149 do CP, portanto, trata-se de elemento já implícito no tipo penal, e não pode ser considerado para acentuar sua culpabilidade como circunstância judicial negativa.



Por tais razões, a culpabilidade do apelante deve ser considerada normal à espécie delitiva.

De outra parte, as consequências do crime devem ser mantidas como circunstância judicial desfavorável, realmente pelo fato de ter atingido número razoável de vítimas, ou seja, 53 (cinquenta e três) vítimas, conforme constatado pela fiscalização do Ministério do Trabalho.

Para manter a proporção de majoração já utilizada pelo magistrado sentenciante, em razão de apenas uma circunstância judicial negativa, majoro a pena em 1/12, fixando-a em 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

#### *Segunda fase*

Na segunda fase da dosimetria, não foram consideradas circunstâncias agravantes ou atenuantes.

A defesa de Harley postula a aplicação da mesma atenuante genérica aplicada para o corréu Marcioir, qual seja, a prevista no art. 66 do Código Penal, em razão deste último ter rompido o contrato com a PRUMO, antes mesmo da fiscalização.

Alega a defesa de Harley ter ocorrido justamente o contrário, nos seguintes termos, *in verbis*:

*“Contudo, o que se vê dos documentos acostados aos autos é justamente o contrário. Houve duas notificações da PRUMO (datadas de 29/09/2010 e 03/11/2010) à MS TEIXEIRA indicando o descumprimento contratual em razão de ausência de uso de EPIs por colaboradores da ALL LOGÍSTICA, o que culminou na rescisão do contrato por parte da PRUMO, em 3 de novembro de 2010.”*

Sem razão, entretanto, pois mesmo após a rescisão do contrato com a M. S. Teixeira, as mesmas condições degradantes de trabalho foram mantidas no local, pela empresa PRUMO, tanto que quando da fiscalização do Ministério do Trabalho, ocorrida em início de dezembro, foi realizado laudo de vistoria constatando tais condições (fls. 524/556, fls. 675/696).

Nestes termos, sem agravantes ou atenuantes, a pena resta mantida em 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

#### *Terceira fase*

A defesa postula a exclusão da causa de aumento, prevista no § 2º, do art. 149 do Código Penal, com razão.

O que o legislador pretende punir com maior rigor neste dispositivo são os crimes resultantes de preconceito e discriminação, o racismo, a intolerância.

No caso dos autos, entendo não ter sido demonstrada tal intenção. O próprio magistrado sentenciante esclarece que a escolha da localidade das vítimas seria para “*tirar proveito da condição pessoal dessas pessoas, vulneráveis, sem instrução, mantendo-os longe da família, privados até de remuneração que lhes desse opção para ir embora de volta. Provavelmente trabalhadores de centros urbanos maiores ou grandes centros, com contato com a família, amigos, jamais se deixariam explorar dessa forma*”.

Verifica-se que foi utilizada a vulnerabilidade dessas pessoas decorrente da ausência de condição sócio-econômica e até mesmo geográfica (residentes no interior da Bahia), mas tudo em razão de hipossuficiência financeira e instrutiva, e não por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem, como disposto no § 2º do referido art. 149 do Código

Penal, pois a prova dos autos demonstra, inclusive, que o motivo que as impedia de “pedir as contas” e voltar para seu Estado de origem era a ausência de recursos financeiros para arcar com as despesas da viagem. Ademais, nem todos os trabalhadores tinham origem no Estado da Bahia, sendo parte dos trabalhadores provenientes de São Vicente/SP.

Acrescente-se, ainda, que não existem pessoas desempregadas, buscando emprego, apenas no interior da Bahia, mas no interior de inúmeros Estados brasileiros. E, diferentemente do quanto fundamentado pelo magistrado sentenciante, tais trabalhadores não estavam “dispostos a esse emprego” por motivo de sua raça, cor, etnia, religião ou origem, pois foram enganados pela pessoa que os aliciou, em razão de falta de instrução e necessidade financeira. Isso porque lhes foi prometida outras condições (normais) de trabalho que não as efetivamente fornecidas. Ou seja, as condições de trabalho oferecidas quando do aliciamento poderiam ser aceitas por qualquer trabalhador desempregado, que atuasse nesse mesmo ramo.

Ademais, referida causa de aumento não foi descrita na denúncia, que apenas se limitou a relatar que Marcior *“aliciou e levou 53 trabalhadores de Santo Amaro da Purificação/BA e de São Vicente/SP para a cidade de Embu-Guaçu, onde os reduziu a condição análoga à de escravo”* (...).

Portanto, entendo não ser aplicável a causa de aumento prevista no § 2º do art. 149 do Código Penal.

Verifica-se, além disso, que o magistrado sentenciante reconheceu a consunção do art. 207 do Código Penal, em razão da aplicação da referida causa de aumento (que ora restou excluída).

Não obstante a exclusão da referida causa de aumento, fica mantida aplicação do princípio da consunção, seja em razão de ausência de recurso da acusação, seja porque o art. 207 do Código Penal, no caso dos autos, realmente pode ser considerado meio para a prática do crime previsto no art. 149 também do Código Penal.

Por fim, não obstante a jurisprudência reconheça, em hipóteses semelhantes à dos autos, a ocorrência de concurso formal, com a consequente majoração da pena, prevista no art. 70 do Código Penal, o magistrado sentenciante considerou o número de vítimas para majorar a pena-base, na primeira fase da dosimetria, e não existe recurso da acusação, razão pela qual não há como fazer incidir tal norma.

Por tais razões, resta a pena definitiva de HARLEY fixada em *2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa*.

O valor do dia-multa deve ser mantido em 01 (um) salário mínimo, em razão da situação financeira do acusado que, em seu interrogatório judicial, declarou ter um ganho de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). Diferentemente do afirmado pela defesa, o interrogatório do réu não constitui apenas meio de defesa, mas também meio de prova. Isso significa que, além de o acusado (poder) se defender, por meio de seu interrogatório, o juiz, ao mesmo tempo, colhe dados necessários para o seu convencimento.

Considerando a quantidade de pena aplicada, fixo o regime inicial *aberto*, com fundamento no art. 33, § 2º, “c”, do Código Penal, pois apenas uma circunstância judicial desfavorável não é suficiente para fixação de regime mais gravoso.

Pelo mesmo motivo, entendo presentes os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, e substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, consistentes em prestação de serviços à comunidade, a ser definida pelo Juízo da Execução, e prestação pecuniária, no valor de 5 (cinco) salários mínimos, vigente na data dos fatos, em razão da capacidade financeira do apelante.

**DISPOSITIVO**

Ante o exposto, rejeito as preliminares e DOU PARCIAL PROVIMENTO às apelações de MARCIOIR e HARLEY, para reduzir a pena aplicada, alterar o regime inicial de cumprimento de pena e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, de ambos os apelantes, nos seguintes termos:

i) fixo a pena definitiva de MARCIOR em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, no regime inicial *aberto, e 10 (dez) dias-multa*, no valor mínimo legal; substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, consistentes em prestação de serviços à comunidade, a ser definida pelo Juízo da Execução, e prestação pecuniária, no valor de 1 (um) salário mínimo vigente na data dos fatos;

ii) fixo a pena definitiva de HARLEY *2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão*, no regime inicial *aberto, e 10 (dez) dias-multa*, no valor de 01 (um) salário mínimo; substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, consistentes em prestação de serviços à comunidade, a ser definida pelo Juízo da Execução, e prestação pecuniária, no valor de 5 (cinco) salários mínimos.

É como voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

**APELAÇÃO CRIMINAL**  
**0005511-84.2013.4.03.6181**

Apelante: ANDRE LUIS DE AZEVEDO

Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/02/2020

**EMENTA**

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. FRAUDE A LICITAÇÃO. ART. 96, III, DA LEI Nº 8.666/93. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA DA PENA.

1. Materialidade e autoria comprovadas.
2. O acusado apresentou versão confusa e dissociada dos demais elementos de prova ao tentar justificar a entrega de material diverso daquele especificado no edital de licitação.
3. Está devidamente demonstrado que o apelante, na qualidade de administrador de fato da empresa vencedora do certame, é o autor do crime de fraude à licitação, não sendo o caso de falar-se em insuficiência de provas de sua participação no delito, já que isso deriva do cotejo do conjunto probatório formado ao longo da persecução penal, inclusive a prova oral produzida em juízo.
4. Dosimetria da pena. Pena-base reduzida. Não há nos autos comprovação de que a criação da empresa por meio de interpostas pessoas tinha como objetivo fraudar licitações, motivo pelo qual essa circunstância não pode ser valorada em desfavor do acusado.
5. Fixado o regime aberto para início do cumprimento da pena privativa de liberdade. Substituição por penas restritivas de direitos.
6. Apelação parcialmente provida.

**ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, DAR PARCIAL PROVIMENTO à apelação para reduzir a pena-base, fixar o regime aberto para início do cumprimento da pena privativa de liberdade e substituir essa pena por duas penas restritivas de direitos, ficando a pena definitiva estabelecida em 3 (três) anos de detenção, em regime inicial aberto, e multa de R\$ 1.429,44 (mil quatrocentos e vinte e nove reais e quarenta e quatro centavos), nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 30 de janeiro de 2020.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO (Relator): Trata-se de apelação interposta por ANDRÉ LUÍS DE AZEVEDO em face da sentença (fls. 573/575v) proferida pela 1ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP, que condenou o apelante, como incurso no art. 96, III, da Lei nº 8.666/93, à pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de detenção, em regime inicial semiaberto, e multa de R\$ 1.429,44 (mil quatrocentos e vinte e nove reais e quarenta e quatro centavos), em favor da União.

A denúncia (fls. 383/385), recebida em 18.06.2013 (fls. 386/387), narra o seguinte:

Consta dos inclusos autos que o denunciado, em 15 de dezembro de 2009, nesta Capital, fraudou, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição de bens, entregando uma mercadoria por outra.

Narram os autos que em maio de 2009 foi publicado edital do Pregão Eletrônico nº 018/2009 do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que objetivava a aquisição de kits de manutenção para impressoras da marca Lexmark (fls. 107 e seguintes). O edital estipulava, expressamente, que os kits deveriam ser originais de fábrica (Anexo I, termo de referência, item 2.1 a fls. 118). O pregão foi vencido pela empresa Amdata Peças e Serviços de Informática Ltda., sediada no Rio de Janeiro, que assinou ata de registro em 17 de setembro de 2009 (fls. 139). Os valores correspondentes à aquisição foram empenhados (fls. 148/149) e recebidos pela empresa em 11 de dezembro de 2009 (fls. 150). A empresa, então, forneceu os kits, conforme notas fiscais a fls. 154 e 155, que foram recebidos pela Seção de Controle e Estoque de Material de Informática da Justiça Federal em 15 de dezembro de 2009 (fls. 152/153).

Ocorre que, logo após o recebimento do material, os kits entregues pela empresa começaram a apresentar problemas. Após um primeiro aviso, a empresa propôs um cronograma de substituição, mas quando os kits substituídos também apresentaram problemas, o Tribunal solicitou auxílio ao fabricante dos produtos, que constatou que os kits fornecidos pela Amdata não eram originais, mas sim reconicionados (ofício a fls. 51).

Laudo pericial a fls. 368 atesta que os bens recebidos pelo Tribunal não eram aqueles adquiridos pelo pregão.

O denunciado era o proprietário e gestor de fato da empresa Amdata. Conforme relato de Kelli Kessia Moreira Costa e Marcelo de Almeida, que aparece como sócio formal da empresa (fls. 302, 299 e 280), ANDRÉ era o real administrador e o responsável pela aquisição do material posteriormente entregue à Justiça Federal de São Paulo. Segundo Kelli, o denunciado adquiriu os kits de outra empresa ciente de que não eram originais e mesmo assim os entregou, contrariando as determinações do contrato assinado com o Tribunal.

A sentença foi publicada em 12.11.2014 (fls. 576).

Em seu recurso (fls. 595/599), o apelante requer sua absolvição por não haver nos autos qualquer indício de sua participação no delito, havendo apenas os depoimentos dos dois sócios da empresa AMDATA, que atribuíram ao apelante a prática delitiva para se furtar da responsabilização. Argumenta que não fez parte em nenhum momento da contratação com o Tribunal, não havendo qualquer documento assinado em seu nome, nem qualquer benefício patrimonial revertido em seu favor. Caso mantida a condenação, pede a fixação da pena observando-se os critérios do art. 59 do Código Penal.

Contrarrazões a fls. 604/605v.

A Procuradoria Regional da República opinou pelo não provimento da apelação (fls. 607/609v).



*É o relatório.*

*Dispensada a revisão.*

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO (Relator): Trata-se de apelação interposta por ANDRÉ LUÍS DE AZEVEDO em face da sentença que o condenou pela prática do crime de fraude à licitação (Lei nº 8.666, art. 96, III).

Inicialmente, registro que, em 17.09.2009, foi realizado pregão eletrônico para registro de preços ofertados pela empresa AMDATA PEÇAS E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA LTDA. para aquisição, pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, de kits de manutenção e fotocondutores para impressoras Lexmark, conforme especificações contidas no Anexo I do Edital (fls. 06/19).

Na descrição do material, havia menção expressa de que os kits de manutenção a ser fornecidos deveriam ser originais de fábrica, novos, e não remanufaturados ou reconicionados.

Logo após a entrega dos kits pela empresa, estes começaram a apresentar problemas, conforme esclarece o ofício encaminhado pelo Diretor da Divisão de Aquisições e Acompanhamento de Contratos à Diretora do Núcleo de Compras, Licitações e Contratos da Justiça Federal em São Paulo (fls. 51).

Paralelamente, foi solicitada à empresa fabricante (Lexmark) a realização de laudo técnico (fls. 63/64), que concluiu que os materiais fornecidos pela empresa AMDATA, que continham a marca MTR INFORMÁTICA, não eram originais, tratando-se de produto remanufaturado/reconicionado.

Assim, a *materialidade* do delito está devidamente comprovada, não só pelos documentos acima citados, mas também pelo laudo pericial (fls. 368/371), que constatou que os kits de manutenção para impressoras Lexmark entregues pela empresa vencedora do certame eram remanufaturados, reconicionados e não originais, em contrariedade aos termos expressos no pregão (fls. 43).

A *autoria*, por sua vez, também está suficientemente demonstrada, não obstante a negativa do réu.

Instaurado inquérito policial para apuração do crime de fraude à licitação, foi determinada a oitiva dos representantes legais da empresa, Marcelo de Almeida e Kelli Kessia Moreira Costa.

Marcelo, quando ouvido pela autoridade policial (fls. 299/300), disse que foi sócio da empresa AMDATA entre 2007 e 2011, mas que apenas compunha o quadro social, sem poderes de administração, e que essa atividade ficava a cargo de ANDRÉ LUÍS DE AZEVEDO, que embora gerisse os negócios, nunca figurou no contrato social da empresa. Disse nada saber sobre o assunto investigado.

Kelli, por sua vez, quando ouvida na delegacia de polícia (fls. 302/304), declarou ter trabalhado na empresa MTR INFORMÁTICA LTDA., na função de vendedora, e que essa empresa e a AMDATA eram administradas pela mesma pessoa, o senhor ANDRÉ LUÍS DE AZEVEDO. Disse que, embora a empresa AMDATA tivesse outros sócios, ANDRÉ era quem efetivamente geria os negócios, e que a determinação para a compra dos produtos remanufaturados e entrega para o Tribunal partiu dele.

Em juízo (mídia a fls. 543), Marcelo e Kelli confirmaram as declarações anteriores.

Sobre os fatos narrados na denúncia, Marcelo afirmou que ANDRÉ fez a entrega do material (peças de manutenção de impressoras). Disse que nunca teve contato com a parte administrativa, e que assinava os documentos que ANDRÉ determinava, inclusive relacionados às licitações.

Já a testemunha Kelli afirmou que era a responsável pelos processos licitatórios, mas não pela compra do material, apenas pela entrega. Disse que enviou o material, que havia sido conferido pelo setor de compras, ao Tribunal, e que depois foram relatados problemas. A testemunha afirmou que ANDRÉ supervisionava todos os procedimentos da empresa.

Também foi ouvida em juízo a testemunha Ângela Maria Marota Saraiva Ribeiro (mídia a fls. 542), que figurava como sócia da empresa AMDATA. Ângela disse em seu depoimento que trabalhava na MTR INFORMÁTICA, e que o acusado ANDRÉ era o dono da empresa. Quanto à AMDATA, afirmou que a empresa foi criada por ANDRÉ para trabalhar na parte de serviços, dentro da MTR. Disse que trabalhava na área de vendas, e que houve reclamação quanto aos produtos fornecidos. Quanto ao contrato social da empresa AMDATA, Ângela afirmou que constava como sócia junto com Marcelo de Almeida, mas na realidade ambos trabalhavam como empregados, e nunca exerceram a administração.

Já o acusado, em suas declarações perante a autoridade policial (fls. 365/366), disse ser empresário no ramo de informática, sendo sócio majoritário da empresa MTR INFORMÁTICA LTDA. Sobre a empresa AMDATA PEÇAS E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA, declarou que apenas prestava serviços de reparo, e que o proprietário desta empresa é Marcelo Almeida. Mencionou que o vínculo existente entre essas empresas era apenas a prestação de serviços. Sobre o fornecimento dos produtos para o Tribunal, o declarante afirmou que a MTR fornecia etiquetas de garantia para a AMDATA, para colocação nas peças reparadas, mas disse acreditar ter ocorrido um erro no manuseio do material encaminhado ao Tribunal, gerando com isso um grande prejuízo para a MTR.

Em seu interrogatório em juízo (mídia a fls. 552), o acusado disse que a AMDATA foi criada para atender a prestação de serviços relativos aos contratos fechados pela MTR INFORMÁTICA, e que, na ocasião, Marcelo teria se prontificado a “cuidar da empresa”, e que Ângela ficaria responsável pelas vendas de produtos e serviços. O acusado afirmou não ter conhecimento acerca de todos os contratos da AMDATA, e que a funcionária Kelli foi a pessoa responsável por acompanhar a entrega do material para o Tribunal. Sobre a entrega de material reconcondicionado, o acusado justificou-se com a afirmação de que pode ter havido confusão no momento da devolução do lote que apresentara problemas, e que o primeiro lote entregue era original.

Saliente-se que o acusado apresentou versão confusa e dissociada dos demais elementos de prova ao tentar justificar a entrega de material diverso daquele especificado no edital de licitação. Para tanto, afirmou não ter participado do processo licitatório, cujos documentos não tem sua assinatura, e que as pessoas responsáveis por cuidar dos processos o acusam como sendo o autor do fato. Sobre a afirmação de que o primeiro lote de material entregue ao Tribunal seria original, não há qualquer prova nos autos nesse sentido.

Assim, está devidamente demonstrado que o apelante, na qualidade de administrador de fato da empresa vencedora do certame, é o autor do crime de fraude à licitação, não sendo o caso de falar-se em insuficiência de provas de sua participação no delito, já que isso deriva do cotejo do conjunto probatório formado ao longo da persecução penal, inclusive a prova oral produzida em juízo, e, no caso, do cotejo feito não surge dúvida alguma, pois a versão do apelante, de que não tinha conhecimento acerca do fornecimento de materiais remanufatu-

rados ao Tribunal, em flagrante violação aos termos do contrato, está dissociada dos demais elementos probatórios constantes dos autos.

Não é necessária prova da assinatura do apelante nos documentos relativos ao procedimento licitatório para que ocorra a sua responsabilização pela conduta delitiva, já que, por ser o administrador de fato da empresa, era responsável por suas decisões, inclusive em relação à compra e entrega de mercadoria diversa daquela que é objeto do contrato com o Tribunal.

Cumprir registrar que o apelante, no final de seu interrogatório (aos 29:37 da reprodução), admitiu que supervisionava a entrega de materiais que eram objeto de reclamações dos clientes.

Ademais, a defesa não se desincumbiu do ônus atribuído pelo art. 156, primeira parte, do Código de Processo Penal, que determina que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”.

Por fim, saliente-se que, ainda que não tenha sido demonstrada a obtenção de vantagem pessoal por parte do acusado, a ocorrência da lesão aos cofres públicos federais é incontestada na medida em que foi entregue material de qualidade inferior àquele previsto no edital de licitação do Tribunal Regional Federal da 3ª Região para as impressoras Lexmark.

Portanto, *mantenho a condenação* de ANDRÉ LUÍS DE AZEVEDO pela prática do crime previsto no art. 96, III, da Lei nº 8.666/93.

Passo ao reexame da *dosimetria da pena*.

Na *primeira fase*, o juízo *a quo* fixou a pena-base privativa de liberdade em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de detenção, acima do mínimo legal, em razão das circunstâncias do delito, considerando que o acusado se valeu de interpostas pessoas para a prática delitiva, que figuravam como sócios no contrato social da empresa AMDATA.

Em que pese a circunstância de constarem outras pessoas como responsáveis legais da empresa vencedora da licitação, a AMDATA PEÇAS E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA LTDA., não há nos autos qualquer demonstração de que a criação desta empresa, por meio de interpostas pessoas, tinha como objetivo fraudar licitações, motivo pelo qual essa circunstância não pode ser valorada em desfavor do acusado.

No que se refere à *pena de multa*, observo que a sua fixação em R\$ 1.429,44 (mil quatrocentos e vinte e nove reais e quarenta e quatro centavos), correspondente a 3% (três por cento) do valor empenhado para cumprimento da contratação, deve ser mantida, eis que fixada consoante determina o art. 99 da Lei nº 8.666/93.

Assim, ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis (CP, art. 59), acolho o pedido do apelante e reduzo a pena-base privativa de liberdade para 3 (três) anos de detenção.

Na *segunda fase*, não foram reconhecidas circunstâncias agravantes ou atenuantes, o que confirmo, e, na *terceira fase*, não foram aplicadas causas de aumento ou de diminuição, de modo que a pena privativa de liberdade fica definitivamente fixada em 3 (*três*) anos de detenção.

O juízo *a quo* fixou o regime semiaberto para início do cumprimento da pena privativa de liberdade, tendo em vista a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis. No entanto, considerando o *quantum* da pena ora estabelecida e que essas circunstâncias foram afastadas, fixo o *regime aberto* para início do cumprimento da pena privativa de liberdade (CP, art. 33, § 2º, “c”).

Presentes os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, *substituo* essa pena por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública, em local a ser definido pelo juízo da execução penal, pelo prazo da pena corporal substituída, e prestação pecuniária no montante de 5 (cinco) salários mínimos, em

favor de entidade assistencial a ser definida pelo Juízo das Execuções Penais, que se mostram suficientes à prevenção e repressão do delito.

Posto isso, *DOU PARCIAL PROVIMENTO* à apelação para reduzir a pena-base, fixar o regime aberto para início do cumprimento da pena privativa de liberdade e substituir essa pena por duas penas restritivas de direitos, ficando a pena definitiva estabelecida em 3 (três) anos de detenção, em regime inicial aberto, e multa de R\$ 1.429,44 (mil quatrocentos e vinte e nove reais e quarenta e quatro centavos), nos termos da fundamentação supra.

*É o voto.*

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

## **APELAÇÃO CRIMINAL**

**0000220-41.2016.4.03.6103**

Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA

Apelada: MELQUIZEDEC MANOEL DA SILVA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/01/2020

### **EMENTA**

PENAL E PROCESSO PENAL. INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÕES. ART. 313-A, DO CP. ATRIBUIÇÃO DE MÚLTIPLOS NÚMEROS DE CPF A UMA MESMA PESSOA FÍSICA. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO DEMONSTRADOS. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA NO PATAMAR MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, II, “G”, DO CP, AFASTADA. CONTINUIDADE DELITIVA. MAJORAÇÃO DA PENA EM 1/5 (UM QUINTO). SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS.

1- O delito de “inserção de dados falsos em sistema de informações” ou “peculato eletrônico” é misto alternativo (ou de ação múltipla), que possui, no seu bojo, vários verbos nucleares, quais sejam: “inserir” (introduzir, implantar, incluir), “facilitar a inserção” (auxiliar, tornar fácil a inserção), “alterar” (mudar, modificar) e “excluir” (remover, afastar, eliminar), de modo que, praticada quaisquer das condutas descritas, estará consumado o crime. Inclusive, a prática, em um mesmo contexto fático, de dois ou mais dos comportamentos previstos, enseja, em princípio, a responsabilização por uma única infração penal, não se havendo de falar em concurso de crimes.

2- Para que se possa atribuir a um sujeito a autoria do delito de “inserção de dados falsos em sistema de informações”, é indispensável a presença do dolo, isto é, da vontade livre e consciente de inserir/facilitar a inserção de dados sabidamente falsos (ou de alterar/excluir indevidamente dados corretos) em sistema ou banco de dados da Administração, bem como é imprescindível que o agente atue com a especial finalidade (elemento subjetivo que transcende ao dolo) de causar dano ou de obter vantagem indevida (de qualquer natureza) para si ou para outrem.

3- Embora seja indispensável, para a caracterização deste crime, que o agente atue com o especial propósito de causar dano ou obter vantagem indevida (elemento subjetivo que transcende ao dolo), não se exige a efetiva produção de um resultado naturalístico para a sua consumação. Por se tratar de delito cuja natureza é formal, estará consumado o crime independentemente de ter havido concretização do dano ou efetiva obtenção da vantagem indevida almejada (circunstâncias que representam mero exaurimento). A consumação se dá com a inserção dos dados falsos, independentemente da ocorrência de qualquer resultado material.

4- Trata-se de crime próprio, que somente pode ser praticado por funcionário público (ou alguém a ele equiparado, nos termos do art. 327, *caput* e respectivos parágrafos, do CP). Além disso, apenas pode figurar como sujeito ativo o funcionário público que, além de ostentar essa qualidade, é autorizado a acessar/operar, por meio de senha ou qualquer outro comando, determinado sistema de informações da Administração



Pública não aberto a outros funcionários ou ao público em geral. Em se tratando o agente de funcionário público “não autorizado”, ficará afastada a subsunção dos fatos ao tipo penal previsto no art. 313-A do CP, podendo se caracterizar, nessa hipótese, o delito de falsidade ideológica (inteligência do art. 299 do CP) ou, ainda, o delito previsto no art. 313-B do Código Penal, por exemplo.

5- O bem jurídico tutelado é a probidade administrativa, a moralidade e o patrimônio público, além da confiabilidade social nos sistemas e/ou banco de dados mantidos pela Administração Pública e respectivo conjunto de informações neles contidas, razão pela qual não se há de falar em aplicação do princípio da insignificância.

6- No caso concreto, o réu, tecnologista lotado em uma das Delegacias da Receita Federal, foi acusado de praticar o delito previsto no artigo 313-A do Código Penal, uma vez que teria inserido “dados falsos nos sistemas informatizados da Receita Federal do Brasil, com o fim de obter vantagem indevida para outrem”. De acordo com a denúncia, o réu, “de modo ardiloso, valeu-se de uma das vulnerabilidades do Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda - o não processamento de formulários MIA (Modelo de Inscrição e Atualização do CPF) na época própria - , que gerou a oportunidade de aproveitar inscrições válidas, mas não incluídas na base de dados do CPF, para atribuir mais de um número à mesma pessoa física, mediante alteração de alguns dados (por exemplo, nome da mãe e inserção de números de títulos de eleitor falsos)”. O réu foi absolvido, sob o fundamento de que faltaria “prova suficiente da materialidade do crime”, uma vez que não teria sido demonstrada (e nem descrita da denúncia) qual teria sido a vantagem indevida supostamente almejada como consequência da inserção dos dados falsos. Argumentou-se no corpo da r. sentença que, embora não se exija, para a consumação do delito previsto no art. 313-A do CP, que a vantagem ou dano efetivamente ocorram, “é indispensável que o agente tenha em vista a vantagem ou o dano como especiais fins de agir, sem o que a infração penal não se caracteriza”. De acordo com o r. juízo *a quo*, “a instrução processual penal tampouco reuniu elementos de convicção suficientes da existência de dolo”, de modo que não haveria como afirmar, com certeza, “que o réu tenha feito tais inserções sabendo da falsidade das informações”.

7- Todavia, a r. sentença merece reforma, uma vez que as provas amealhadas demonstraram a materialidade, a autoria e a inequívoca presença do dolo.

8- Embora o r. juízo *a quo* tenha argumentado que não haveria como afirmar, com certeza, “que o réu tenha feito tais inserções sabendo da falsidade das informações”, assiste razão ao MPF quando alega que a presença do dolo é evidente, já que “o denunciado desconsiderou várias vezes as telas de alerta do sistema no que diz respeito à inconsistência do título de eleitor na base de dados do TSE e existência de homônimos”, o que “denota não um descuido, um desleixo, uma falta de atenção, mas a intenção clara de inserir dados falsos e de proporcionar vantagem indevida a terceiro”. Considerando que o sistema da Receita Federal emitia, na época, alertas aos servidores caso o número do título de eleitor fornecido pelo contribuinte não constasse da base de dados do TSE, e tendo em vista que os CPFs considerados irregulares foram obtidos graças ao agente ter omitido, ao inserir os dados no sistema, o número do título de eleitor, não poderia ser outra a conclusão senão a de que o réu tinha plena ciência acerca da falsidade dos dados por ele inseridos. Conforme bem salientou o MPF, não é verossímil que um servidor experiente como o réu, que trabalhava há anos na Receita Federal, tenha prosseguido na inclusão dos dados sem indagar ao contribuinte

qual seria o número correto de seu título de eleitor ou duvidar da autenticidade de documento(s) supostamente apresentado(s) diante de um alerta de homonímia, por exemplo, ainda mais tratando-se de registro relacionado à denominada “faixa de MIA” (época em que o sistema era mais vulnerável a fraudes). Note-se que, ao menos em relação a um dos três CPFs considerados irregulares, não há dúvida de que o sistema emitiu alerta de homonímia, já que o nome do contribuinte e a data de nascimento inseridos para inclusão desta inscrição foram idênticos aos que constavam do cadastro considerado regular pela Receita Federal.

9- Além disso, ficou demonstrado que o réu utilizou artifícios semelhantes, tais como o acréscimo da partícula “de” no nome do titular, inversão dos numerais correspondentes ao dia do nascimento, alteração das letras do nome da mãe, inclusão de número de título de eleitor inexistente, etc, para atribuir múltiplos CPFs a outras sete pessoas (*vide* relatório elaborado pela Corregedoria da Receita Federal do Brasil), o que reforça a convicção de que houve dolo.

10- É incontroverso que não se exige a produção de um resultado naturalístico para a consumação do crime previsto no art. 313-A do Código Penal. Por se tratar de delito cuja natureza é formal, estará consumado o crime independentemente de ter havido concretização do dano ou efetiva obtenção da vantagem indevida almejada pelo agente (circunstâncias que representam mero exaurimento). Inclusive, foi este o posicionamento adotado pelo r. juízo *a quo* ao argumentar, no corpo da r. sentença, que, embora não se exija, para a consumação deste delito, que a vantagem ou dano efetivamente ocorram, “é indispensável que o agente tenha em vista a vantagem ou o dano como especiais fins de agir, sem o que a infração penal não se caracteriza”. De fato, para que se possa atribuir a um sujeito a autoria do delito de “inserção de dados falsos em sistema de informações”, é imprescindível que o agente atue com a especial finalidade (elemento subjetivo que transcende ao dolo) de causar dano ou de obter vantagem indevida (de qualquer natureza) para si ou para outrem, o que não significa dizer que o resultado naturalístico almejado deva necessariamente ocorrer. Ocorre que, no caso em questão, tudo leva a crer que o réu agiu sim com o especial propósito de obter vantagem indevida para outrem ao atribuir, por meio da inserção de dados sabidamente falsos no sistema informatizado da Receita Federal do Brasil, três números diferentes de CPF à mesma pessoa física. Embora o r. juízo *a quo* tenha argumentado que não teria sido demonstrada (e nem descrita da denúncia) qual teria sido a vantagem indevida supostamente almejada como consequência da inserção dos dados falsos, o que se observa é que a exordial descreveu com clareza que um dos CPFs irregulares “se achava suspenso, com a declaração de ajuste anual do IRPF do exercício de 2005 em aberto, assim como débito no valor de R\$11.795,46” e que o outro destes CPFs “encontrava-se suspenso com declaração de ajuste anual do IRPF de vários exercícios em aberto e débito no valor de R\$ 36,87”, o que ficou comprovado pelos documentos acostados aos autos. Portanto, não poderia ser outra a conclusão senão a de que a conduta atribuída ao ora apelado foi praticada com a especial finalidade de prejudicar a fiscalização e o controle, por parte do Fisco, do cumprimento das obrigações tributárias relacionadas ao Imposto de Renda devido pelo titular dos CPFs irregulares (ou pessoa que tenha, eventualmente, se passado por ele).

11- Quanto à dosimetria, a pena-base deve ser fixada em 2 (dois) anos de reclusão (patamar mínimo legal), por não se vislumbrar a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

12- Na segunda fase, não se reconhece a presença de circunstâncias agravantes ou atenuantes. A despeito do que alegou o MPF, é evidente que eventual violação de dever inerente a cargo integra o tipo descrito no artigo 313-A do CP, já que a qualidade de funcionário público constitui elementar deste crime, de modo que é descabida, *in casu*, a incidência da agravante prevista no art. 61, II, “g”, do CP, sob pena de *bis in idem*.

13- Fixação da pena, ao final da terceira fase, em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, cada qual correspondente a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo (valor do salário mínimo vigente à época dos fatos e atualizado na forma da lei), ante a ausência de causas de aumento ou de diminuição.

14- Para a caracterização do crime continuado, o agente deve, mediante mais de uma ação ou omissão, praticar dois ou mais crimes, os quais devem, necessariamente, ser da mesma espécie, bem como deve o primeiro delito determinar o(s) subsequente(s), ou seja, ser a causa dos outros crimes, observadas as condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes. No caso concreto, foram identificadas três condutas subsequentes de inserção de dados falsos no sistema informatizado da Receita Federal, as quais foram praticadas nos dias 05.12.2005, 25.08.2006 e 02.08.2007 com a finalidade de atribuir a um mesmo titular três números diferentes de CPF. Considerando que o crime em questão não requer habitualidade ou reiteração da conduta, de modo que cada inserção de dados falsos configurou um delito autônomo, e tendo em vista que a fixação do aumento da pena em razão da continuidade delitiva deve ser proporcional à quantidade de ações perpetradas ou ao período de tempo pelo qual estas se prolongaram, conclui-se que a pena deve ser exasperada em 1/5 (um quinto).

15- Nos termos do art. 44, parágrafo 2º, do Código Penal, determina-se a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos.

16- A pena se torna definitiva em 02 (dois) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, em regime ABERTO, e 12 (doze) dias-multa, cada qual correspondente a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo (valor do salário mínimo vigente à época dos fatos e atualizado na forma da lei), ficando a pena privativa de liberdade substituída por duas penas restritivas de direitos, quais sejam, uma de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, e uma de prestação pecuniária, consistente no pagamento de 2 (dois) salários mínimos em favor de entidade pública ou privada com destinação social.

17- Apelação do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL a que se dá parcial provimento.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, DAR PARCIAL PROVIMENTO à Apelação do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, a fim de condenar o réu MELQUIZEDEC MANOEL DA SILVA pela prática do delito previsto no art. 313-A do CP e fixar a pena em 02 (dois) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, em regime ABERTO, e 12 (doze) dias-multa, ficando a pena privativa de liberdade substituída por duas penas restritivas de direitos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de dezembro de 2019.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

## RELATÓRIO

A EXMA. JUÍZA FEDERAL CONVOCADA MONICA BONAVINA:

Trata-se de Apelação interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (fls. 621/627) em face da r. sentença (fls. 613/616) proferida em 24.04.2018 pelo Exmo. Juiz Federal Renato Barth Pires (3ª Vara Federal de São José dos Campos-SP) que julgou improcedente o pedido contido na denúncia para *absolver* o réu MELQUIZEDEC MANOEL DA SILVA, nascido em 08.01.1955, da acusação relacionada à prática, por três vezes, do delito previsto no artigo 313-A do Código Penal.

Consta da denúncia que, nos dias 05.12.2005, 25.08.2006 e 02.08.2007, MELQUIZEDEC MANOEL DA SILVA, tecnologista lotado na Delegacia da Receita Federal de São José dos Campos-SP, *inseriu dados falsos nos sistemas informatizados da Receita Federal do Brasil, com o fim de obter vantagem indevida para outrem, a saber, o denunciado SÉRGIO CARDOSO SAMPAIO* (fls 50 v./51). Narra-se que, no dia 19.11.2010, SÉRGIO CARDOSO SAMPAIO compareceu à Delegacia da Receita Federal de São José dos Campos para requerer o cancelamento de três inscrições que constavam como sendo de sua titularidade na base de dados do Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), quais sejam, os registros de número 165.674.208-04, 073.166.666-68 e 205.748.368-10, sendo que, na ocasião, *verificou-se que houve fraude no momento de sua inscrição na base de dados do CPF, haja vista a multiplicidade de documentos emitidos em nome da mesma pessoa física, aliada à omissão de informações ou inserção de dados pessoais inconsistentes* (fl. 51). Consta terem sido apuradas divergências significativas entre os dados do CPF nº 150.153.958-25 (considerado regular pela RFB) e as outras três inscrições mencionadas, as quais continham informações ideologicamente falsas, tais como: acréscimo da partícula ‘DE’ no nome do titular (Sérgio Cardoso de Sampaio); alteração da grafia do sobrenome do interessado consistente na supressão da letra ‘S’ e inserção da letra ‘Z’ em Cardoso (Sérgio Cardozo Sampaio); nomes da mãe incorretos (Waldenice Cardozo Garcia, Margarida Cardoso Sampaio e Valdete Almeida Cardozo); dias de nascimento incorretos (03.03.1973, 13.03.1972) e títulos de eleitor inexistentes. Consta ter sido apurado que o CPF nº 165.674.208-04 se achava suspenso, com a declaração de ajuste anual do IRPF do exercício de 2005 em aberto, assim como débito no valor de R\$11.795,46 (fl. 51 v.) e que o CPF nº 205.748.368-10 encontrava-se suspenso com declaração de ajuste anual do IRPF de vários exercícios em aberto e débito no valor de R\$ 36,87. Por estas razões, e considerando que SÉRGIO CARDOSO SAMPAIO reconheceu as três inscrições no CPF com números distintos bem como sua utilização (fl. 51 v.), este corréu foi denunciado como incurso nas penas do art. 299 do CP, uma vez que teria feito *inserir declarações ideologicamente falsas em documentos públicos (três CPF’s), com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante* (fl. 52). Quanto ao corréu MELQUIZEDEC MANOEL DA SILVA, foi denunciado como incurso nas penas do art. 313-A do CP, uma vez que ele teria sido *o responsável pela inserção dos dados falsos de SÉRGIO nas três inscrições por ele utilizadas* (fl. 53). De acordo com a denúncia, MELQUIZEDEC MANOEL DA SILVA, *de modo ardiloso, valeu-se de uma das vulnerabilidades do Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda - o não processamento de formulários MIA (Modelo de Inscrição e Atualização do CPF) na época própria - , que gerou a oportunidade de aproveitar inscrições válidas, mas não incluídas na base de dados do CPF, para atribuir mais de um número à mesma pessoa física, mediante alteração de alguns dados (por exemplo, nome da mãe e inserção de números de títulos de eleitor falsos)* - fl. 53. Segundo consta, os fatos foram objeto de apuração interna por meio do Processo Administrativo Disciplinar - PAD nº 16302.000038/2013-41, no bojo do qual foi aplicada a pena de demissão a MELQUIZEDEC.

*Tipificação:* artigo 299, c.c. artigo 69, do Código Penal (em relação ao réu SÉRGIO CARDOSO SAMPAIO), e artigo 313-A, c.c. artigo 69, do Código Penal (em relação ao réu MELQUIZEDEC MANOEL DA SILVA).

O recebimento da denúncia deu-se, inicialmente, em 01.02.2016 (fls. 55/57). Contudo, ao se constatar que, em relação a MELQUIZEDEC MANOEL DA SILVA (funcionário público), não havia sido observado o rito especial estabelecido no art. 514 do CPP, declarou-se a nulidade, somente em relação ao mencionado corréu, do recebimento da denúncia (fl. 452).

Após a regular apresentação de defesa preliminar pela defesa de MELQUIZEDEC MANOEL DA SILVA (fls. 456/458), a denúncia oferecida em face dele foi, em 27.06.2017, regularmente recebida (fl. 459/461).

Em suma, o recebimento da denúncia em relação a SÉRGIO CARDOSO SAMPAIO deu-se em 01.02.2016 e, em relação a MELQUIZEDEC MANOEL DA SILVA, em 27.06.2017.

Quanto ao corréu SÉRGIO CARDOSO SAMPAIO, determinou-se, em 01.02.2017, a suspensão do andamento do processo e do curso do prazo prescricional, nos termos do *caput* do artigo 366 do Código de Processo Penal (fls. 449/450).

Sobreveio, em 24.04.2018, a r. sentença (fls. 613/616) que *absolveu* MELQUIZEDEC MANOEL DA SILVA da acusação relacionada à prática, por três vezes, do delito previsto no artigo 313-A do Código Penal, sob o fundamento de que faltaria *prova suficiente da materialidade do crime* (fl. 614 v.), uma vez que não foi demonstrada (e nem descrita da denúncia) qual teria sido a vantagem indevida supostamente almejada como consequência da inserção dos dados falsos. Argumentou-se que, embora não se exija, para a consumação do delito previsto no art. 313-A do CP, que a vantagem ou dano efetivamente ocorram, *é indispensável que o agente tenha em vista a vantagem ou o dano como especiais fins de agir, sem o que a infração penal não se caracteriza* (fl. 615). De acordo com o r. juízo *a quo*, *a instrução processual penal tampouco reuniu elementos de convicção suficientes da existência de dolo* (fl. 615 v.), de modo que não haveria como afirmar, com certeza, *que o réu tenha feito tais inserções sabendo da falsidade das informações* (fl. 615 v.).

Em relação ao corréu SÉRGIO CARDOSO SAMPAIO, por estar suspenso o andamento do processo, determinou-se o desmembramento dos autos originários, dando origem aos autos de nº 0001769-18.2018.403.6103, os quais foram distribuídos, por dependência, ao r. juízo *a quo* em 21.08.2018. (fls. 630 e 639).

Em suas razões de Apelação (fls. 621/627), o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL aduz que *a materialidade do crime e a presença do dolo foram cabalmente comprovadas* (fl. 622 v.) pelas provas constantes no feito, especialmente a Representação Fiscal e o Processo Administrativo Disciplinar.

Alega, em síntese, que:

a) *o crime previsto no art. 313-A do Código Penal tem natureza formal, consumando-se no momento da inserção dos dados falsos no sistema de informações, independentemente da obtenção de vantagem indevida ou da produção do dano* (fl. 622 v.);

b) *ainda que não tenha sido possível quantificar a vantagem indevida no presente caso, deve-se reconhecer que a mera inscrição de CPF 'adicional' por si só já constitui uma vantagem indevida, seja por permitir ou favorecer a prática de outros crimes (ex: crimes de falsidade ideológica e estelionato, através da abertura de contas bancárias, com a posterior obtenção de financiamentos ou empréstimos bancários, bem como a criação de empresas), seja por possibilitar a blindagem patrimonial e, assim, frustrar a satisfação do passivo da*



*pessoa natural. Isso sem falar do dano causado ao Fisco, no sentido de que as atividades de controle e fiscalização do cumprimento de obrigações tributárias são gravemente prejudicadas pelo fato de uma mesma pessoa natural ter mais de uma inscrição no CPF (fl. 623);*

c) a presença do dolo é inegável, já que *o denunciado desconsiderou várias vezes as telas de alerta do sistema no que diz respeito à inconsistência do título de eleitor na base de dados do TSE e existência de homônimos (fl. 624 v.), o que denota não um descuido, um desleixo, uma falta de atenção, mas a intenção clara de inserir dados falsos e de proporcionar vantagem indevida a terceiro (fl. 624 v.).* De acordo com o MPF, o sistema da RFB proporcionava aos servidores alertas de que o número do título de eleitor fornecido pelo contribuinte não constava na base de dados de TSE, de modo que não seria crível que, diante de um alerta dessa natureza, o servidor prosseguisse na inclusão de dados sem indagar ao contribuinte se o número estava correto ou duvidar da autenticidade do documento apresentado para comprovação;

d) a presença do dolo ficou também evidenciada pelo fato de que a conduta descrita na denúncia *não consistiu em um caso isolado (fl. 626), já que, de acordo com relatório elaborado pela Corregedoria da Receita Federal do Brasil (vide fls. 253/257), MELQUIZEDEC MANOEL DA SILVA teria concluído inclusões para mais 6 (seis) outros contribuintes (André Vieira de Oliveira, Amarildo Resende da Silva, Ronaldo Almeida Machado, Flávio Henrique Almeida, Inácio Tarcizo Honório e Esequiel Ambrózio Teixeira), utilizando a mesma sistemática de inserção de dados fictícios e informações inconsistentes (fl. 626);*

e) *deve incidir a agravante do art. 61, II, g, do Código Penal, na medida em que a inserção dos dados falsos deu-se no exercício do cargo e em flagrante violação de dever funcional, circunstâncias que não fazem parte do respectivo tipo penal e devem ser valoradas negativamente na fixação do quantum da reprimenda (fl. 627).*

Recebido o recurso, com contrarrazões (fls. 632/636), subiram os autos a esta Egrégia Corte.

Oficiando nesta instância, o órgão ministerial opinou pelo conhecimento e provimento do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Federal (fls. 641/643).

*É o relatório.*

*À revisão.*

Juíza Federal Convocada MONICA BONAVIDA

## VOTO

O DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS:

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DELITO PREVISTO NO ART. 313-A DO CÓDIGO PENAL

O art. 313-A do Código Penal, assim dispõe:

Art. 313-A. Inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

O delito de “*inserção de dados falsos em sistema de informações*” ou “*peculato eletrônico*” é misto alternativo (ou de ação múltipla), que possui, no seu bojo, vários verbos nucleares, quais sejam: “*inserir*” (introduzir, implantar, incluir), “*facilitar a inserção*” (auxiliar, tornar fácil a inserção), “*alterar*” (mudar, modificar) e “*excluir*” (remover, afastar, eliminar), de modo que, praticada quaisquer das condutas descritas, estará consumado o crime. Inclusive, a prática, em um mesmo contexto fático, de dois ou mais dos comportamentos previstos, enseja, em princípio, a responsabilização por uma única infração penal, não se havendo de falar em concurso de crimes.

Além disso, para que se possa atribuir a um sujeito a autoria do delito de *inserção de dados falsos em sistema de informações*, é indispensável a presença do *dolo*, isto é, da vontade livre e consciente de inserir/facilitar a inserção de dados sabidamente falsos (ou de alterar/excluir indevidamente dados corretos) em sistema ou banco de dados da Administração, bem como é imprescindível que o agente atue com a especial finalidade (elemento subjetivo que transcende ao dolo) de causar dano ou de obter vantagem indevida (de qualquer natureza) para si ou para outrem.

Atente-se que, embora seja indispensável, para a caracterização deste crime, que o agente atue com o especial propósito de causar dano ou obter vantagem indevida (elemento subjetivo que transcende ao dolo), não se exige a efetiva produção de um resultado naturalístico para a sua consumação. Por se tratar de delito cuja natureza é *formal*, estará consumado o crime independentemente de ter havido concretização do dano ou efetiva obtenção da vantagem indevida almejada (circunstâncias que representam mero exaurimento). A consumação se dá com a inserção dos dados falsos, independentemente da ocorrência de qualquer resultado material.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 313-A DO CÓDIGO PENAL. INSERÇÃO DE DADOS FALSOS NO SISTEMA INFORMATIZADO DO INSS. OBTENÇÃO INDEVIDA DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA REJEITADA. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. DOSIMETRIA DAS PENAS MANTIDA. PENAS DE MULTA REDIMENSIONADAS.

(...)

4. Restou demonstrado que foram inseridas informações falsas nos sistemas informatizados do INSS com o fim de garantir que a segurada cumprisse a carência necessária à concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, de modo que deve ser mantida a condenação das apelantes pela prática do crime previsto no art. 313-A do Código Penal.

5. O delito em questão, por ser crime formal, não exige a comprovação da ocorrência de resultado naturalístico para a sua consumação. Portanto, é irrelevante para a sua configuração a demonstração da efetiva obtenção de vantagem indevida.

6. A conduta narrada na denúncia - inserção de dados falsos no sistema da Previdência a fim de obter vantagem para si ou para outrem - subsume-se ao delito tipificado no art. 313-A do Código Penal, que foi aplicado com base no princípio da especialidade.

(...)

11. Apelações desprovidas.

(TRF3, Décima Primeira Turma, ApCrim 0007023-87.2014.4.03.6110, Rel. Nino Tol-  
do, DJF3 Judicial 1 de 11.02.2019)

APELAÇÕES CRIMINAIS. ARTIGOS 171 §3º e 313-A DO CÓDIGO PENAL. INSERÇÃO DE DADOS FALSOS NO SISTEMA INFORMATIZADO DO INSS VISANDO À CONCESSÃO DE APOSENTADORIA INDEVIDA. NULIDADE AFASTADA. PRESCRIÇÃO NÃO VERIFICADA. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. DOSIMETRIA. REGIME ABERTO.

### SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. REQUISITOS PREENCHIDOS.

*Crime formal, não exigindo para sua consumação a ocorrência de resultado naturalístico. Consuma-se, portanto, com a prática de qualquer uma das condutas descritas no tipo penal, independentemente de efetiva obtenção de vantagem indevida ou ocorrência de prejuízo, que configuram exaurimento do crime.* Segundo a acusação, a ré foi contratada para intermediar o requerimento do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição. Por sua vez, o outro réu, então servidor do INSS, tinha a incumbência de inserir dados falsos no sistema da autarquia, com a finalidade de garantir o êxito do requerimento do benefício. *A conduta imputada aos acusados subsume-se ao crime descrito no art. 313-A do Código Penal.* Prescrição afastada. Pena em concreto.

(...)

Apelação do réu a que se nega provimento. Apelação da ré a que se dá parcial provimento. (TRF3, Décima Primeira Turma, ApCrim 0008014-32.2015.4.03.6109, Rel. José Lunardelli, e-DJF3 Judicial 1 de 07.01.2019)

Trata-se de crime próprio, que somente pode ser praticado por funcionário público (ou alguém a ele equiparado, nos termos do art. 327, *caput* e respectivos parágrafos, do CP). Além disso, apenas pode figurar como sujeito ativo o funcionário público que, além de ostentar essa qualidade, é autorizado a acessar/operar, por meio de senha ou qualquer outro comando, determinado sistema de informações da Administração Pública não aberto a outros funcionários ou ao público em geral. Em se tratando o agente de funcionário público “não autorizado”, ficará afastada a subsunção dos fatos ao tipo penal previsto no art. 313-A do CP, podendo se caracterizar, nessa hipótese, o delito de falsidade ideológica (inteligência do art. 299 do CP) ou, ainda, o delito previsto no art. 171, parágrafo 3º, do Código Penal, por exemplo.

O bem jurídico tutelado é a probidade administrativa, a moralidade e o patrimônio público, além da confiabilidade social nos sistemas e/ou banco de dados mantidos pela Administração Pública e respectivo conjunto de informações neles contidas, razão pela qual não se há de falar em aplicação do princípio da insignificância.

Nesse sentido, colaciono os seguintes julgados:

PENAL. PROCESSO PENAL. INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA INFORMATIZADO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CP, ART. 313-A. NULIDADES. CESSAÇÃO DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PÚBLICA. ART. 514 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INAPLICABILIDADE. DEFESA DO ART. 514 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. OMISSÃO. PREJUÍZO. COMPROVAÇÃO. EXIGIBILIDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRETENSÃO PREJUDICADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. STJ, SÚMULA N. 444. APELAÇÕES DESPROVIDAS.

1. Conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal, o procedimento previsto no art. 514 do Código de Processo Penal não é aplicado se o funcionário público deixou de exercer a função na qual estava investido (STF, AP n. 465, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 24.04.14; STF, RHC n. 114116, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11.12.12 e STF, HC n. 110361, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 05.06.12).

2. Embora o inquérito policial não supra a defesa prevista no art. 514 do Código de Processo Penal, a omissão desta somente enseja nulidade se comprovado o efetivo prejuízo, consoante os precedentes do Supremo Tribunal Federal. (STF, Ag. Reg. no RHC n. 121.094, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 19.08.14 e STF, RHC n. 120.569, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 11.03.14). Para o Supremo Tribunal Federal, a prolação de sentença condenatória prejudica a

alegação de nulidade por inobservância do art. 514 do Código de Processo Penal (STF, RHC n. 12.7296, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 12.06.15 e STF, Ag. Reg. no RHC n. 121094, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 19.08.14).

3. *Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, é inaplicável o princípio da insignificância aos crimes cujo objeto jurídico é a Administração Pública, não só no seu aspecto material mas também no moral, como sucede nos casos de peculato e inserção de dados falsos em sistema de informações (STJ, HC n. 165.725, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 16.06.11; REsp n. 1378710, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 20.06.13, decisão monocrática; TRF da 3ª Região, ACR n. 00063043820044036181, Rel. Des. Fed. Antonio Cedenho, j. 30.01.13).*

4. Comprovadas a materialidade e a autoria do delito, é mantida a condenação da ré.

5. Dosimetria. No tocante a personalidade voltada para o crime, em consideração às condenações da ré pelo mesmo delito por outros fatos, não cabe valorá-los em prejuízo da ré sem a comprovação de trânsito em julgado, conforme dispõe a Súmula n. 444 do Superior Tribunal de Justiça.

6. Preliminar rejeitada.

7. Apelações desprovidas.

(TRF3, Quinta Turma, ApCrim 0009695-23.2013.4.03.6104, Rel. ANDRÉ NEKATSCHALOW, e-DJF3 Judicial 1 de 18.10.2019)

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. ART. 313-A DO CP. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE.

1. *O princípio da insignificância não é aplicável ao caso, ainda que seja de pequeno valor o prejuízo causado aos cofres da União, pois há um alto grau de reprovabilidade na conduta, que atinge a coletividade como um todo e a moralidade administrativa.*

2. Apelação provida.

(TRF3, Décima Primeira Turma, ApCrim 0006637-46.2012.4.03.6104, Rel. Nino Toldo, e-DJF3 Judicial 1 de 02.10.2019)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DE INFORMÁTICA. CADASTRO DO BOLSA FAMÍLIA. ART. 313-A DO CP. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO APLICAÇÃO. SAQUES DO BENEFÍCIO DEPOSITADO EM CONTA DA AGENTE. ESTELIONATO. ART. 171, PARÁGRAFO 3º, DO CP. DOLO NÃO COMPROVADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE COISA HAVIDA POR ERRO.

- Comete o crime do art. 313-A do CP o agente que, na condição de menor aprendiz da Secretaria Municipal de Desenvolvimento Social e Trabalho (SEDEST) de Petrolina/PE, lotado no setor responsável pelo cadastro do Bolsa Família, insere dados falsos no sistema de informática com o objetivo de beneficiar terceiro que não preenchia os requisitos para integrar o referido programa de transferência de renda. Inteligência do art. 327, parágrafo 1º, do CP.

- *O delito tipificado no art. 313-A do Código Penal é modalidade de crime contra a administração pública, que resguarda, não apenas a dimensão material, mas, principalmente, a moralidade administrativa, insuscetível de valoração econômica, razão pela qual a ele não se aplica o princípio da insignificância. Precedente citado: STJ, AgRg no REsp n. 1.382.289/PR, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJE 11/6/2014.* Hipótese, ademais, em que o valor total recebido pela apelante beneficiada pelo Bolsa Família perfaz o montante de R\$ 2.652,00, o qual supera em muito o salário mínimo vigente à época do fato e, ausente de dúvida, não pode ser tido como valor irrisório.

- “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal” (Súmula 231 do STJ). Entendimento consolidado na jurisprudência com reconhecimento da repercussão geral da matéria pelo STF, que reafirmou a orientação no sentido de que “circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do

mínimo legal” (RE 597.270-RG-QO/RS). Pena mantida em 2 (dois) anos de reclusão, o mínimo previsto em lei para o crime do art. 313-A do Código Penal.

- Não provimento do apelo interposto pelo agente responsável pela inserção de dados falsos em sistema informatizado da Administração Pública.

(...)

- Apelação do réu não provida e apelação da ré provida, em parte, para desclassificar a conduta descrita na denúncia para a do art. 169 do CP, com a fixação de nova pena.

(TRF5, Quarta Turma, ACR - Apelação Criminal - 13833 0000028-69.2015.4.05.8308, Rel. Rubens de Mendonça Canuto, DJE de 12.08.2016, Página 160)

Feitas essas breves considerações, passa-se à análise dos fatos descritos na presente denúncia.

### ANÁLISE DO CASO CONCRETO

MELQUIZEDEC MANOEL DA SILVA, tecnologista lotado na Delegacia da Receita Federal de São José dos Campos-SP, foi acusado de praticar, por três vezes, o delito previsto no artigo 313-A do Código Penal, uma vez que, nos dias 05.12.2005, 25.08.2006 e 02.08.2007, teria inserido *dados falsos nos sistemas informatizados da Receita Federal do Brasil, com o fim de obter vantagem indevida para outrem, a saber, o denunciado SÉRGIO CARDOSO SAMPAIO* (fls 50 v./51). De acordo com a denúncia, MELQUIZEDEC MANOEL DA SILVA, *de modo ardiloso, valeu-se de uma das vulnerabilidades do Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda - o não processamento de formulários MIA (Modelo de Inscrição e Atualização do CPF) na época própria - , que gerou a oportunidade de aproveitar inscrições válidas, mas não incluídas na base de dados do CPF, para atribuir mais de um número à mesma pessoa física, mediante alteração de alguns dados (por exemplo, nome da mãe e inserção de números de títulos de eleitor falsos) - fl. 53.*

Ocorreu que MELQUIZEDEC MANOEL DA SILVA foi absolvido, sob o fundamento de que *faltaria prova suficiente da materialidade do crime* (fl. 614 v.), uma vez que não teria sido demonstrada (e nem descrita da denúncia) qual teria sido a vantagem indevida supostamente almejada como consequência da inserção dos dados falsos. Argumentou-se no corpo da r. sentença que, embora não se exija, para a consumação do delito previsto no art. 313-A do CP, que a vantagem ou dano efetivamente ocorram, *é indispensável que o agente tenha em vista a vantagem ou o dano como especiais fins de agir, sem o que a infração penal não se caracteriza* (fl. 615). De acordo com o r. juízo a quo, *a instrução processual penal tampouco reuniu elementos de convicção suficientes da existência de dolo* (fl. 615 v.), de modo que não haveria como afirmar, com certeza, *que o réu tenha feito tais inserções sabendo da falsidade das informações* (fl. 615 v.).

A r. sentença merece reforma, uma vez que as provas amealhadas demonstraram a materialidade, a autoria e a inequívoca presença do dolo.

Por oportuno, relaciono os elementos de prova dos quais se pode extrair tal conclusão:

a) Memorando encaminhado pela Delegacia da Receita Federal de São José dos Campos-SP em que consta a informação de que o *login* e a senha pertencentes ao servidor MELQUIZEDEC MANOEL DA SILVA, tecnologista do Ministério da Fazenda, foram utilizados para a inserção dos dados naquelas datas (fls. 14/15).

b) Folhas de Ponto que demonstram a presença de MELQUIZEDEC MANOEL DA SILVA na Delegacia da Receita Federal de São José dos Campos-SP nas datas e horários em que foram feitas as aludidas inserções (fls. 120/122 e 480/482).



c) Parecer DRF/SJC/SECAT/SP nº 478/2012, em que consta que houve multiplicidade de inscrições em nome de SÉRGIO CARDOSO SAMPAIO e que, em relação a dois desses CPFs irregulares, havia débitos de imposto de renda *em aberto* que, naquela data (26.11.2012), totalizavam R\$ 11.795,46 e R\$ 36,87 (fls. 312 v./313).

d) Relatório elaborado nos autos da representação fiscal para fins penais DRF/SJC/SECAT/SP nº 219/2012, em que consta a explicação de que, *entre 01.01.1981 e 16.05.1993, a base CPF era alimentada mediante o processamento centralizado de formulários de entradas de dados, preenchidos manualmente pelas agências bancárias ou pela RFB, conhecidos como 'Modelo de Inscrição e Atualização do CPF - MIA'. Utilizavam-se pares impressos de etiquetas gomadas, com números de inscrição no CPF. Apunha-se uma das vias da etiqueta no CIC (antiga nomenclatura do documento), no qual constava o nome e a data de nascimento da pessoa inscrita. A outra via da etiqueta era aposta no MIA, a ser encaminhado ao Serpro para digitação e processamento. Entretanto, muitos formulários MIA deixaram de ser processados, ficando a pessoa física de posse do CIC e de um número de inscrição válido não incluído na base de dados do CPF* (fls. 46/47 do apenso I). Isto teria criado a possibilidade de serem aproveitadas inscrições válidas (mas ainda não incluídas na base de dados do CPF) para se atribuir mais de um número à mesma pessoa física, mediante alteração fraudulenta de alguns dados (por exemplo, alteração da grafia do nome e/ou inserção de número de título de eleitor inexistente).

e) Ofício nº 060/2017 RFB/DRF/SJC/Gabinete (fls. 548/549), encaminhado ao r. Juízo a quo em 04.12.2017, por meio do qual se esclareceu que *somente é aceita a funcionalidade de inclusão se o CPF estiver na faixa de MIA* (fl. 549) e que, de acordo com esse *fluxo de exceção* (fl. 550), *é prevista a exibição de alerta em caso da identificação de homonímia pelo sistema* (fl. 550).

f) Parecer Coger/Escor08 nº 136/2013 (fls.116/119 do apenso II), em que consta que: 1) o réu *ingressou no Ministério da Fazenda no ano de 1992, o que, ao menos em tese, indicaria ser ele um servidor experiente sem suas funções* (fl. 118 v. do apenso II); 2) *a atuação do servidor MELQUIZEDEC MANOEL DA SILVA assumiu características de conduta que fugiriam aos padrões regulares no tocante à inserção dos dados no Cadastro de Contribuintes* (fl. 118 do apenso II).

g) Parecer Coger/Escor10 nº 017/2015 (fls. 268/271 e fls. 131/134 do apenso II), em que consta o seguinte trecho que fundamentou, em âmbito administrativo, a aplicação da penalidade de demissão a MELQUIZEDEC MANOEL DA SILVA: *considerando-se a mera presunção de apresentação de documento falso para a obtenção criminosa de mais de um CPF, há que se supor, simultaneamente, o prévio conhecimento do solicitante de todos esses elementos combinados: a modalidade de inserção de dados no cadastro, o órgão de competência para o ato, quais dados deveriam ser alterados para evitar a crítica no sistema e, ainda assim, possibilitar a conclusão de um novo CPF válido. Mesmo que considerada tal improvável hipótese, a identificação dos homônimos, por parte do sistema, efetivamente deveria ter ocorrido, pois já era auto-detectável. (...) o próprio sistema identifica se o CPF pertence ou não à faixa MIA quando informado pelo contribuinte. Dessa forma, para o caso dos homônimos, além da crítica, ainda haveria o batimento dos dados originais já existentes nos formulários MIA com os novos apresentados e, supostamente, falsificados. Os CPFs foram incluídos no cadastro com número de título de eleitor inexistente na base do TSE. Sempre que o título de eleitor é informado, e isso já ocorria à época dos fatos (nas operações de inclusão, inscrição, alteração e regularização de CPFs), o próprio sistema identificava as seguintes situações: a) verificará se o número consta na base fornecida pelo TSE; b) verificará o número na base do*

*TSE e informará as divergências de nome e/ou data de nascimento). Por tudo isso, é inconcebível crer que, ainda que reunissem tanta informação de ordem técnica e se utilizassem de documentação possivelmente falsa (RG, Título de Eleitor), os contribuintes examinados fossem capazes de viabilizar a emissão irregular de CPFs em multiplicidade sem a participação de servidor da RFB (...). (...) ainda que admitamos essa versão da defesa de que o acusado foi levado a erro pelos documentos falsificados apresentados pelos contribuintes, tal perspectiva cai definitivamente por terra quando consideramos a segunda observação relevante a ser destacada: a de que o sistema CPF (...) já alertava, através de telas no sistema, que já havia um outro contribuinte no Cadastro de Pessoas Físicas quando se incluía um homônimo. Dessa forma, considerando a remota hipótese de que o acusado apenas recebia os formulários MIA e os documentos com os dados falsos apresentados pelos contribuintes, o mesmo foi alertado pelo sistema (...) acerca da existência de homônimos. Essa crítica do sistema era complementada pelo questionamento acerca da intenção do servidor se o mesmo desejava prosseguir ou desistir da operação. Se, mesmo assim, prosseguiu no procedimento, é porque intencionalmente quis burlar os controles da RFB. Se assim não fosse, faria consulta dos homônimos e veria a coincidência e grande semelhança dos dados que estavam sendo fornecidos pelos contribuintes com aqueles já presentes no sistema CPF (fl. 133 v. do apenso II).*

h) Cópia digitalizada do Processo Administrativo Disciplinar - PAD nº 16302.000038/2013-41 que culminou com a aplicação da pena de demissão ao ora acusado (fl. 384). Neste, consta o Parecer PGFN/COJED/Nº 295/2016 que concluiu que o acusado *inseriu dados fictícios em cadastros na base CPF, incluindo, irregularmente, CPFs em multiplicidade na base de dados da RFB e que as inclusões dos CPFs em multiplicidade só foram possíveis com as conexões e combinações exatas das alterações feitas nos cadastros dos contribuintes.*

i) Relatório elaborado pela Corregedoria da Receita Federal do Brasil que concluiu pela aplicação da penalidade de demissão (fls. 250v./265). Neste, foram discriminados os artifícios utilizados por MELQUIZEDEC para tornar possível a inclusão de três números de CPF diferentes para um mesmo titular (já cadastrado) sem que o sistema detectasse a fraude, tais como: acréscimo da partícula “de” no nome do titular, inversão dos numerais correspondentes ao dia do nascimento, alteração das letras do nome da mãe, omissão do número do título de eleitor, etc.

j) Depoimento prestado por MELQUIZEDEC MANOEL DA SILVA à autoridade policial, em que ele admite *que normalmente o sistema alerta sobre a existência de outro CPF com dados semelhantes daquela pessoa* (fl. 19), embora tenha afirmado que *tal não deve ter ocorrido* (fl. 19).

k) Relatórios de inclusões de dados inconsistentes feitas pelo servidor MELQUIZEDEC MANOEL DA SILVA (fls. 144 v./145 v. e 330/332), dos quais se pode extrair que, por meio da inserção de dados incorretos no sistema (números de título de eleitor inexistentes, nomes do contribuinte e/ou da mãe com alterações de grafia, etc) o ora acusado teria sido responsável pela expedição de múltiplos CPFs em nome de outros sete contribuintes.

l) Depoimento prestado ao juízo por uma das auditoras fiscais responsáveis pela apuração dos fatos no âmbito administrativo, em que ela afirma que os três CPFs em questão *tinham mais ou menos o mesmo nome, com pequenas alterações e título de eleitor inexistente*. De acordo com essa testemunha, o contribuinte *deve ter comparecido à Receita Federal com um documento dizendo que aquele CPF era dele* (tal como um cartãozinho CIC antigo), e *aí o funcionário tem que fazer a inclusão daquele CPF (...) é uma coisa meio diferente, pois esses CPFs que precisam ser incluídos na base de dados, eles*

*não chegaram a ser processados, são CPFs antigos, que não chegaram a ser processados pelo Serpro, eles estavam só em formulário. Explicou que CPFs da faixa MIA não processada eram CPFs antigos, que não eram inseridos diretamente no sistema, a inscrição era feita por um formulário que era então encaminhado para o Serpro, que é o órgão de informática da Receita Federal, e o Serpro fazia a inclusão do CPF no sistema (...) só que muitos desses formulários, por alguma razão, não foram inseridos no sistema, aí ficou uma situação em que o contribuinte tinha o número de CPF, mas não tinha ele no sistema (CD-ROOM à fl. 558).*

m) Depoimento prestado ao juízo por uma analista tributária da Receita Federal que trabalha desde 1993 na área de atendimento ao contribuinte, em que ela explica: *o contribuinte, tendo um CPF em mãos e esse CPF não constando ainda na base da Receita, ele precisa comparecer à Receita Federal portando um documento pessoal onde conste esse número (...) pode ser até um talão de cheques (...) e a Receita Federal é obrigada a incluir esse número na base de dados. (...) antes de 1993, não era informatizado, não era on line, então o contribuinte pedia uma inscrição no CPF em um conveniado, qualquer banco (...), e quando a pessoa preenchia os dados já tinha uma etiqueta com aqueles números de CPF pré-prontos, o Serpro produzia essas etiquetas (...) muitas etiquetas se perderam e não foram incluídas no sistema (CD-ROOM à fl. 558).*

Embora o r. juízo *a quo* tenha argumentado que não haveria como afirmar, com certeza, que o réu tenha feito tais inserções sabendo da falsidade das informações (fl. 615 v.), assiste razão ao MPF quando alega que a presença do dolo é evidente, já que o denunciado desconsiderou várias vezes as telas de alerta do sistema no que diz respeito à inconsistência do título de eleitor na base de dados do TSE e existência de homônimos (fl. 624 v.), o que denota não um descuido, um desleixo, uma falta de atenção, mas a intenção clara de inserir dados falsos e de proporcionar vantagem indevida a terceiro (fl. 624 v.). Considerando que o sistema da Receita Federal emitia, na época, alertas aos servidores caso o número do título de eleitor fornecido pelo contribuinte não constasse da base de dados do TSE (*vide* Parecer Coger/EscoR10 nº 017/2015 às fls. 268/271), e tendo em vista que os CPFs de número 165.674.208-04, 073.166.666-68 e 205.748.368-10 (em nome de SÉRGIO CARDOSO SAMPAIO) foram obtidos graças ao agente ter omitido, ao inserir os dados no sistema, o número do título de eleitor (*vide* fls. 252/252 v. do relatório da Corregedoria da Receita Federal do Brasil), não poderia ser outra a conclusão senão a de que o réu tinha plena ciência acerca da falsidade dos dados por ele inseridos. Conforme bem salientou o MPF, não é verossímil que um servidor experiente como MELQUIZEDEC, que trabalhava há anos na Receita Federal, tenha prosseguido na inclusão dos dados sem indagar ao contribuinte qual seria o número correto de seu título de eleitor ou duvidar da autenticidade de documento(s) supostamente apresentado(s) diante de um alerta de homonímia, por exemplo, ainda mais tratando-se de registro relacionado à denominada *faixa de MIA* (época em que o sistema era mais vulnerável a fraudes). Note-se que, ao menos em relação ao CPF de nº 205.748.368-10 (um dos três considerados irregulares), não há dúvida de que o sistema emitiu alerta de homonímia, já que o nome do contribuinte e a data de nascimento inseridos para inclusão desta inscrição foram idênticos aos que constavam do cadastro de nº 150.153.958-25 (este considerado regular pela Receita Federal, conforme fls. 252/252 v. do relatório da Corregedoria da Receita Federal do Brasil).

Além disso, ficou demonstrado que MELQUIZEDEC utilizou artifícios semelhantes, tais como o acréscimo da partícula “de” no nome do titular, inversão dos numerais correspondentes ao dia do nascimento, alteração das letras do nome da mãe, inclusão de número de título

de eleitor inexistente, etc., para atribuir múltiplos CPFs a outras sete pessoas (*vide* relatório elaborado pela Corregedoria da Receita Federal do Brasil às fls. 250 v./265), o que reforça a convicção de que houve dolo.

Constou da r. sentença, também, que não teria sido demonstrada (e nem descrita da denúncia) qual teria sido a vantagem indevida supostamente almejada como consequência da inserção dos dados falsos.

A esse respeito, o MPF alegou, em suas razões de Apelação, que *o crime previsto no art. 313-A do Código Penal tem natureza formal, consumando-se no momento da inserção dos dados falsos no sistema de informações, independentemente da obtenção de vantagem indevida ou da produção do dano* (fl. 622 v.). Afirmou: *ainda que não tenha sido possível quantificar a vantagem indevida no presente caso, deve-se reconhecer que a mera inscrição de CPF 'adicional' por si só já constitui uma vantagem indevida, seja por permitir ou favorecer a prática de outros crimes (ex: crimes de falsidade ideológica e estelionato, através da abertura de contas bancárias, com a posterior obtenção de financiamentos ou empréstimos bancários, bem como a criação de empresas), seja por possibilitar a blindagem patrimonial e, assim, frustrar a satisfação do passivo da pessoa natural. Isso sem falar do dano causado ao Fisco, no sentido de que as atividades de controle e fiscalização do cumprimento de obrigações tributárias são gravemente prejudicadas pelo fato de uma mesma pessoa natural ter mais de uma inscrição no CPF* (fl. 623).

Pois bem.

É incontroverso que não se exige a produção de um resultado naturalístico para a consumação do crime previsto no art. 313-A do Código Penal. Por se tratar de delito cuja natureza é *formal*, estará consumado o crime independentemente de ter havido concretização do dano ou efetiva obtenção da vantagem indevida almejada pelo agente (circunstâncias que representam mero exaurimento). Inclusive, foi este o posicionamento adotado pelo r. juízo *a quo* ao argumentar, no corpo da r. sentença, que, embora não se exija, para a consumação deste delito, que a vantagem ou dano efetivamente ocorram, *é indispensável que o agente tenha em vista a vantagem ou o dano como especiais fins de agir, sem o que a infração penal não se caracteriza* (fl. 615).

De fato, para que se possa atribuir a um sujeito a autoria do delito de *inserção de dados falsos em sistema de informações*, é imprescindível que o agente atue com a especial finalidade (elemento subjetivo que transcende ao dolo) de causar dano ou de obter vantagem indevida (de qualquer natureza) para si ou para outrem, o que *não* significa dizer que o resultado naturalístico almejado deva necessariamente ocorrer.

Ocorre que, no caso em questão, tudo leva a crer que MELQUIZEDEC MANOEL DA SILVA agiu sim com o especial propósito de obter vantagem indevida para outrem (SÉRGIO CARDOSO SAMPAIO ou pessoa que tenha, eventualmente, se passado por ele) ao atribuir, por meio da inserção de dados sabidamente falsos no sistema informatizado da Receita Federal do Brasil, três números diferentes de CPF à mesma pessoa física. Embora o r. juízo *a quo* tenha argumentado que não teria sido demonstrada (e nem descrita da denúncia) qual teria sido a vantagem indevida supostamente almejada como consequência da inserção dos dados falsos, o que se observa é que a exordial descreveu com clareza que o CPF nº 165.674.208-04 *se achava suspenso, com a declaração de ajuste anual do IRPF do exercício de 2005 em aberto, assim como débito no valor de R\$11.795,46* (fl. 51 v.) e que o CPF nº 205.748.368-10 *encontrava-se suspenso com declaração de ajuste anual do IRPF de vários exercícios em aberto e débito no valor de R\$ 36,87* (fl. 51 v.), o que ficou comprovado pelos documentos acostados às fls.



306 v./328 e 32/33 do apenso I). Portanto, não poderia ser outra a conclusão senão a de que a conduta atribuída ao ora apelado foi praticada com a especial finalidade de prejudicar a fiscalização e o controle, por parte do Fisco, do cumprimento das obrigações tributárias relacionadas ao Imposto de Renda devido por SÉRGIO CARDOSO SAMPAIO (ou pessoa que tenha eventualmente se passado por ele).

Ante o exposto, a condenação de MELQUIZEDEC MANOEL DA SILVA pela prática do delito previsto no art. 313-A do Código Penal é medida que se impõe.

#### DOSIMETRIA DA PENA

O cálculo da pena deve atentar aos critérios dispostos no artigo 68 do Código Penal. Assim, na primeira fase da dosimetria, observando as diretrizes do artigo 59 do Código Penal, o magistrado deve atentar à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, e estabelecer a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos.

Na segunda fase de fixação da pena, o juiz deve considerar as agravantes e atenuantes, previstas nos artigos 61 e 65 do Código Penal.

Finalmente, na terceira fase, incidem as causas de aumento e de diminuição.

#### PENA-BASE

Por não vislumbrar a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixo a pena-base privativa de liberdade em *2 (dois) anos de reclusão* (patamar mínimo legal).

#### AGRAVANTES E ATENUANTES

Em suas razões de Apelação, o MPF alegou que deve incidir *a agravante do art. 61, II, g, do Código Penal, na medida em que a inserção dos dados falsos se deu no exercício do cargo e em flagrante violação de dever funcional, circunstâncias que não fazem parte do respectivo tipo penal e devem ser valoradas negativamente na fixação do quantum da reprimenda* (fl. 627).

Contudo, a despeito do que se alegou, é evidente que eventual violação de dever inerente a cargo integra o tipo descrito no artigo 313-A do CP, já que a qualidade de funcionário público constitui elementar deste crime, de modo que é descabida, *in casu*, a incidência da agravante prevista no art. 61, II, “g”, do CP, sob pena de *bis in idem*.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 313-A DO CÓDIGO PENAL. INSERÇÃO DE DADOS FALSOS NO SISTEMA INFORMATIZADO DO INSS. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO. DOSIMETRIA DA PENA

(...)

4. A inserção de dados falsos no sistema da Previdência a fim de obter vantagem, para si ou para outrem, subsume-se ao delito tipificado no art. 313-A do Código Penal.

5. Dosimetria das penas. Pena-base aumentada. Pena de multa fixada de forma proporcional à pena corporal.

6. *A qualidade de funcionário público já constitui elementar do tipo descrito no art. 313-A do Código Penal, o que leva ao afastamento da agravante relativa à violação de dever inerente a cargo (CP, art. 61, II, ‘g’).*

(...)

8. Apelação da defesa desprovida e apelações da defesa e da acusação parcialmente providas. (TRF3, Décima Primeira Turma, ApCrim 0007208-96.2012.4.03.6110, Rel. Nino Toldo, e-DJF3 Judicial 1 de 30.10.2019)



APELAÇÃO CRIMINAL. ARTIGOS 171 §3º e 313-A DO CÓDIGO PENAL. INSERÇÃO DE DADOS FALSOS NO SISTEMA INFORMATIZADO DO INSS VISANDO À CONCESSÃO DE APOSENTADORIA INDEVIDA. BIS IN IDEM CONFIGURADO. AFASTADA A IMPUTAÇÃO DO CRIME DE ESTELIONATO. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. AFASTADA AGRAVANTE DOS ARTIGOS 61, II G DO CÓDIGO PENAL. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO

Configura *bis in idem* a punição dos mesmos fatos através de dois tipos penais distintos, insculpidos nos arts. 171, § 3º, e 313-A, do Código Penal. Segundo a acusação, a ré, então servidora do INSS lotada em Itapetininga/SP, tinha a incumbência de inserir dados falsos no sistema da autarquia, com a finalidade de garantir o êxito do requerimento do benefício. A conduta imputada aos acusados subsume-se ao crime descrito no art. 313-A do Código Penal. As provas amealhadas demonstram que foram inseridos vínculos empregatícios fictícios nos sistemas informatizados do INSS, com o fim de garantir ao segurado a aposentadoria por tempo de contribuição. Autoria delitiva demonstrada. Prova documental e testemunhal. O dolo da ré exsurge das próprias circunstâncias fáticas e das provas produzidas nos autos, que demonstram a atuação direta da acusada na inserção de dados falsos nos sistemas do INSS que permitiu a concessão indevida do benefício previdenciário. Pena base reduzida de ofício. Súmula 444 STJ. *Agravante do art. 61, II, g do Código Penal. Violação do dever funcional. A conduta da ré constitui crime próprio, somente praticado por servidor público. A aplicação da agravante referente à violação de dever inerente ao cargo (art. 61, II, g, do Código Penal) implicaria em inaceitável bis in idem.* Manutenção do regime inicial aberto. Preenchidos os requisitos para a concessão do benefício previsto no artigo 44 do Código Penal. Apelação do Ministério Público Federal a que se nega provimento. De ofício, reduzida a pena-base e determinada a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito. (TRF3, Décima Primeira Turma, ApCrim 0005942-40.2013.4.03.6110, Rel. José Lunardelli, e-DJF3 Judicial 1 de 29.05.2019)

Portanto, não se reconhece, nesta fase, a presença de circunstâncias agravantes ou atenuantes.

#### CAUSAS DE AUMENTO E DIMINUIÇÃO

Nesta fase, não se reconhece a presença de causas de aumento ou de diminuição.

#### PENA DE MULTA

No que diz respeito à pena de multa e aos critérios para a sua fixação, é certo que o número de dias-multa deve guardar proporcionalidade com o *quantum* da pena privativa de liberdade estabelecida, conforme os parâmetros do sistema trifásico, enquanto o valor do dia-multa deve ser fixado de acordo com as condições econômicas do condenado.

Considerando que a pena privativa de liberdade abstratamente prevista pelo art. 313-A do CP é de 2 (dois) a 12 (doze) anos de reclusão e tendo em vista que a pena concretamente cominada (antes do acréscimo pela continuidade delitiva) foi a de 2 (dois) anos de reclusão (patamar mínimo legal) conclui-se que, proporcionalmente, a pena de multa dever ser fixada também no patamar mínimo de *10 (dez) dias-multa, cada qual correspondente a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo* (valor do salário mínimo vigente à época dos fatos e atualizado na forma da lei).

#### DA CONTINUIDADE DELITIVA

Para a caracterização do crime continuado, o agente deve, mediante mais de uma ação ou omissão, praticar dois ou mais crimes, os quais devem, necessariamente, ser da mesma espécie, bem como deve o primeiro delito determinar o(s) subsequente(s), ou seja, ser a causa

dos outros crimes, observadas as condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes.

O artigo 71, *caput*, do Código Penal assim dispõem:

Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços (grifo nosso).

NO CASO CONCRETO, foram identificadas três condutas subsequentes de inserção de dados falsos no sistema informatizado da Receita Federal, as quais foram praticadas nos dias 05.12.2005, 25.08.2006 e 02.08.2007 com a finalidade de atribuir a um mesmo titular três números diferentes de CPF.

Quanto à fração de pena a ser aumentada, é sabido que o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que deve ser considerado o seguinte parâmetro objetivo, conforme o número de infrações penais praticadas: *a) 1/6 de aumento quando forem praticadas duas infrações; b) 1/5 para três; c) 1/4 para quatro; 1/3 para cinco; 1/2 para seis; 2/3 para sete ou mais ilícitos:*

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBOS MAJORADOS. DOSIMETRIA. CONTINUIDADE DELITIVA. TRÊS CONDUTAS PRATICADAS. AUMENTO DE 1/5 CABÍVEL. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

3. A exasperação da pena do crime de maior pena, realizado em continuidade delitiva, será determinada, basicamente, pelo número de infrações penais cometidas, parâmetro este que especificará no caso concreto a fração de aumento, dentro do intervalo legal de 1/6 a 2/3. *Nesse diapasão, esta Corte Superior de Justiça possui o entendimento consolidado de que, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 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.*

(...)

(STJ, Quinta Turma, HC 201701721003, Rel. Ribeiro Dantas, DJe de 11.10.2017)

Considerando que o crime em questão não requer habitualidade ou reiteração da conduta, de modo que cada inserção de dados falsos configurou um delito autônomo, e tendo em vista que a fixação do aumento da pena em razão da continuidade delitiva deve ser proporcional à quantidade de ações perpetradas ou ao período de tempo pelo qual estas se prolongaram, conclui-se que a pena deve ser exasperada em 1/5 (um quinto).

Redimensiona-se, pois, a pena privativa de liberdade para *02 (dois) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão*.

No que diz respeito à pena de multa, cabe consignar que o entendimento sedimentado por esta E. 11ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região é no sentido de que não se deve aplicar a regra prevista no art. 72 do Código Penal à hipótese de crime continuado que, por ficção jurídica e razões de política criminal, consiste em crime único (e não em concurso de crimes). Nesse sentido, vale citar:

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO. ART. 157, §2º, INCISO II, CP. CRIME CONTINUADO. ART. 71, CP. MATERIALIDADE E AUTORIA DOS DELITOS. DEMONSTRAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE FURTO. INCABÍVEL. READEQUAÇÃO DA PENA DE MULTA DE OFÍCIO. PROPORCIONALIDADE E SISTEMA TRIFÁSICO. INAPLICABILIDADE DO ART. 72, CP. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. APELOS DEFENSIVOS NÃO PROVIDOS.

1. Acusados que praticaram dois crimes de roubo na mesma data, em circunstâncias semelhantes de modo, tempo e lugar, e em estreito lapso temporal, contra funcionários da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Caracterização da figura do crime continuado

2. Autoria, materialidade e dolo dos dois crimes de roubo majorado demonstrados.

3. Incabível a desclassificação para o crime de furto ante o uso comprovado de simulação de porte de arma pelos acusados, o que constitui meio executório do delito de roubo.

4. A fixação da pena de multa deve guardar proporcionalidade com a pena privativa de liberdade e observar o sistema trifásico da dosimetria da pena. Redução de ofício.

5. *O artigo 72, do Código Penal disciplina somente a estipulação da pena de multa na hipótese de concurso de crimes, quando as penas pecuniárias devem ser aplicadas distinta e integralmente, sendo inaplicável às hipóteses de crime continuado, como é o caso dos autos. Afastada a aplicação e unificada a pena pecuniária nos termos do artigo 71, do Código Penal.*

6. Impossível o reconhecimento da participação de menor importância para o réu Laércio de Oliveira Lobo, haja vista que o acusado agiu em coautoria, fundada no princípio de divisão de tarefas. Desse modo, cada autor colabora, por alguma forma, para o mesmo fim, sendo que os coautores respondem pelo todo, não se exigindo a participação de cada agente em todos os atos executórios. Caracteriza-se a denominada coautoria funcional, em que cada um dos autores é responsável concorrente pelo êxito do delito.

7. Apelos defensivos não providos.

(TRF3, Décima Primeira Turma, ACR 00084806420134036119, Rel. José Lunardelli, e-DJF3 Judicial 1de 07.06.2016)

DO PECULATO - CONDUTA TÍPICA - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DA DOSIMETRIA.

I. O artigo 312, §1º, do Código Penal - CP, considera delituosa a conduta do “funcionário público” que se apossa, tomando como se fosse seu, bem que, em razão de sua condição funcional, tem acesso.

II. Na hipótese dos autos, ficou comprovado que o apelante se apropriou de algumas correspondências contendo cartões bancários a que teve acesso em razão da sua condição de carteiro (empregado público da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT, logo “funcionário público” por equiparação, na forma do artigo 327, §1º, do CP), o que impõe a sua condenação.

III. Considerando que a pena-base e a intermediária foram fixadas no mínimo legal; que a sentença apelada fixou, na terceira fase da dosimetria, uma fração menor do que a usualmente aplicada por esta corte e pelo C. STJ, considerando o número de delitos praticados em continuidade delitiva; e que a acusação não se insurgiu, neste particular, mantenho a pena corporal fixada na decisão recorrida.

IV. *A pena de multa foi fixada em 70 dias-multa, ao fundamento de que ela “deve ser aplicada distinta e integralmente no concurso de crimes”, na forma do artigo 72, do CP. Conforme se extrai da jurisprudência desta C. Turma, o artigo 72 aplica-se no caso de concurso de crimes, mas não na hipótese de crime continuado, o qual, por razões de política criminal é considerado como um único delito. Reduzida a pena de multa para 13 (treze) dias-multa, fixando-a de forma proporcional à pena corporal estabelecida na sentença.*

V. O regime inicial de cumprimento da pena foi adequadamente fixado no aberto, nos termos do artigo 33, §2º, alínea c, do Código Penal.

VI. Presentes os requisitos do artigo 44, §2º, correta a substituição da pena privativa de liber-

dade por duas restritivas de direito, consistentes numa pena pecuniária e numa de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas.

VII. 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.

VIII. 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 3 (três) salários mínimos é de ser considerada razoável e proporcional, afigurando-se a fixação da prestação pecuniária levada a efeito na sentença (12 salários-mínimos), excessiva, inexequível e incompatível com o valor unitário do dia-multa fixado.

(TRF3, Décima Primeira Turma, ACR 00012017920134036134, Rel. Cecilia Mello, e-DJF3 Juicial 1 de 24.03.2017)

Assim, em se constatando a ocorrência de continuidade delitiva, a exasperação da pena de multa deve seguir os mesmos moldes aplicados à pena privativa de liberdade, ou seja, no presente caso, a pena de multa fixada ao final da terceira fase da dosimetria (10 dias-multa) deve ser majorada em 1/5 (um quinto), tornando-se definitiva em *12 (doze) dias-multa*.

#### ***SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS***

Nos termos do art. 44, parágrafo 2º, do Código Penal, determina-se a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, quais sejam, uma de *prestação de serviços à comunidade* ou a entidades públicas, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, e uma de *prestação pecuniária*, consistente no pagamento de *2 (dois) salários mínimos* em favor de entidade pública ou privada com destinação social.

#### ***PENA DEFINITIVA***

A pena se torna definitiva em *02 (dois) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão e 12 (doze) dias-multa*, cada qual correspondente a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo (valor do salário mínimo vigente à época dos fatos e atualizado na forma da lei), ficando a pena privativa de liberdade substituída por duas penas restritivas de direitos, quais sejam, uma de *prestação de serviços à comunidade* ou a entidades públicas, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, e uma de *prestação pecuniária*, consistente no pagamento de *2 (dois) salários mínimos* em favor de entidade pública ou privada com destinação social.

#### ***REGIME INICIAL***

O regime inicial de cumprimento de pena será o ABERTO, a teor do art. 33, §2º, “c”, do Código Penal.

*CONCLUSÃO*

Diante do exposto, voto por DAR PARCIAL PROVIMENTO à Apelação do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, a fim de condenar o réu MELQUIZEDEC MANOEL DA SILVA pela prática do delito previsto no art. 313-A do CP e fixar a pena em 02 (dois) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, em regime ABERTO, e 12 (doze) dias-multa, ficando a pena privativa de liberdade substituída por duas penas restritivas de direitos.

Oficie-se ao Juízo das Execuções Penais e ao Ministério da Justiça.

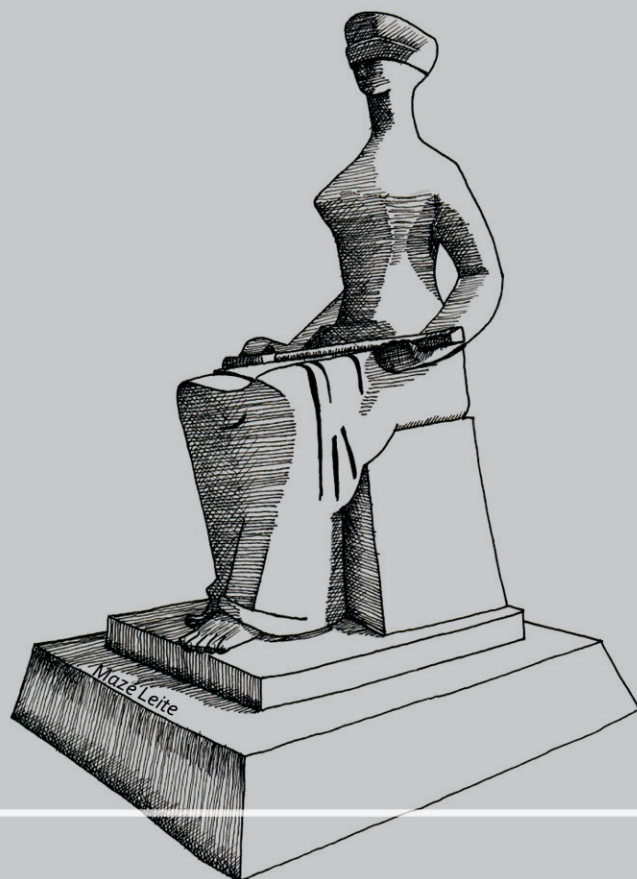
É o voto.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator





# **Direito Previdenciário**





## **APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO**

**0030343-76.2013.4.03.9999**

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelada: VITOR AMADO

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/01/2020

### **EMENTA**

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. LITISPENDÊNCIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CABIMENTO.

1. Nos moldes da norma processual (artigo 301, V, e §§ 1º a 3º, do CPC/1973/artigo 337, VI, e §§ 1º a 3º, do CPC/2015), dá-se a litispendência quando se repete ação idêntica a uma que se encontra em curso, vale dizer, quando a nova ação proposta tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

2. A “*ratio*” normativa objetiva impedir o ajuizamento de uma segunda ação, idêntica à que se encontra pendente, uma vez que a primeira receberá uma sentença de mérito, restando despicienda a propositura de uma segunda ação igual à primeira.

3. O processo anteriormente ajuizado está pendente de julgamento tão somente a questão relativa à incidência dos índices de correção monetária, de modo que o tópico relativo à matéria de fundo (reconhecimento das atividades especiais e concessão do benefício) já se encontra totalmente decidido, devendo ser acolhida a alegação do INSS para reconhecer a alegação de litispendência e julgar extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, V, do CPC.

4. Embora a Autarquia tenha dado ao fato elogiosa apuração, visando a elucidação da identidade do segurado, o autor comprovou que está vivo, bem como seus vínculos empregatícios até a atualidade, de modo que aguardar por longos anos o deslinde da apuração administrativa causou-lhe graves transtornos, sendo devida a indenização por danos morais.

5. Apelação do INSS parcialmente provida. Extinção parcial do processo, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, V, do CPC. Danos morais devidos.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento à apelação do INSS apenas para reconhecer a ocorrência da coisa julgada em relação ao reconhecimento do direito a aposentadoria por tempo de contribuição e julgar extinto o processo, nos termos do art. 485, V, do CPC, mantendo, quanto ao mais a r. sentença, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

## RELATÓRIO

Trata-se de ação ordinária que objetiva a fixação de indenização por danos morais, bem como o reconhecimento do direito à aposentadoria por tempo de contribuição/serviço, cumulada com pedido de antecipação de tutela.

A sentença julgou procedente o pedido para condenar o INSS a implantar a aposentadoria por tempo de contribuição integral em favor do autor, segurado VITOR AMADO, CPF 323.822.439-53, RO 2.025.916-SSP-PR, nascido em 18.08.1948, filho de Margarida Delfino Amado, residente na rua Paraisópolis, 95, Bairro Jardim Santa Rosa, Ribeirão, com antecipação de tutela para esse fim, condenando, ainda, o requerido ao pagamento dos valores devidos a partir de 15.04.2010, corrigidos monetariamente desde a data do vencimento de cada uma das prestações e com juros de mora nos termos da Lei 11.960/2009, bem como ao pagamento da quantia de R\$ 15.000,00 a título de danos morais, com correção monetária, a partir da publicação desta decisão e juros de mora desde a citação, conforme índices da poupança na forma da Lei 11.609/09. Improcedente o pedido de indenização por danos materiais. Condenou, ainda, o INSS ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 12% sobre o valor atualizado do débito até a data da sentença.

Apela o INSS arguindo a hipótese de litispendência, ante a existência de processo anterior Proc. 0011601-65.2002.4.03.6126, no qual a parte autora pleiteia a concessão do mesmo benefício. Argui, ainda, cerceamento de defesa e a prejudicialidade ante a juntada dos novos documentos, a saber: memorando interno de auditoria do INSS. No mérito, aduz a legalidade de sua atuação e o descabimento da condenação por danos morais.

Sem contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

## VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso de apelação.

Inicialmente, entendo oportuno tecer um breve resumo dos fatos:

Trata-se de ação ordinária que objetiva a fixação de indenização por danos morais, bem como o reconhecimento do direito à aposentadoria por tempo de contribuição/serviço, cumulada com pedido de antecipação de tutela.

Alega a parte autora que formulou requerimento administrativo objetivando a concessão de aposentadoria. O pedido foi indeferido ao argumento de que, constava no sistema de dados previdenciários, que o segurado havia falecido e que fora instituída pensão por morte à dependente de segurado denominado Vitor Amado.

Segundo a parte autora, após algumas diligências, a situação foi esclarecida no sentido de que se tratava de homônimo, razão pela qual não mais se justificava o indeferimento administrativo. No entanto, o INSS manteve a negativa a pretexto de que a situação não fora suficientemente esclarecida, o que ensejou a propositura da presente ação.

Processado o feito, foi proferida sentença julgando procedente o pedido no seguinte sentido:



“(…) Julgo PROCEDENTE o pedido inicial para: a) condenar a Autarquia -ré a promover, no prazo de 30 dias, a implantação da aposentadoria por tempo de contribuição integral (100% do salário - benefício) em favor do autor, segurado VITOR AMADO, CPF 323.822.439-53, RO 2.025.916-SSP-PR, nascido em 18.08.1948, filho de Margarida Delfino Amado, residente na rua Paraisópolis, 95, Bairro Jardim Santa Rosa, Ribeirão Pires, São Paulo, devendo a renda mensal inicial ser apurada pelo Instituto -réu, ante a falta de elementos para tanto nos autos, com antecipação de tutela para esse fim, determinando-se expedição de ofício desde já com cópia desta decisão; b) condenar o requerido ao pagamento dos valores devidos a partir de 15.04.2010, corrigidos monetariamente desde a data do vencimento de cada uma das - prestações e com juros de mora nos termos da Lei 11.960/2009 desde referida data; c) condenar o Instituto -réu ao pagamento ao autor da quantia de R\$ ( ) 15.000,00 (quinze mil reais) a título de danos morais, com correção monetária, a partir da publicação desta decisão e juros de mora desde a citação, conforme índices da poupança na forma da Lei 11.609/09, julgando improcedente o pedido de indenização pelos danos materiais. (...)”

Inconformado com a sentença, apela o INSS arguindo, preliminarmente, a hipótese de litispendência, ante a existência de processo anterior, ainda pendente de julgamento no qual a parte autora VITOR AMADO pleiteia a concessão do mesmo benefício, Proc. 0011601-65.2002.4.03.6126, de Relatoria do E. Des. Fed. Nelson Porfírio e, atualmente, sob jurisdição da Subsecretaria de Feitos da Vice-Presidência (Sobrestado).

Compulsando os expedientes internos desta Corte Regional, constata-se que em tal feito - Proc. 0011601-65.2002.4.03.6126, a parte autora pleiteou a concessão de aposentadoria por tempo de serviço mediante o reconhecimento de atividades comuns e especiais, deixando de mencionar qualquer empecilho imposto pelo INSS quanto à existência de pensão por morte decorrente da suposta morte do autor.

Naquele feito foi proferida sentença de procedência, determinando a concessão da aposentadoria por tempo de serviço:

“Dessa forma, JULGO PROCEDENTE o pedido deduzido e extinto o processo com julgamento de mérito nos termos do artigo 269, inciso 1 do Código de Processo Civil para determinar ao INSS que reanalise o pedido administrativo do Autor, considerando os períodos laborados nas empresas: 19.05.1975 a 12.01.1980 - Indústria Matarazzo do Paraná; 04.02.1980 a 14.10.1993 - Raiston Purina do Brasil Ltda.; 04.10.1994 a 12.06.1998 - Indústria de Móveis Bartira, como atividades insalubres, concedendo-se a aposentadoria por tempo de serviço caso a conversão do tempo de atividade especial, somada ao tempo comum, resulte em tempo suficiente a aposentação, desde a data da interposição do pedido administrativo, com o pagamento das diferenças apuradas, com correção monetária computada desde o respectivo vencimento da obrigação e juros moratórios de 6% (seis por cento) ao ano ‘pro rata’ computados da data da citação, conforme disposto no artigo 1052 do Código Civil então em vigor, até 10 de janeiro de 2003, e artigo 219 do Código de Processo Civil, sendo que após de 11 de janeiro de 2003, os juros incidirão à razão de 1% ao mês, nos termos do disposto no artigo 406, do novo Código Civil (Lei nº 10.406) e artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional. Condene, ainda, o INSS ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre a condenação.”

Em sede recursal, o então Relator E. Des. Fed. Walter do Amaral deu parcial provimento à remessa oficial, para determinar que a correção monetária incida sobre as prestações em atraso, bem como à apelação do INSS, para fixar os honorários advocatícios em 15% (quinze

por cento) do valor atualizado das prestações vencidas até a data em que foi proferida a sentença objeto do recurso, nos termos da Súmula 111 do E. STJ, e negou seguimento à apelação da parte autora.

Negado provimento ao agravo, recorreu o INSS (Recurso Extraordinário) tão somente em relação aos critérios de atualização do débito, tema que atualmente se encontra sobrestado, transitando em julgado, portanto, a questão relativa ao reconhecimento do direito a aposentadoria por tempo de serviço.

Possível aferir daqueles autos que, após a apresentação de contrarrazões de apelação, o autor informou que não houve o cumprimento da tutela antecipada, alegando o INSS constar de seus cadastros o falecimento do autor, gerando, inclusive, o benefício de pensão por morte em favor de Isildinha de Jesus Tavares.

Verifica-se, ainda daquele processo que, diante das contradições as partes juntaram esclarecimentos e documentos, bem como foram expedidos ofícios requisitando documentos pertinentes, com o fim de instruir o confronto das informações, culminando com o envio dos autos ao Ministério Público Federal, que se pronunciou no sentido do envio de cópia dos autos para o órgão ministerial de 1º grau para que se proceda a apuração mais acurada em relação ao benefício de pensão por morte titularizado por Isildinha de Jesus Tavares.

No entanto, inobstante não haver naqueles autos qualquer notícia sobre o desenvolvimento do debate por parte do INSS, *constata-se a ocorrência de litispendência*.

Nos moldes da norma processual (artigo 301, V, e §§ 1º a 3º, do CPC/1973/artigo 337, VI, e §§ 1º a 3º, do CPC/2015), dá-se a litispendência quando se repete ação idêntica a uma que se encontra em curso, vale dizer, quando a nova ação proposta tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

A “*ratio*” normativa objetiva impedir o ajuizamento de uma segunda ação, idêntica à que se encontra pendente, uma vez que a primeira receberá uma sentença de mérito, restando despicinda a propositura de uma segunda ação igual à primeira.

Naquele caso concreto, verifica-se que está pendente de julgamento pela E. Vice-Presidência desta Corte tão somente a questão relativa à incidência dos índices de correção monetária, de modo que o tópico relativo à matéria de fundo (reconhecimento das atividades especiais e concessão do benefício) já se encontra totalmente decidido.

Portanto, quanto ao ponto, acolho a alegação do INSS para reconhecer a alegação de litispendência e julgo extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, V, do CPC.

Remanesce, entretanto, interesse no apelo quanto ao pedido formulado pelo Autor, julgado procedente, de condenação do INSS por danos morais. O INSS apela arguindo a legalidade de sua atuação.

Nesse pertinente, embora a Autarquia tenha dado ao fato elogiosa apuração, visando à elucidação da identidade do segurado, conforme se constata dos documentos acostados pelo INSS em sede de apelação nos presentes autos (ID 90479325 fls. 91/101), fato é que até o presente momento o INSS não logrou comprovar a ocorrência de fraude por parte do autor.

A meu ver, ficou clara a concessão de benefícios a homônimos, conforme os exatos termos explanados na sentença, quais sejam: CPFs e RG distintos, dados distintos das esposas dependentes conforme certidões de casamento, agências mantenedoras dos benefícios distintas.

O autor comprovou ainda que está vivo, bem como seus vínculos empregatícios até a atualidade, de modo que aguardar por longos anos o deslinde da apuração administrativa, sem

a percepção de benefício a que, comprovadamente, fazia jus E sob a pecha de “fraudador”, é de se concluir que tal situação prolongada é causadora de abalo psicológico e prejuízo moral.

Portanto, sendo patente o transtorno causado à parte autora, entendo devida a indenização por danos morais, devendo ser mantida a sentença.

Ante o exposto, *dou parcial provimento ao apelo autárquico* apenas para reconhecer a ocorrência da litispendência em relação ao pedido de reconhecimento do direito a aposentadoria por tempo de contribuição e julgar extinto o processo quanto a esse pedido, nos termos do art. 485, V, do CPC, mantendo, quanto ao mais a r. sentença.

É como voto.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

## **APELAÇÃO CÍVEL**

### **0005263-08.2016.4.03.6119**

Apelantes: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS E MARIA DAVI PASTORE (= ou > de 60 anos)

Apelados: OS MESMOS

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/01/2020

### **EMENTA**

ACÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. CONCESSÃO IRREGULAR MEDIANTE DECLARAÇÕES FALSAS. AUSÊNCIA DE BOA-FÉ. PROCESSO ADMINISTRATIVO REGULAR. NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO. SENTENÇA REFORMADA. TUTELA REVOGADA.

- A autora, beneficiada por conduta irregular, não comprovou perante o INSS o exigido nos autos do procedimento administrativo pelo simples fato de ter prestado declarações inverídicas ou, no mínimo, divergentes sobre a sua real condição.

- A conclusão, inarredável, decorrente do exame das cópias que compõe o processo administrativo, é a de que a suspensão do benefício da autora, com a consequente cobrança dos valores indevidamente pagos a ela, no interregno acima indicado, foi efetivada após ter sido oferecida a oportunidade de contrapor-se ao conjunto probatório esboçado pela autarquia previdenciária e comprovar a situação de lisura no recebimento do referido benefício.

- Da decisão administrativa aqui questionada já não cabe mais qualquer recurso naquele âmbito, conforme a prova dos autos.

- Não que se falar em boa-fé. A uma, porque não se coaduna com o recebimento de valores pagos indevidamente em decorrência de fraude/irregularidade na concessão do benefício. A duas, porque a apelante, com ou sem intermediário, foi beneficiária direta da irregularidade descoberta no decorrer do procedimento administrativo, usufruindo do enriquecimento sem causa, mês a mês, ocorrido durante o recebimento indevido do benefício em questão.

- Apurada irregularidade no pagamento do benefício a devolução das parcelas recebidas indevidamente é imperativo lógico e jurídico que se impõe, devendo a sentença ser reformada para julgar improcedente o pedido inicial, restando prejudicada a análise da apelação da Defensoria Pública.

- Apelação do INSS provida. Apelação da DPU prejudicada. Revogada a tutela concedida.

### **ACÓRDÃO**

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

São Paulo, 11 de dezembro de 2019.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

## RELATÓRIO

Apelações de sentença que julgou procedente o pedido para: a) declarar a inexigibilidade dos valores recebidos pela autora, a título de benefício assistencial - NB 88/130.785.577-3, b) determinar o restabelecimento do benefício desde a sua cessação administrativa e c) pagar as prestações vencidas desde a cessação indevida até o efetivo restabelecimento, acrescidas de correção monetária, a partir de cada vencimento e de juros de mora desde a citação, observados os termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal vigente. Não houve condenação do INSS no pagamento de honorários advocatícios, tendo em vista que a autora está representada pela Defensoria Pública da União, nos termos da Súmula 421 do STJ, sendo considerado isento de custas, nos termos do art. 4º, I, da Lei n. 9.289/96.

Sentença proferida em 18/1/2017, não submetida ao reexame necessário.

Em suas razões, o INSS alega que o benefício foi cessado após constatação de que a autora apresentara declarações falsas no momento do requerimento administrativo. Afirma que a autora declarou, naquela ocasião, estar separada de fato do marido, Manoel Pastore Júnior, há mais de cinco anos. Contudo, quando da revisão declarou com ele residir na Rua São João do Oriente, 102, Guarulhos, informando que ele era beneficiário de aposentadoria. Requer a reforma da sentença para que seja determinada a cessação do benefício, tendo em vista o não preenchimento dos requisitos necessários a sua concessão. Pleiteia, ainda, a devolução dos valores indevidamente recebidos, que não podem ser considerados de boa-fé porque a sua concessão se deu com base em informações falsas prestadas pela própria autora, os quais devem ser acrescidos de correção monetária e juros de mora.

A Defensoria Pública da União pugna pela condenação do INSS ao pagamento de honorários advocatícios, alegando não há que se falar em confusão patrimonial, uma vez que se trata de personalidades jurídicas diversas envolvidas no caso.

Com contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

## VOTO

É princípio do Direito Administrativo que a Administração deve rever seus próprios atos quando eivados de ilegalidade, reforçado pelas Súmulas 346 e 473 do STF.

SÚMULA 346: A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PODE DECLARAR A NULIDADE DOS SEUS PRÓPRIOS ATOS. SÚMULA 473: 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.

A Súmula 473 do STF assentou que atos administrativos praticados em decorrência de ilegalidades não geram direitos e, por isso, podem ser anulados a qualquer tempo.

O STJ tem entendido que a má-fé afasta a decadência, de modo que o ato administrativo ilegal pode ser a qualquer tempo anulado pela Administração:



“MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CARGO PÚBLICO. HABILITAÇÃO LEGAL. FALTA. EXONERAÇÃO *EX OFFICIO*. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. MÁ-FÉ. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. ART. 54 DA LEI Nº 9.784/99.

I- O prazo decadencial para a Administração anular atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis aos administrados decai em cinco anos, contados de 1º/2/1999, data da entrada em vigor da Lei nº 9.784/99. Contudo, o decurso do tempo não é o único elemento a ser analisado para verificação da decadência administrativa. Embora esta se imponha como óbice à autotutela tanto nos atos nulos quanto nos anuláveis, a má-fé do beneficiário afasta sua incidência.

II - Na hipótese dos autos, a impetrante foi contratada em 15/6/1985 e retornou ao serviço público por meio de portaria concessiva de anistia de 24/11/1994. Muito posteriormente, em 20/8/2007, teve contra si instaurado processo administrativo disciplinar, que culminou na sua exoneração *ex officio* em 24/1/2008.

III - Incumbiria à Administração Pública expor, no ato decisório, as razões de fato e de direito que fundamentariam a não-aplicação do art. 54 da Lei nº 9.784/99, analisando especificamente a existência de má-fé da impetrante. A falta de motivação, neste ponto, acarreta a nulidade do ato de exoneração. Segurança concedida para reconhecer a nulidade da Portaria 8/2008 por vício de motivação, determinando-se a reintegração da impetrante no cargo em que retornou por anistia.”

(3ª Seção, MS 200800558673, Rel. Min. Felix Fischer, DJE 02/02/2009).

No caso, tendo em vista a patente irregularidade no pagamento de benefício assistencial, não há que se falar em decadência e/ou prescrição do direito do INSS em reaver os valores pagos de forma indevida.

Em suas relações com os segurados ou beneficiários, o INSS pratica atos administrativos subordinados à lei, os quais estão sempre sujeitos à revisão, como manifestação do poder/dever de reexame com vistas à proteção do interesse público, no qual se enquadra a Previdência Social.

Nesse sentido, o disposto no art. 69 da Lei nº 8.212, de 24.07.1991, na redação que lhe foi atribuída pela Lei nº 9.528, de 10.12.1997:

“Art. 69. O Ministério da Previdência e Assistência Social e o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS manterão programa permanente de revisão da concessão e da manutenção dos benefícios da Previdência Social, a fim de apurar irregularidades e falhas existentes.

§ 1º Havendo indício de irregularidade na concessão ou na manutenção de benefício, a Previdência Social notificará o beneficiário para apresentar defesa, provas ou documentos de que dispuser, no prazo de trinta dias.

§ 2º A notificação a que se refere o parágrafo anterior far-se-á por via postal com aviso de recebimento e, não comparecendo o beneficiário nem apresentando defesa, será suspenso o benefício, com notificação ao beneficiário por edital resumido publicado uma vez em jornal de circulação na localidade.

§ 3º Decorrido o prazo concedido pela notificação postal ou pelo edital, sem que tenha havido resposta, ou caso seja considerada pela Previdência Social como insuficiente ou improcedente a defesa apresentada, o benefício será cancelado, dando-se conhecimento da decisão ao beneficiário”.

A amparar tal entendimento, a jurisprudência de há muito firmada pelo STF e cristalizada na Súmula nº 473:

“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.”

É bem verdade que, conforme explicita, inclusive, o enunciado transcrito, a revisão do ato administrativo deve se pautar pelo respeito às garantias constitucionais que protegem o cidadão dos atos estatais, notadamente o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Nesse sentido:

“RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. IMPRESCINDIBILIDADE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO ONDE SEJAM GARANTIDAS A AMPLA DEFESA E O CONTRADITÓRIO.

“Para a suspensão do benefício previdenciário, sob o qual existe suspeita de fraude, é indispensável o prévio processo administrativo, onde sejam garantidos, ao interessado, a ampla defesa e o contraditório.”

Recurso desprovido.” (REsp nº 477.555 - RJ, 5ª T., Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 24.3.2003).

Não foi por outra razão que, editada a Lei nº 9.784, de 29-1-1999, que “Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal”, inscreveu-se, em seu art. 2º, norma de proteção ao administrado:

“Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados.

IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;

XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;

XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.”

No caso, fundamental sabermos se efetivamente foram obedecidos tais princípios, notadamente, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Os elementos coligidos aos autos indicam que a resposta é positiva.

Conforme documentação acostada, em 17/10/2003, Maria declarou que estava separada do marido há cinco anos, que não recebia nenhum benefício previdenciário em decorrência da separação, bem como não possuía rendimentos próprios para o seu sustento (fls. 44).

Passou, então, a receber o benefício em 9/4/2004, com DIB fixada em 17/10/2003, data do requerimento administrativo.

Em 22/4/2014, através do ofício n. 573/2014, encaminhado para a Rua Santa Bárbara, 10B - Guarulhos, foi solicitado o comparecimento da autora na Agência da Previdência Social da Vila Maria com o objetivo de verificar se ainda estavam presentes as condições que ensejaram a concessão do benefício, em razão das informações contidas em banco de dados do Governo Federal.

O ofício foi devolvido, por não existir o número naquele logradouro, conforme Aviso de Recebimento de fls. 85.

Foi expedido novo ofício (n. 847/2014), em 2/6/2014, este encaminhado para a Rua São João do Oriente, 13 - Guarulhos, contendo as mesmas informações do anterior, o qual foi recebido pelo senhor Manoel Pastore Junior, conforme consta do Aviso de Recebimento juntado às fls. 87.

Ao comparecer à APS da Vila Maria, em 11/6/2014, a autora declarou, que seu grupo familiar era composto por ela e pelo marido, Manoel Pastore Junior, e que ele não possuía renda. Apresentou sua certidão de casamento, além de comprovante de pagamento de conta de luz em nome dele (fls. 88/92).

No decorrer do procedimento administrativo, foi apurado que o marido da autora era funcionário aposentado da Universidade Federal de São Paulo, desde 1/12/2010 (fls. 99), tendo seu vínculo de trabalho iniciado em 8/1/1990.

A autora foi notificada, em 16/7/2014, para apresentar defesa e documentos que pudessem demonstrar a regularidade no recebimento do benefício, tendo o prazo decorrido sem qualquer manifestação.

Diante da ausência de manifestação da autora, foi expedido novo ofício pelo INSS (n. 1263/2014), informando a irregularidade no recebimento do benefício e sua cessação, bem como a existência de débito, relativo ao período de 17/10/2003 a 30/6/2014, no montante de R\$ 75.993,32, atualizado para 7/2014. Foi concedido o prazo de 30 dias para apresentação de recurso à Junta de Recursos da Previdência Social.

Referido ofício, que foi recebido em 4/8/2014, esclarece ainda: *Caso não seja apresentado o pedido de recurso, ou este seja indeferido em última e definitiva instância, será passível de cobrança os valores que foram indevidamente recebidos, sendo que a senhora, caso desejar, poderá solicitar a guia GPS para a quitação do débito, ou apresentar pedido de parcelamento do débito em até 60 vezes, devendo para isso comparecer no endereço abaixo.*

A autora encaminhou carta para a APS da Vila Maria, declarando que é separada de Manoel Pastore há mais de 15 anos, que vive sozinha e, por isso, depende do benefício para sobreviver. Informa, ainda que sofre de artrose nos joelhos e que o ex-marido vive com outra mulher e é dependente de álcool (fls. 121).

Diante disso, foram determinadas novas diligências para a apuração dos fatos, sendo encaminhada uma pesquisadora para a casa da autora, que constatou que ela residia no mesmo endereço do marido, mas em casas separadas. Pela autora foi dito que desconhecia a

existência do vínculo de trabalho dele com a UNIFESP porque não conversa com o marido e dele também não recebe nenhuma ajuda, que ele sofre de alcoolismo e é agressivo, vivendo cada um em sua casa.

Em face das divergências apontadas nas diversas manifestações da autora, foi mantida a suspensão do benefício.

Em 27/2/2015, foi expedido o ofício n. 256/2015, encaminhando a guia GPS para quitação do débito e ressaltando que o valor apurado poderia ser pago em até 60 vezes, mediante apresentação de pedido de parcelamento, no prazo de 30 dias.

Vieram à tona informações que indicam o irregular recebimento dos valores atinentes ao benefício assistencial pela autora, *no período de 17/10/2003 a 30/6/2014*, tendo em vista as informações falsas prestadas por parte da autora.

Agora, em sede judicial, argumenta a autora impossibilidade de o INSS reaver o que lhe fora pago de maneira irregular, seja em decorrência da suposta falha de serviço da Administração, seja com base na boa fé de sua conduta.

Da narrativa da tramitação do processo em referência, é de se concluir por sua lisura.

Evidentemente que a autora, beneficiada por conduta irregular, não comprovou perante o INSS o exigido nos autos do procedimento administrativo pelo simples fato de ter prestado declarações inverídicas ou, no mínimo, divergentes sobre a sua real condição.

A conclusão, inarredável, decorrente do exame das cópias que compõe o processo administrativo, é a de que a suspensão do benefício da autora, com a consequente cobrança dos valores indevidamente pagos a ela, no período indicado, foi efetivada após ter sido oferecida a oportunidade dela se contrapor ao conjunto probatório esboçado pela autarquia previdenciária, comprovando a situação de lisura no recebimento do referido benefício.

Logo, da decisão administrativa aqui questionada já não cabe mais qualquer recurso naquele âmbito, conforme a prova dos autos.

Por fim, não que se falar em boa-fé. A uma, porque não se coaduna com o recebimento de valores pagos indevidamente *em decorrência de fraude/irregularidade* na concessão do benefício. A duas, porque a apelante, *com ou sem intermediário*, foi beneficiária direta da irregularidade descoberta no decorrer do procedimento administrativo, usufruindo do enriquecimento sem causa, mês a mês, ocorrido durante o recebimento indevido do benefício em questão.

Em suma, apurada irregularidade no pagamento do benefício a devolução das parcelas recebidas indevidamente é imperativo lógico e jurídico que se impõe, devendo a sentença ser reformada para julgar improcedente o pedido inicial, restando prejudicada a análise da apelação da Defensoria Pública.

Condene a autora no pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios de 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, suspensa a sua exigibilidade por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita, nos termos do art. 98, § 3º, do CPC/2015.

DOU PROVIMENTO à apelação do INSS para julgar *improcedente* o pedido inicial, prejudicada a apelação da DPU, nos termos da fundamentação.

REVOGO a tutela específica concedida anteriormente.

Oficie-se ao INSS para imediato cumprimento desta decisão.

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

## APELAÇÃO CÍVEL

### 0008848-13.2016.4.03.6105

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelada: FRANCISCO ELIAS DE SOUZA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/01/2020

### EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. REVISÃO. ATIVIDADE ESPECIAL. TRANSPORTE DE GLP. APOSENTADORIA INTEGRAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. APELAÇÃO DO INSS PARCIALMENTE PROVIDA.

1 - Verifica-se que o pedido formulado pela parte autora encontra previsão legal, especificamente na Lei de Benefícios.

2 - Com relação ao reconhecimento da atividade exercida como especial e em obediência ao aforismo *tempus regit actum*, uma vez prestado o serviço sob a égide de legislação que o ampara, o segurado adquire o direito à contagem como tal, bem como à comprovação das condições de trabalho na forma então exigida, não se aplicando retroativamente lei nova que venha a estabelecer restrições à admissão do tempo de serviço especial (STJ, AgRg no REsp 493.458/RS e REsp 491.338/RS; Súmula nº 13 TR-JEF-3ªR; artigo 70, § 1º, Decreto nº 3.048/1999).

3 - Em período anterior à da edição da Lei nº 9.032/95, a aposentadoria especial e a conversão do tempo trabalhado em atividades especiais eram concedidas em virtude da categoria profissional, conforme a classificação inserta no Anexo do Decreto nº 53.831, de 25 de março de 1964, e nos Anexos I e II do Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979, ratificados pelo art. 292 do Decreto nº 611, de 21 de julho de 1992, o qual regulamentou, inicialmente, a Lei de Benefícios, preconizando a desnecessidade de laudo técnico da efetiva exposição aos agentes agressivos, exceto para ruído e calor.

4 - A Lei nº 9.032, de 29 de abril de 1995, deu nova redação ao art. 57 da Lei de Benefícios, alterando substancialmente o seu §4º, passando a exigir a demonstração da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, químicos, físicos e biológicos, de forma habitual e permanente, sendo suficiente a apresentação de formulário-padrão fornecido pela empresa. A partir de então, retirou-se do ordenamento jurídico a possibilidade do mero enquadramento da atividade do segurado em categoria profissional considerada especial, mantendo, contudo, a possibilidade de conversão do tempo de trabalho comum em especial. Precedentes do STJ.

5 - O Decreto nº 53.831/64 foi o primeiro a trazer a lista de atividades especiais para efeitos previdenciários, tendo como base a atividade profissional ou a exposição do segurado a agentes nocivos. Já o Decreto nº 83.080/79 estabeleceu nova lista de atividades profissionais, agentes físicos, químicos e biológicos presumidamente nocivos à saúde, para fins de aposentadoria especial, sendo que, o Anexo I classificava as atividades de acordo com os agentes nocivos enquanto que o Anexo II trazia a classificação das atividades segundo os grupos profissionais.

6 - Com o advento da Lei nº 6.887/1980, ficou claramente explicitado na legislação a



hipótese da conversão do tempo laborado em condições especiais em tempo comum, de forma a harmonizar a adoção de dois sistemas de aposentadoria díspares, um comum e outro especial, o que não significa que a atividade especial, antes disso, deva ser desconsiderada para fins de conversão, eis que tal circunstância decorreria da própria lógica do sistema.

7 - Posteriormente, a Medida Provisória nº 1.523, de 11/10/1996, sucessivamente reeditada até a Medida Provisória nº 1.523-13, de 25/10/1997, convalidada e revogada pela Medida Provisória nº 1.596-14, de 10/11/1997, e ao final convertida na Lei nº 9.528, de 10/12/1997, modificou o artigo 58 e lhe acrescentou quatro parágrafos. A regulamentação dessas regras veio com a edição do Decreto nº 2.172, de 05/03/1997, em vigor a partir de sua publicação, em 06/03/1997, que passou a exigir laudo técnico das condições ambientais de trabalho, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

8 - Em suma: (a) até 28/04/1995, é possível a qualificação da atividade laboral pela categoria profissional ou pela comprovação da exposição a agente nocivo, por qualquer modalidade de prova; (b) a partir de 29/04/1995, é defeso reconhecer o tempo especial em razão de ocupação profissional, sendo necessário comprovar a exposição efetiva a agente nocivo, habitual e permanentemente, por meio de formulário-padrão fornecido pela empresa; (c) a partir de 10/12/1997, a aferição da exposição aos agentes pressupõe a existência de laudo técnico de condições ambientais, elaborado por profissional apto ou por perfil profissiográfico previdenciário (PPP), preenchido com informações extraídas de laudo técnico e com indicação dos profissionais responsáveis pelos registros ambientais ou pela monitoração biológica, que constitui instrumento hábil para a avaliação das condições laborais.

9 - O Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), instituído pela Lei nº 9.528/97, emitido com base nos registros ambientais e com referência ao responsável técnico por sua aferição, substitui, para todos os efeitos, o laudo pericial técnico, quanto à comprovação de tempo laborado em condições especiais.

10 - Saliente-se ser desnecessário que o laudo técnico seja contemporâneo ao período em que exercida a atividade insalubre. Precedentes deste E. TRF 3º Região.

11 - A desqualificação em decorrência do uso de EPI vincula-se à prova da efetiva neutralização do agente, sendo que a mera redução de riscos e a dúvida sobre a eficácia do equipamento não infirmam o cômputo diferenciado. Cabe ressaltar, também, que a tese consagrada pelo C. STF excepcionou o tratamento conferido ao agente agressivo ruído, que, ainda que integralmente neutralizado, evidencia o trabalho em condições especiais.

12 - Vale frisar que a apresentação de laudos técnicos de forma extemporânea não impede o reconhecimento da especialidade, eis que de se supor que, com o passar do tempo, a evolução da tecnologia tem aptidão de redução das condições agressivas. Portanto, se constatado nível de ruído acima do permitido, em períodos posteriores ao laborado pela parte autora, forçoso concluir que, nos anos anteriores, referido nível era superior.

13 - Acresça-se, ainda, ser possível a conversão do tempo especial em comum, independentemente da data do exercício da atividade especial, conforme se extrai da conjugação das regras dos arts. 28 da Lei nº 9.711/98 e 57, § 5º, da Lei nº 8.213/91.

14 - Observa-se que o fator de conversão a ser aplicado é o 1,40, nos termos do art. 70 do Decreto nº 3.048/99, conforme orientação sedimentada no E. Superior Tribunal de Justiça.

15 - A r. sentença reconheceu a especialidade do labor no período de 01/07/2005 a 23/02/2010 e condenou o INSS a revisar o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição do autor, a partir da data do requerimento administrativo, com efeitos financeiros a partir da citação.

16 - Conforme Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP (ID 35100914 – págs. 33/34), no período de 01/07/2005 a 23/02/2010, laborado na empresa Trazgaz Comércio de Gás Ltda, o autor atuava no processo de vendas externas - domicílios e empresas - de Gás Liquefeito de Petróleo - GLP em botijões em cargas variadas, conduzindo caminhões de pequeno porte; além de carregar e descarregar botijões em locais previamente estabelecidos; conferir o carregamento/descarregamento na empresa, e atuar na cobrança dos produtos comercializados durante o período, finalizando o processo; exposto, entre outros agentes nocivos, a risco de explosão e incêndio.

17 - Como bem salientou a r. sentença: *“Embora o formulário não mencione a análise quantitativa dos agentes nocivos, verifico a presença do risco de explosão em decorrência do transporte de produtos inflamáveis (GLP – Gás Liquefeito de Petróleo), o que torna a atividade perigosa. A NR 16 anexo 2, dispõe que são consideradas perigosas as operações de transporte de inflamáveis líquidos ou gasosos liquefeitos, incluindo aí o motorista e o ajudante: ‘16.6 As operações de transporte de inflamáveis líquidos ou gasosos liquefeitos, em quaisquer vasilhames e a granel, são consideradas em condições de periculosidade.’. O transporte dos líquidos inflamáveis acima mencionados ocasiona ao autor o risco de morte por explosão, caracterizando a periculosidade da atividade.”*

18 - Desta forma, por ser considerada perigosa, com risco à integridade física em razão do contato habitual e permanente com produtos inflamáveis, reputa-se *demonstrada a especialidade da atividade no período de 01/07/2005 a 23/02/2010*.

19 - Anote-se, por oportuno, que a questão da supressão de agentes perigosos do rol do Decreto nº 2.172/97 restou superada, nos termos do entendimento adotado no REsp nº 1.306.113/SC, representativo de controvérsia, pela Primeira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça, cabendo ressaltar a menção feita naquele julgado quanto ao caráter exemplificativo das atividades nocivas elencadas na legislação previdenciária e a possibilidade de caracterização da especialidade com base em elementos técnicos e na legislação trabalhista.

20 - Desta forma, conforme tabela anexa, após converter o período especial em tempo comum, aplicando-se o fator de conversão de 1.4, e somá-lo aos demais períodos comuns e especiais já reconhecidos administrativamente pelo INSS (ID 35100915 – págs. 96/99) e anotados em CTPS (ID 35100914 – págs. 42/100 e ID 35100915 – pág. 1); constata-se que o autor, na data do requerimento administrativo (23/02/2010 – ID 35100915 – pág. 2), contava com *35 anos, 10 meses e 8 dias* de tempo total de atividade, suficiente para a concessão de aposentadoria integral por tempo de contribuição; fazendo, portanto, jus à revisão de seu benefício.

21 - Ressalte-se que, diante da ausência de recurso da parte autora, os efeitos financeiros da revisão devem ser mantidos a partir da data da citação (15/06/2006 – ID 35100915 – págs. 132/133), conforme determinado em sentença.

22 - A correção monetária dos valores em atraso deverá ser calculada de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal até a promulgação da Lei nº 11.960/09, a partir de quando será apurada, conforme julgamento proferido pelo C. STF, sob a sistemática da repercussão geral (Tema nº 810 e

RE nº 870.947/SE), pelos índices de variação do IPCA-E, tendo em vista os efeitos *ex tunc* do mencionado pronunciamento.

23 - Os juros de mora, incidentes até a expedição do ofício requisitório, devem ser fixados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, por refletir as determinações legais e a jurisprudência dominante.

24 - Apelação INSS parcialmente provida.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento à apelação do INSS, para estabelecer que sobre os valores em atraso incidirá correção monetária de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal até a promulgação da Lei nº 11.960/09, a partir de quando será apurada pelos índices de variação do IPCA-E, e juros de mora até a expedição do ofício requisitório, de acordo com o mesmo Manual; mantendo-se, no mais, a r. sentença proferida em 1º grau de jurisdição, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

### RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO (RELATOR):

Trata-se de apelação interposta pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, em ação previdenciária ajuizada por FRANCISCO ELIAS DE SOUZA, objetivando a revisão de aposentadoria por tempo de contribuição, mediante o reconhecimento de trabalho exercido em condições especiais.

A r. sentença (ID 35100917 – págs. 19/32) julgou parcialmente procedente o pedido inicial e condenou o INSS a: “(1) averbar a especialidade do período de 01/07/2005 a 23/02/2010 – periculosidade pelo transporte de líquidos inflamáveis; (2) converter o tempo especial em tempo comum, nos termos dos cálculos desta sentença; (3) revisar a renda mensal do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, conforme tempo apurado na tabela acima até a DER (23/02/2010), com repercussão financeira a partir de 15/06/2016 – data da citação; (4) pagar, após o trânsito em julgado, o valor correspondente às parcelas em atraso”, acrescido de correção monetária e juros de mora. Sucumbência recíproca. Sem custas. Decisão não submetida à remessa necessária.

Em razões recursais (ID 35100917 – págs. 36/54), o INSS pugna pela reforma da r. sentença, ao fundamento de que, no seu entender, não restou comprovada a especialidade do labor. Subsidiariamente, insurge-se em relação à correção monetária e aos juros de mora fixados.

Devidamente processado o recurso, com contrarrazões, foram os autos remetidos a este Tribunal Regional Federal.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

**VOTO**

O EXMO. SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO (RELATOR):

Verifico que o pedido formulado pela parte autora encontra previsão legal, especificamente na Lei de Benefícios.

Com relação ao reconhecimento da atividade exercida como especial e em obediência ao aforismo *tempus regit actum*, uma vez prestado o serviço sob a égide de legislação que o ampara, o segurado adquire o direito à contagem como tal, bem como à comprovação das condições de trabalho na forma então exigida, não se aplicando retroativamente lei nova que venha a estabelecer restrições à admissão do tempo de serviço especial (STJ, AgRg no REsp 493.458/RS e REsp 491.338/RS; Súmula nº 13 TR-JEF-3ªR; artigo 70, § 1º, Decreto nº 3.048/1999).

Cumpra salientar que em período anterior à da edição da Lei nº 9.032/95, a aposentadoria especial e a conversão do tempo trabalhado em atividades especiais eram concedidas em virtude da categoria profissional, conforme a classificação inserta no Anexo do Decreto nº 53.831, de 25 de março de 1964, e nos Anexos I e II do Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979, ratificados pelo art. 292 do Decreto nº 611, de 21 de julho de 1992, o qual regulamentou, inicialmente, a Lei de Benefícios, preconizando a desnecessidade de laudo técnico da efetiva exposição aos agentes agressivos, exceto para ruído e calor.

Ou seja, a Lei nº 9.032, de 29 de abril de 1995, deu nova redação ao art. 57 da Lei de Benefícios, alterando substancialmente o seu §4º, passando a exigir a demonstração da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, químicos, físicos e biológicos, de forma habitual e permanente, sendo suficiente a apresentação de formulário-padrão fornecido pela empresa. A partir de então, retirou-se do ordenamento jurídico a possibilidade do mero enquadramento da atividade do segurado em categoria profissional considerada especial, mantendo, contudo, a possibilidade de conversão do tempo de trabalho comum em especial.

Sobre o tema, precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça: 6ª Turma, REsp nº 440955, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 18/11/2004, DJ 01/02/2005, p. 624; 6ª Turma, AgRg no REsp nº 508865, Rel. Min. Paulo Medina, j. 07/08/2003, DJ 08/09/2003, p. 374.

O Decreto nº 53.831/64 foi o primeiro a trazer a lista de atividades especiais para efeitos previdenciários, tendo como base a atividade profissional ou a exposição do segurado a agentes nocivos.

Já o Decreto nº 83.080/79 estabeleceu nova lista de atividades profissionais, agentes físicos, químicos e biológicos presumidamente nocivos à saúde, para fins de aposentadoria especial, sendo que, o Anexo I classificava as atividades de acordo com os agentes nocivos enquanto que o Anexo II trazia a classificação das atividades segundo os grupos profissionais.

Com o advento da Lei nº 6.887/1980, ficou claramente explicitado na legislação a hipótese da conversão do tempo laborado em condições especiais em tempo comum, de forma a harmonizar a adoção de dois sistemas de aposentadoria díspares, um comum e outro especial, o que não significa que a atividade especial, antes disso, deva ser desconsiderada para fins de conversão, eis que tal circunstância decorreria da própria lógica do sistema.

Posteriormente, a Medida Provisória nº 1.523, de 11/10/1996, sucessivamente reeditada até a Medida Provisória nº 1.523-13, de 25/10/1997, convalidada e revogada pela Medida Provisória nº 1.596-14, de 10/11/1997, e ao final convertida na Lei nº 9.528, de 10/12/1997, modificou o artigo 58 e lhe acrescentou quatro parágrafos. A regulamentação dessas regras veio com a edição do Decreto nº 2.172, de 05/03/1997, em vigor a partir de sua publicação, em

06/03/1997, que passou a exigir laudo técnico das condições ambientais de trabalho, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

Em suma: (a) até 28/04/1995, é possível a qualificação da atividade laboral pela categoria profissional ou pela comprovação da exposição a agente nocivo, por qualquer modalidade de prova; (b) a partir de 29/04/1995, é defeso reconhecer o tempo especial em razão de ocupação profissional, sendo necessário comprovar a exposição efetiva a agente nocivo, habitual e permanentemente, por meio de formulário-padrão fornecido pela empresa; (c) a partir de 10/12/1997, a aferição da exposição aos agentes pressupõe a existência de laudo técnico de condições ambientais, elaborado por profissional apto ou por perfil profissiográfico previdenciário (PPP), preenchido com informações extraídas de laudo técnico e com indicação dos profissionais responsáveis pelos registros ambientais ou pela monitoração biológica, que constitui instrumento hábil para a avaliação das condições laborais.

Importante ressaltar que o Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), instituído pela Lei nº 9.528/97, emitido com base nos registros ambientais e com referência ao responsável técnico por sua aferição, substitui, para todos os efeitos, o laudo pericial técnico, quanto à comprovação de tempo laborado em condições especiais.

Saliente-se, mais, e na esteira de entendimento deste E. TRF, “a *desnecessidade de que o laudo técnico seja contemporâneo ao período em que exercida a atividade insalubre*, em face de inexistência de previsão legal para tanto, e desde que não haja mudanças significativas no cenário laboral” (TRF-3, APELREEX 0004079-86.2012.4.03.6109, OITAVA TURMA, Rel. Des. Fed. TANIA MARANGONI, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 15/05/2015). No mesmo sentido: TRF 3ª Região, SÉTIMA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1423903 - 0002587-92.2008.4.03.6111, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES, julgado em 24/10/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/11/2016).

Por derradeiro, no que se refere ao uso de equipamento de proteção individual, verifica-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE 664.335/SC, em sede de repercussão geral, fixou duas teses:

“(...) a primeira tese objetiva que se firma é: 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”;

(...)

“a segunda tese fixada neste Recurso Extraordinário é a seguinte: na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual - EPI, não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria” (STF, ARE 664.335, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 04/12/2014, DJe n. 29, de 11.02.2015, public. 12.02.2015) (grifos nossos).

Destarte, a desqualificação em decorrência do uso de EPI vincula-se à prova da efetiva neutralização do agente, sendo que a mera redução de riscos e a dúvida sobre a eficácia do



equipamento não infirmam o cômputo diferenciado. Cabe ressaltar, também, que a tese consagrada pelo C. STF excepcionou o tratamento conferido ao agente agressivo ruído, que, ainda que integralmente neutralizado, evidencia o trabalho em condições especiais.

Saliente-se que, conforme declinado alhures, a apresentação de laudos técnicos de forma extemporânea não impede o reconhecimento da especialidade, eis que de se supor que, com o passar do tempo, a evolução da tecnologia tem aptidão de redução das condições agressivas. Portanto, se constatado nível de ruído acima do permitido, em períodos posteriores ao laborado pela parte autora, forçoso concluir que, nos anos anteriores, referido nível era superior.

Acresça-se, ainda, ser possível a conversão do tempo especial em comum, independentemente da data do exercício da atividade especial, conforme se extrai da conjugação das regras dos arts. 28 da Lei nº 9.711/98 e 57, § 5º, da Lei nº 8.213/91.

Observa-se que o fator de conversão a ser aplicado é o 1,40, nos termos do art. 70 do Decreto nº 3.048/99, conforme orientação sedimentada no E. Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CONVERSÃO DO TEMPO DE SERVIÇO EXERCIDO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS PARA COMUM. FATOR DE CONVERSÃO. INCIDÊNCIA DO DECRETO N. 4.827/2003, QUE ALTEROU O ART. 70 DO DECRETO N. 3.048/1999. MATÉRIA DECIDIDA SOB O RITO DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. “A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do REsp.1.151.363/MG, representativo da controvérsia, realizado em 23.3.2011 e de relatoria do douto Ministro JORGE MUSSI, firmou o entendimento de que, de acordo com a alteração dada pelo Decreto 4.827/2003 ao Decreto 3.048/99, a conversão dos períodos de tempo especial desenvolvidos em qualquer época será realizada de acordo com as novas regras da tabela definida no artigo 70 que, para o tempo de serviço especial correspondente a 25 anos, utiliza como fator de conversão, para homens, o multiplicador 1,40”. (AgRg no REsp n. 1.080.255/MG, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 15.04.2011) 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1172563/MG, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2011, DJe 01/07/2011) (grifos nossos).

#### *Do caso concreto.*

A r. sentença reconheceu a especialidade do labor no período de 01/07/2005 a 23/02/2010 e condenou o INSS a revisar o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição do autor, a partir da data do requerimento administrativo, com efeitos financeiros a partir da citação.

Conforme Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP (ID 35100914 – págs. 33/34), no período de 01/07/2005 a 23/02/2010, laborado na empresa Trazgaz Comércio de Gás Ltda, o autor atuava no processo de vendas externas - domicílios e empresas - de Gás Liquefeito de Petróleo - GLP em botijões em cargas variadas, conduzindo caminhões de pequeno porte; além de carregar e descarregar botijões em locais previamente estabelecidos; conferir o carregamento/descarregamento na empresa, e atuar na cobrança dos produtos comercializados durante o período, finalizando o processo; exposto, entre outros agentes nocivos, a risco de explosão e incêndio.

Como bem salientou a r. sentença:

“Embora o formulário não mencione a análise quantitativa dos agentes nocivos, verifico a presença do risco de explosão em decorrência do transporte de produtos inflamáveis (GLP — Gás Liquefeito de Petróleo), o que torna a atividade perigosa.

A NR 16 anexo 2, dispõe que são consideradas perigosas as operações de transporte de inflamáveis líquidos ou gasosos liquefeitos, incluindo aí o motorista e o ajudante: ‘16.6 As operações de transporte de inflamáveis líquidos ou gasosos liquefeitos, em quaisquer vasilhames e a granel, são consideradas em condições de periculosidade.’

O transporte dos líquidos inflamáveis acima mencionados ocasiona ao autor o risco de morte por explosão, caracterizando a periculosidade da atividade.”

Desta forma, por ser considerada perigosa, com risco à integridade física em razão do contato habitual e permanente com produtos inflamáveis, reputo *demonstrada a especialidade da atividade no período de 01/07/2005 a 23/02/2010*.

Anote-se, por oportuno, que a questão da supressão de agentes perigosos do rol do Decreto nº 2.172/97 restou superada, nos termos do entendimento adotado no REsp nº 1.306.113/SC, representativo de controvérsia, pela Primeira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça, cabendo ressaltar a menção feita naquele julgado quanto ao caráter exemplificativo das atividades nocivas elencadas na legislação previdenciária e a possibilidade de caracterização da especialidade com base em elementos técnicos e na legislação trabalhista.

Assim, conforme tabela anexa, após converter o período especial em tempo comum, aplicando-se o fator de conversão de 1.4, e somá-lo aos demais períodos comuns e especiais já reconhecidos administrativamente pelo INSS (ID 35100915 – págs. 96/99) e anotados em CTPS (ID 35100914 – págs. 42/100 e ID 35100915 – pág. 1); constata-se que o autor, na data do requerimento administrativo (23/02/2010 – ID 35100915 – pág. 2), contava com *35 anos, 10 meses e 8 dias* de tempo total de atividade, suficiente para a concessão de aposentadoria integral por tempo de contribuição; fazendo, portanto, jus à revisão de seu benefício.

Ressalte-se que, diante da ausência de recurso da parte autora, os efeitos financeiros da revisão devem ser mantidos a partir da data da citação (15/06/2006 – ID 35100915 – págs. 132/133), conforme determinado em sentença.

A correção monetária dos valores em atraso deverá ser calculada de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal até a promulgação da Lei nº 11.960/09, a partir de quando será apurada, conforme julgamento proferido pelo C. STF, sob a sistemática da repercussão geral (Tema nº 810 e RE nº 870.947/SE), pelos índices de variação do IPCA-E, tendo em vista os efeitos *ex tunc* do mencionado pronunciamento.

Os juros de mora, incidentes até a expedição do ofício requisitório, devem ser fixados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, por refletir as determinações legais e a jurisprudência dominante.

Diante do exposto, *dou parcial provimento à apelação do INSS*, para estabelecer que sobre os valores em atraso incidirá correção monetária de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal até a promulgação da Lei nº 11.960/09, a partir de quando será apurada pelos índices de variação do IPCA-E, e juros de mora até a expedição do ofício requisitório, de acordo com o mesmo Manual; mantendo-se, no mais, a r. sentença proferida em 1º grau de jurisdição.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

## **APELAÇÃO CÍVEL**

### **0016719-18.2017.4.03.9999**

Apelante: GILMAR ESTEVO DE ARAUJO  
 Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA  
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/01/2020

### **EMENTA**

**DIREITO PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO MATERNIDADE. ÓBITO DA GENITORA. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO AO GENITOR. POSSIBILIDADE. PROTEÇÃO DA CRIANÇA.**

- 1 No caso de falecimento da mãe da criança, o cônjuge sobrevivente tem direito ao salário maternidade.
2. O benefício de salário maternidade é concedido em favor da criança, nos seus primeiros meses de vida, para ter suas necessidades providas, nos termos dos Arts. 6º e 227, da CF.
4. Em respeito ao princípio da isonomia, sendo o autor, cônjuge viúvo, segurado do RGPS, é de se conceder o benefício de salário maternidade. Precedentes do TRF da 3ª Região.
5. A correção monetária, que incide sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências, e os juros de mora devem ser aplicados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal e, no que couber, observando-se o decidido pelo e. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da questão de ordem nas ADIs 4357 e 4425.
6. Os juros de mora incidirão até a data da expedição do precatório/RPV, conforme entendimento consolidado na c. 3ª Seção desta Corte (AL em EI nº 0001940-31.2002.4.03.610). A partir de então deve ser observada a Súmula Vinculante nº 17.
7. Os honorários advocatícios devem observar as disposições contidas no inciso II, do § 4º, do Art. 85, do CPC.
8. Apelação provida em parte.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Decima Turma, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento a apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

### **RELATÓRIO**

Trata-se de apelação interposta em face de sentença proferida em autos de ação de reconhecimento na qual se busca a concessão do benefício de salário maternidade para o pai da criança Lívia Serotini de Araújo, nascida em 13/06/15, em decorrência do óbito da mãe da criança na data do parto.

Nos autos do agravo de instrumento, autuado sob o nº 0023793-21.2015.4.03.0000, foi deferida a tutela antecipada, determinando a implantação do benefício (fls. 189).

O MM. Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido, condenando o autor em honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa, observando tratar-se de beneficiário da justiça gratuita.

Apela o autor, pleiteando a reforma da r. sentença.

Sem contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

### VOTO

O autor é pai da criança Lívia Serotini de Araújo, nascida em 13/06/15 (fl. 30Vº) e pleiteia o salário maternidade, tendo em vista que a mãe da criança e sua esposa, Michele Serotini de Araújo, faleceu na data do parto de sua filha (fl. 29).

Dispõe o Art. 71-B, da Lei 8.213/91:

Art. 71-B. No caso de falecimento da segurada ou segurado que fizer jus ao recebimento do salário-maternidade, o benefício será pago, por todo o período ou pelo tempo restante a que teria direito, ao cônjuge ou companheiro sobrevivente que tenha a qualidade de segurado, exceto no caso do falecimento do filho ou de seu abandono, observadas as normas aplicáveis ao salário-maternidade. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013)

§ 1º O pagamento do benefício de que trata o *caput* deverá ser requerido até o último dia do prazo previsto para o término do salário-maternidade originário. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013)

§ 2º O benefício de que trata o *caput* será pago diretamente pela Previdência Social durante o período entre a data do óbito e o último dia do término do salário-maternidade originário e será calculado sobre: (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013)

I - a remuneração integral, para o empregado e trabalhador avulso; (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013)

II - o último salário-de-contribuição, para o empregado doméstico; (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013)

III - 1/12 (um doze avos) da soma dos 12 (doze) últimos salários de contribuição, apurados em um período não superior a 15 (quinze) meses, para o contribuinte individual, facultativo e desempregado; e (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013) (Vigência)

IV - o valor do salário mínimo, para o segurado especial. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013) (Vigência)

§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo ao segurado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013)

No caso de morte da mãe da criança, o cônjuge sobrevivente tem direito ao salário maternidade.

O autor é segurado da Previdência Social, como se vê do CNIS de fl. 81.

O INSS alega que a falecida mãe da criança, na data do óbito, não detinha a qualidade de segurada, vez que o último vínculo ocorreu em 15/09/12 (fl. 86).

Todavia, o autor. viúvo e pai da criança, é segurado do RGPS e o benefício é concedido

em favor da criança, nos seus primeiros meses de vida, para ter suas necessidades providas, nos termos dos Arts. 6º e 227, da CF.

Imagine-se a situação inversa e comum, da trabalhadora que tem direito ao salário maternidade. Não se exige que o seu cônjuge ou companheiro detenha também a qualidade de segurado para a concessão do benefício.

Assim, em razão do princípio da isonomia, faz jus ao benefício o autor, cônjuge viúvo, ao benefício de salário maternidade conforme julgados abaixo transcritos:

PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. ÓBITO DA GENITORA. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO EM NOME DO GENITOR. POSSIBILIDADE. PROTEÇÃO DA CRIANÇA. ANALOGIA. ARTIGO 4º DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO.

- O salário-maternidade encontra-se disciplinado nos artigos 71 a 73 da Lei nº 8.213/91, consistindo em remuneração devida a qualquer segurada gestante durante 120 dias, com início no período entre 28 dias antes do parto e a data de ocorrência deste ou, ainda, à mãe adotiva ou guardiã para fins de adoção, por igual período.

- O direito da adotante ao salário-maternidade foi inovação introduzida pela Lei nº 10.421, de 15 de abril de 2002.

- O legislador promoveu, por meio da Lei nº 12.873, de 24 de outubro de 2013, a equiparação do período de gozo do benefício em relação a todos os casos de adoção infantil, superando o critério anterior, que estabelecia menor tempo de recebimento do auxílio quanto maior fosse a idade do adotado.

- Os cuidados com a criança norteiam o sistema previdenciário, no tocante ao referido benefício.

- Possibilidade de aplicação dos expedientes previstos no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, conforme redação dada pela Lei nº 12.376/2010.

- Na hipótese em que a mãe venha a falecer, considerando-se o interesse da criança em ter suas necessidades providas, possível a concessão do benefício, por analogia, ao pai, ora viúvo, concretizando-se a garantia prevista no artigo 227 da Constituição Federal. Precedentes desta Corte.

- Apelação do INSS improvida.

(TRF3, 8ª Turma, AC 0001236-30.2012.4.03.6116, Rel. Des. Fed. Therezinha Cazerta, j. 26/05/2014, DJ 06/06/2014)

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MATERNIDADE PARA O PAI DAS CRIANÇAS. ANALOGIA.

I - Considerando-se que o salário-maternidade não é um benefício destinado à mãe segurada, mas sim à proteção da criança em seus primeiros meses de vida, impõe-se ratificar o entendimento do r. Juízo *a quo*, no sentido de que aplica-se *in casu* o princípio constitucional da isonomia para que a criança que não pode ter os cuidados e a atenção de sua mãe em seu início de vida, possa receber esses cuidados de seu pai, que não seriam integrais, caso não lhe fosse concedido o benefício em epígrafe.

II - Apelação do INSS improvida.

(TRF3, 10ª Turma, AC 0001684-04.2011.4.03.6127, Rel. Des. Fed. Sergio Nascimento, j. 21/05/2013, DJ 29/05/2013)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, §1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. LICENÇA-PATERNIDADE NOS MOLDES DO SALÁRIO-MATERNIDADE. CONCESSÃO DA TUTELÇA ANTECIPADA MANTIDA. ARTIGO 273 E INCISOS DO CPC. ARTIGOS 226 E 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.



1- O risco de dano irreparável ou de difícil reparação é evidente, tendo em vista a situação *sui generis* em que o autor se encontra e considerando a proteção que a Constituição Federal atribui aos direitos da personalidade (vida e integridade).

2- O salário-maternidade, na dicção do artigo 71 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, é devido às seguradas da Previdência Social durante o período de 120 (cento e vinte) dias, sendo que o início desse benefício deve ocorrer 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.

3- No caso concreto, deve ser levado em conta o verdadeiro objetivo da licença-maternidade e do salário-maternidade que é a proteção do menor. Nada mais razoável que conceder o benefício previdenciário ao pai viúvo, que se deparou com um filho recém-nascido, aliado da proteção e dos cuidados maternos pelo óbito da mãe, sua companheira, em decorrência de complicações pós-parto.

4- Nesta situação, este pai deverá exercer além de suas funções, também as funções que seriam esperadas de sua esposa, em esforço hercúleo para suprir tal ausência, tanto fisicamente quanto emocionalmente, nos cuidados ao seu filho, que agora depende única e exclusivamente do agravado, em todos os aspectos.

5- O art. 226 da CF estabelece que a família, base da sociedade, goza da proteção especial do Estado. A proteção à infância faz parte dos Direitos Sociais, expressos no Art. 6º da Carta Magna.

6- Agravo a que se nega provimento.

(TRF3, 7ª Turma, AI 0036057-75.2012.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Fausto de Sanctis, j. 21/10/2013, DJ 30/10/2013)

Destarte, é de se reformar a r. sentença, devendo o réu conceder ao autor o benefício de salário maternidade em razão do nascimento de sua filha Livia Serotini de Araújo, ocorrido em 13/06/15, corrigido monetariamente e acrescido de juros de mora.

A correção monetária, que incide sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências, e os juros de mora devem ser aplicados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, observando-se a aplicação do IPCA-E conforme decisão do e. STF, em regime de julgamento de recursos repetitivos no RE 870947, e o decidido também por aquela Corte quando do julgamento da questão de ordem nas ADIs 4357 e 4425.

Os juros de mora incidirão até a data da expedição do precatório/RPV, conforme decidido em 19.04.2017 pelo Pleno do e. Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 579431, com repercussão geral reconhecida. A partir de então deve ser observada a Súmula Vinculante nº 17.

Os honorários advocatícios devem observar as disposições contidas no inciso II, do § 4º, do Art. 85, do CPC.

A autarquia previdenciária está isenta das custas e emolumentos, nos termos do Art. 4º, I, da Lei 9.289/96, do Art. 24-A da Lei 9.028/95, com a redação dada pelo Art. 3º da MP 2.180-35/01, e do Art. 8º, § 1º, da Lei 8.620/93.

Tendo em vista o descumprimento pelo réu da decisão proferida nos autos do agravo de instrumento, autuado sob o nº 0023793-21.2015.4.03.0000, independentemente do trânsito, determino seja enviado e-mail ao INSS, instruído com os documentos da parte autora, em cumprimento ao Provimento Conjunto nº 69/2006, alterado pelo Provimento Conjunto nº 71/2006, ambos da Corregedoria Regional da Justiça Federal da Terceira Região e da Coordenadoria dos Juizados Especiais Federais da Terceira Região, a fim de que se adotem as providências cabíveis ao imediato cumprimento deste julgado.

Não há de se falar em aplicação de multa diária em razão do descumprimento da tutela, vez que a sentença foi de improcedência e substituiu a decisão do agravo de instrumento.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação para reconhecer o direito ao benefício de salário maternidade.

É o voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

## **APELAÇÃO CÍVEL**

### **5000977-16.2017.4.03.6102**

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelada: DENISE DE ANDRADE

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DALDICE SANTANA

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/01/2020

### **EMENTA**

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. REVISÃO DE BENEFÍCIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. ENQUADRAMENTO DE ATIVIDADE ESPECIAL. COMISSÁRIO DE BORDO. PRESSÃO ATMOSFÉRICA. ENQUADRAMENTO. REQUISITOS PREENCHIDOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA.

- A remessa oficial não deve ser conhecida, por ter sido proferida a sentença na vigência do atual CPC, cujo artigo 496, § 3º, I, afasta a exigência do duplo grau de jurisdição quando a condenação ou o proveito econômico for inferior a 1.000 (mil) salários-mínimos. No caso, à evidência, não se excede esse montante.

- O tempo de trabalho sob condições especiais poderá ser convertido em comum, observada a legislação aplicada à época na qual o trabalho foi prestado. Além disso, os trabalhadores assim enquadrados poderão fazer a conversão dos anos trabalhados a “qualquer tempo”, independentemente do preenchimento dos requisitos necessários à concessão da aposentadoria.

- O enquadramento efetuado em razão da categoria profissional é possível somente até 28/4/1995 (Lei n. 9.032/1995).

- A exposição superior a 80 decibéis era considerada atividade insalubre até a edição do Decreto n. 2.172/97, que majorou o nível para 90 decibéis. Com a edição do Decreto n. 4.882, de 18/11/2003, o limite mínimo de ruído para reconhecimento da atividade especial foi reduzido para 85 decibéis, sem possibilidade de retroação ao regulamento de 1997 (REsp n. 1.398.260, sob o regime do artigo 543-C do CPC).

- A informação de “EPI Eficaz (S/N)” não se refere à real eficácia do EPI para fins de descaracterizar a nocividade do agente.

- Demonstrada a exposição habitual e permanente aos agentes agressivos decorrentes da pressão atmosférica anormal no exercício das funções de comissária de voo. Diante das circunstâncias da prestação laboral descritas no PPP, o EPI não é realmente capaz de neutralizar a nocividade dos agentes.

- A autarquia deverá proceder a revisão da RMI do benefício em contenda, para computar o acréscimo resultante da conversão dos períodos especiais em comum, através do fator 1,2.

- O termo inicial dos efeitos financeiros da revisão deve ser fixado na data da citação, tendo em vista que parte da comprovação da atividade especial somente foi possível nestes autos.

- A correção monetária deve ser aplicada nos termos da Lei n. 6.899/1981 e da legislação superveniente, bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, utilizando-se o IPCA-E, afastada a incidência da Taxa Referencial (TR). Repercussão Geral no RE n. 870.947.

- Os juros moratórios devem ser contados da citação, à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, até a vigência do CC/2002 (11/1/2003), quando esse percentual foi elevado a 1% (um por cento) ao mês, utilizando-se, a partir de julho de 2009, a taxa de juros aplicável à remuneração da caderneta de poupança (Repercussão Geral no RE n. 870.947), observada, quanto ao termo final de sua incidência, a tese firmada em Repercussão Geral no RE n. 579.431.
- Ausência de contrariedade à legislação federal ou a dispositivos constitucionais.
- Apelação do INSS parcialmente provida.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu não conhecer da remessa oficial e dar parcial provimento à apelação do INSS. O Desembargador Federal Gilberto Jordan acompanhou a Relatora com ressalva de entendimento pessoal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

### **RELATÓRIO**

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Daldice Santana: trata-se de ação de conhecimento proposta em face do INSS, na qual a parte autora pleiteia o reconhecimento de atividade especial para a revisão da renda mensal – RMI do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição.

A r. sentença julgou procedente o pedido, para reconhecer a atividade especial nos períodos de 29/04/1995 a 28/07/2000 e 15/03/2007 a 14/02/2012 e determinar a revisão da RMI da aposentadoria por tempo de contribuição e o respectivo pagamento dos valores em atraso, desde a data do requerimento administrativo – DER.

Decisão submetida ao reexame necessário.

Inconformada, a autarquia interpôs apelação, na qual sustenta, preliminarmente, a nulidade da r. sentença por afronta aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. No mérito, assevera a impossibilidade dos enquadramentos deferidos. Por fim, insurge-se contra o termo inicial dos efeitos financeiros da revisão, além dos critérios de incidência da correção monetária e dos juros de mora. Prequestiona a matéria para fins recursais.

Com as contrarrazões, os autos subiram a esta Egrégia Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

### **VOTO**

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Daldice Santana: conheço do recurso, porquanto presentes os requisitos de admissibilidade.

Não obstante, não conheço da remessa oficial, por ter sido proferida a sentença na vigência do atual CPC, cujo artigo 496, § 3º, I, afasta a exigência do duplo grau de jurisdição quando a condenação ou o proveito econômico for inferior a 1.000 (mil) salários-mínimos.

Neste caso, à evidência, não se excede esse montante.

Ainda, afasto a alegação de nulidade da sentença por violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Com efeito, conforme se verifica da consulta processual, houve intimação do INSS, após a apresentação da réplica e juntada de documentos, registrando-se, eletronicamente, o decurso do prazo para manifestação, em 11/07/2018.

Desse modo, rejeito a preliminar suscitada pela autarquia.

Passo à análise das questões trazidas a julgamento.

#### *Do enquadramento de período especial*

Editado em 3 de setembro de 2003, o Decreto n. 4.827 alterou o artigo 70 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999, o qual passou a ter a seguinte redação:

“Art. 70. A conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum dar-se-á de acordo com a seguinte tabela:

(...)

§ 1º A caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais obedecerá ao disposto na legislação em vigor na época da prestação do serviço.

§ 2º As regras de conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum constantes deste artigo aplicam-se ao trabalho prestado em qualquer período.”

Por conseguinte, o tempo de trabalho sob condições especiais poderá ser convertido em comum, observada a legislação aplicada à época na qual o trabalho foi prestado. Além disso, os trabalhadores assim enquadrados farão jus à conversão dos anos trabalhados a “qualquer tempo”, independentemente do preenchimento dos requisitos necessários à concessão da aposentadoria.

Ademais, em razão do novo regramento, encontram-se superadas a limitação temporal, prevista no artigo 28 da Lei n. 9.711/1998, e qualquer alegação quanto à impossibilidade de enquadramento e conversão dos lapsos anteriores à vigência da Lei n. 6.887/1980.

Nesse sentido: *STJ, REsp 1010028/RN, 5ª Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, julgado em 28/2/2008, DJe 7/4/2008.*

Cumpra observar que antes da entrada em vigor do Decreto n. 2.172, de 5 de março de 1997, regulamentador da Lei n. 9.032, de 28 de abril de 1995, não se exigia (exceto em algumas hipóteses) a apresentação de laudo técnico para a comprovação do tempo de serviço especial, pois bastava o formulário preenchido pelo empregador (SB40 ou DSS8030) para atestar a existência das condições prejudiciais.

O enquadramento apenas pela categoria profissional é possível tão somente até 28/4/1995 (Lei n. 9.032/1995). Nesse sentido: *STJ, AgInt no AREsp 894.266/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 17/10/2016.*

Contudo, tem-se que, para a demonstração do exercício de atividade especial cujo agente agressivo seja o ruído, sempre houve a necessidade da apresentação de laudo pericial, independentemente da época de prestação do serviço.



Nesse contexto, a exposição superior a 80 decibéis era considerada atividade insalubre até a edição do Decreto n. 2.172/1997, que majorou o nível para 90 decibéis. Isso porque os Decretos n. 83.080/1979 e 53.831/1964 vigoraram concomitantemente até o advento do Decreto n. 2.172/1997.

Com a edição do Decreto n. 4.882, de 18 de novembro de 2003, o limite mínimo de ruído para reconhecimento da atividade especial foi reduzido para 85 decibéis (art. 2º, que deu nova redação aos itens 2.0.1, 3.0.1 e 4.0.0 do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048/1999).

Quanto a esse ponto, à míngua de expressa previsão legal, não há como conferir efeito retroativo à norma regulamentadora que reduziu o limite de exposição para 85 dB(A) a partir de novembro de 2003.

Sobre essa questão, o STJ, ao apreciar o *Recurso Especial* n. 1.398.260, sob o regime do art. 543-C do CPC, consolidou entendimento acerca da *inviabilidade da aplicação* retroativa do decreto que reduziu o limite de ruído no ambiente de trabalho (de 90 para 85 dB) para configuração do tempo de serviço especial (julgamento em 14/05/2014).

Com a edição da Medida Provisória n. 1.729/1998 (convertida na Lei n. 9.732/1998), foi inserida na legislação previdenciária a exigência de informação, no laudo técnico, de condições ambientais do trabalho quanto à utilização do Equipamento de Proteção Individual (EPI).

Desde então, com base na informação sobre a eficácia do EPI, a autarquia deixou de promover o enquadramento especial das atividades desenvolvidas posteriormente a 3/12/1998.

Sobre a questão, entretanto, o Colendo Supremo Tribunal Federal (STF), ao apreciar o *ARE* n. 664.335, em regime de repercussão geral, decidiu que: (i) se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade, não haverá respaldo ao enquadramento especial; (ii) havendo, no caso concreto, divergência ou dúvida sobre a real eficácia do EPI para descaracterizar completamente a nocividade, deve-se optar pelo reconhecimento da especialidade; (iii) na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites de tolerância, a utilização do EPI não afasta a nocividade do agente.

Quanto a esses aspectos, sublinhe-se o fato de que o campo “*EPI Eficaz (S/N)*” constante no Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) é preenchido pelo empregador considerando-se, tão somente, se houve ou não atenuação dos fatores de risco, consoante determinam as respectivas instruções de preenchimento previstas nas normas regulamentares. Vale dizer: essa informação não se refere à real eficácia do EPI para descaracterizar a nocividade do agente.

*In casu*, quanto aos intervalos de 29/04/1995 a 28/07/2000 e 15/03/2007 a 14/02/2012, nos quais a parte autora exerceu a atividade de “comissária de voo”, constam PPP e laudo pericial produzido em demanda trabalhista (prova emprestada), os quais descrevem o trabalho do comissário de bordo.

Não obstante, o referido laudo pericial aponta a sujeição dessa classe obreira, dentre outros fatores de risco, a pressão atmosférica anormal, com previsão no item 1.1.7 do anexo ao Decreto n. 53.831/1961, item 1.1.6 do anexo ao Decreto n. 83.080/1979, 2.0.5 dos anexos aos Decretos n. 2.172/1997 e 3.048/1999.

Diante das circunstâncias da prestação laboral descritas, conclui-se que, na hipótese, o eventual uso de EPI não é realmente capaz de neutralizar a nocividade dos agentes citados.

Dessa forma, a r. sentença deve ser mantida quanto ao enquadramento dos períodos como atividade especial.

Por conseguinte, a autarquia deverá proceder a revisão da RMI do benefício em contenda, para computar o acréscimo resultante da conversão dos períodos especiais em comum, através do fator 1,2.

O termo inicial dos efeitos financeiros da revisão deve ser fixado na data da citação, tendo em vista que parte da comprovação da atividade especial somente foi possível nestes autos, mormente com a juntada de documentos posteriores ao requerimento administrativo.

Quanto à correção monetária, esta deve ser aplicada nos termos da Lei n. 6.899/1981 e da legislação superveniente, bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, aplicando-se o IPCA-E (Repercussão Geral no RE n. 870.947, em 20/9/2017).

Fica afastada a incidência da Taxa Referência (TR) na condenação, pois a Suprema Corte, ao apreciar embargos de declaração apresentados nesse recurso extraordinário, decidiu pela não modulação dos efeitos.

Com relação aos juros moratórios, estes devem ser contados da citação (art. 240 do CPC/2015), à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, por força do art. 1.062 do CC/1916, até a vigência do CC/2002 (11/1/2003), quando esse percentual foi elevado a 1% (um por cento) ao mês, nos termos dos artigos 406 do CC/2002 e 161, § 1º, do CTN, utilizando-se, a partir de julho de 2009, a taxa de juros aplicável à remuneração da caderneta de poupança, consoante alterações introduzidas no art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997 pelo art. 5º da Lei n. 11.960/2009 (Repercussão Geral no RE n. 870.947, em 20/9/2017), observada, quanto ao termo final de sua incidência, a tese firmada em Repercussão Geral no RE n. 579.431, em 19/4/2017.

No que concerne ao prequestionamento suscitado, assinalo não ter havido contrariedade alguma à legislação federal ou a dispositivos constitucionais.

Diante do exposto, *não conheço* da remessa oficial e *dou parcial provimento* à apelação do INSS somente para, nos termos da fundamentação, fixar o termo inicial dos efeitos financeiros da revisão na data da citação.

É o voto.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

## **AGRAVO DE INSTRUMENTO**

**5017945-94.2017.4.03.0000**

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravado: RAIMUNDO GONCALO DA SILVA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/01/2020

### **EMENTA**

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE. POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO DAS PARCELAS ATRASADAS REFERENTE AO PERÍODO DE RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES. TEMA 1.013. SUSPENSÃO EM TODO O TERRITÓRIO NACIONAL. RESPEITO AO TÍTULO EXECUTIVO. RECURSO DA AUTARQUIA NÃO PROVIDO.

1. No tocante à possibilidade de recebimento de benefício por incapacidade do Regime Geral de Previdência Social de caráter substitutivo da renda (auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez), concedido judicialmente, em período de abrangência concomitante ao que o segurado estava trabalhando e aguardando o deferimento do benefício, verifica-se que a matéria está suspensa - Tema 1013 (*Controvérsia n. 63/STJ*, Súmula 72 TNU), havendo determinação de suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem acerca da questão delimitada e tramitem no território nacional (acórdão publicado no DJe de 3/6/2019).

2. Ocorre que a sentença julgou procedente o pedido da parte autora, para determinar ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS a concessão do benefício auxílio-doença e para condená-lo ao pagamento das parcelas vencidas desde a data de cessação do benefício de auxílio-doença concedido perante a via administrativa, aos 27.02.2015, em valores devidamente atualizados, acrescidos de correção monetária e juros de mora, corrigidos na forma prevista no artigo 1º F da Lei 9494/97, com redação dada pela Lei 11.960/09, descontadas as parcelas pagas à título de antecipação de tutela. Transitou em julgado em 25.08.2016 sem nada especificar acerca dos referidos descontos pleiteados.

3. Intimada para tanto, a autarquia ofereceu seus cálculos nas páginas 96 e 97 do feito de origem, processo nº 1002347-30.2015.8.26.0077, descontando-se os valores recebidos em antecipação de tutela, até o termo inicial do restabelecimento do benefício. A parte autora, aqui agravada informou nos mesmos autos que concordou com os cálculos, peticionando neste sentido no incidente de cumprimento de sentença, processo nº 1002347-30.2015.8.26.0077/01 – Cumprimento de Sentença, originário do presente agravo de instrumento. Foi determinado o prosseguimento do feito no incidente apenso.

4. Citado nos termos do art. 535 do CPC, para impugnar a execução, o INSS informou que, em análise do CNIS do segurado para elaboração dos cálculos dos atrasados, restou verificado recebimento de remuneração decorrente de vínculo de trabalho junto à Metalmix Industria e Comercio Ltda. (período de 27/09/2015 a 07/2015). Requereu que o cálculo fosse realizado efetuando-se o desconto de verbas remuneratórias de-

corrente de vínculo laboral junto ao Empregador.

5. A decisão agravada que rejeitou a impugnação merece ser mantida não somente porque título executivo formado na ação de conhecimento nada dispôs a respeito dos pleiteados descontos, não cabendo fazê-lo em fase de cumprimento de sentença (REsp 1.235.513/AL).

6. Agravo de instrumento improvido.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

### **RELATÓRIO**

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social em face da decisão que, em ação objetivando a concessão de benefício por incapacidade, em fase de cumprimento de sentença, rejeitou a impugnação ofertada, homologando os cálculos oferecidos pela parte autora – doc. id. 1144863 – fl. 36-37.

Aduz a parte recorrente, é incompatível receber benefício previdenciário por incapacidade durante o período em que houve exercício de atividade ou recolhimento de contribuições previdenciárias.

Requeru a concessão da tutela antecipada para suspender o cumprimento de sentença até o julgamento em definitivo do presente agravo. Pedido indeferido.

Intimada, a parte contrária não se manifestou nos autos.

É o relatório.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

### **VOTO**

No tocante à possibilidade de recebimento de benefício por incapacidade do Regime Geral de Previdência Social de caráter substitutivo da renda (auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez), concedido judicialmente, em período de abrangência concomitante ao que o segurado estava trabalhando e aguardando o deferimento do benefício, verifica-se que a matéria está suspensa - Tema 1013 (*Controvérsia n. 63/STJ*, Súmula 72 TNU), havendo determinação de suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem acerca da questão delimitada e tramitem no território nacional (acórdão publicado no DJe de 3/6/2019).

Ocorre que, às fls. 79-82 do feito de origem, a sentença julgou procedente o pedido da parte autora, para determinar ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS a concessão do benefício auxílio-doença e para condená-lo ao pagamento das parcelas vencidas desde a data de cessação do benefício de auxílio-doença concedido perante a via administrativa, aos 27.02.2015 (fl.26), em valores devidamente atualizados, acrescidos de correção monetária e

juros de mora, corrigidos na forma prevista no artigo 1º F da Lei 9494/97, com redação dada pela Lei 11.960/09, descontadas as parcelas pagas à título de antecipação de tutela.

Transitou em julgado em 25.08.2016 (página 89 do feito de origem), sem nada especificar acerca dos referidos descontos pleiteados.

Intimada para tanto, a autarquia ofereceu seus cálculos nas páginas 96 e 97 do feito de origem, processo nº 1002347-30.2015.8.26.0077, descontando-se os valores recebidos em antecipação de tutela, até o termo inicial do restabelecimento do benefício. A parte autora, aqui agravada informou nos mesmos autos que concordou com os cálculos, peticionando neste sentido no incidente de cumprimento de sentença, processo nº 1002347-30.2015.8.26.0077/01 – Cumprimento de Sentença, originário do presente agravo de instrumento. Foi determinado o prosseguimento do feito no incidente apenso.

Citado nos termos do art. 535 do CPC, para impugnar a execução, o INSS informou que, em análise do CNIS do segurado para elaboração dos cálculos dos atrasados, restou verificado recebimento de remuneração decorrente de vínculo de trabalho junto à Metalmix Industria e Comercio Ltda. (período de 27/09/2015 a 07/2015). Requereu que o cálculo fosse realizado efetuando-se o desconto de verbas remuneratórias decorrente de vínculo laboral junto ao Empregador.

A decisão agravada que rejeitou a impugnação merece ser mantida, não somente porque título executivo formado na ação de conhecimento nada dispôs a respeito dos pleiteados descontos, não cabendo fazê-lo em fase de cumprimento de sentença (REsp 1.235.513/AL).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator



## **AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL**

**5019064-34.2018.4.03.6183**

Agravante: CLAUDIO CARDOSO SILVA

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelante: UNIÃO FEDERAL

Apelado: CLAUDIO CARDOSO SILVA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/12/2019

### **EMENTA**

SEGURO DESEMPREGO. PEDIDO CONCEDIDO EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. REFORMA DO JULGADO EM SEDE RECURSAL. INADIMPLEMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS NECESSÁRIOS. SEGURADO MANTINHA A CONDIÇÃO DE SÓCIO DE EMPRESA À ÉPOCA DA DEMISSÃO SEM JUSTA CAUSA. JULGADO MANTIDO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Agravo interno manejado pelo impetrante visando o pagamento de seguro-desemprego em virtude de demissão sem justa causa. Descabimento. Inadimplemento dos requisitos legais necessários.
2. A despeito da argumentação expendida pelo impetrante no sentido de que a empresa em que figurava como sócio já se encontrava inativa desde meados de 2009, ou seja, antes do início do seu último vínculo laboral mantido no período de 20.01.2013 a 14.07.2018, forçoso considerar que não havia comprovação de baixa da referida empresa perante os órgãos competentes, o que somente ocorreu em outubro/2018, ou seja, após sua demissão sem justa causa.
3. Agravo interno desprovido.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

### **RELATÓRIO**

O EXMO. SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS:

Trata-se de agravo interno interposto pelo impetrante em face de decisão monocrática proferida nos autos de mandado de segurança que deu provimento ao reexame necessário, tido por interposto, e deu provimento ao apelo interposto pela União Federal, a fim de julgar improcedente o pedido de pagamento do seguro-desemprego.

Aduz o agravante, em síntese, que não auferia outro rendimento no período de vigência do vínculo laboral mantido com a empresa Engemont Construções Ltda., eis que a empresa em que figurava como sócio já se encontrava inativa em data anterior à sua contratação.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

## VOTO

O EXMO. SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS:

O caso dos autos não é de retratação.

Proferi decisão monocrática nos seguintes termos:

“Trata-se de mandado de segurança objetivando, em síntese, a imediata liberação das parcelas de seguro desemprego do impetrante.

Liminar indeferida.

A sentença julgou procedente o pedido e concedeu a segurança, para determinar que a autoridade impetrada fizesse o pagamento das parcelas referentes ao seguro desemprego devidas ao autor em razão de dispensa sem justa causa. Custas *ex vi legis*. Honorários advocatícios indevidos.

Apelação da União.

Subiram os autos a esta E. Corte.

Manifestação do Ministério Público Federal.

É o relatório.

DECIDO.

Por estarem presentes os requisitos estabelecidos na Súmula/STJ nº 568 e nos limites defluentes da interpretação sistemática das normas fundamentais do processo civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente, em sistemática similar à que ocorria no antigo CPC/73.

O julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na novel legislação processual civil, e tal qual no modelo antigo, é passível de controle por meio de agravo interno (artigo 1.021 do CPC/2015), cumprindo o princípio da colegialidade.

Pois bem.

Nos termos do art. 14, § 1º, da Lei nº 12.016/2009, dou por interposta a remessa oficial.

O seguro-desemprego, previsto nos artigos 7º, II, e 201, III, ambos da Constituição Federal, e regulado pela Lei nº 7.998/90, em seu art. 3º, é devido ao trabalhador dispensado sem justa causa, que não possuir renda própria suficiente à sua manutenção e de sua família.

*In verbis*:

“Art. 3º Terá direito à percepção do seguro-desemprego o trabalhador dispensado sem justa causa que comprove:

(...)

V - não possuir renda própria de qualquer natureza suficiente à sua manutenção e de sua família.

(...).”

Recentemente foram editadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego as circulares nº 71, de 30.12.2015 e nº 14, de 02.06.2016, disciplinando as hipóteses de concessão de seguro-desemprego quando os trabalhadores figurarem como sócios de pessoa jurídica inativa. Os atos normativos possibilitam o pagamento do benefício naquelas situações tão somente quando o trabalhador comprove sua saída do quadro societário ou tenha promovido

a baixa da pessoa jurídica junto aos órgãos competentes, providenciada em momento anterior à demissão.

*In casu*, apesar de o impetrante ter demonstrado sua dispensa sem justa causa, ocorrida em 30/05/2018, não estão presentes os requisitos necessários à concessão da segurança.

Isso porque o autor é sócio de pessoa jurídica constituída em 1992.

Embora conste do Cadastro de Contribuintes de ICMS que a empresa estaria inapta desde 31/03/2009, tal situação consta do CNPJ apenas a partir de 23/10/2018, momento posterior à dispensa do demandante.

Dessa forma, não comprovada a saída do impetrante do quadro societário da empresa, tampouco sua baixa junto aos órgãos competentes, o autor não faz jus ao seguro-desemprego.

Isso posto, DOU PROVIMENTO À REMESSA OFICIAL, TIDA POR INTERPOSTA, E À APELAÇÃO DA UNIÃO, nos termos da fundamentação.

Decorrido o prazo recursal, baixem os autos à origem.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 21 de maio de 2019.”

Pois bem.

Como já mencionado na decisão agravada, a despeito da argumentação expendida pelo impetrante no sentido de que durante a vigência do seu último contrato de trabalho não auferia qualquer outra renda, eis que a empresa em que figurava como sócio já se encontrava inativa há muitos anos por ocasião de sua demissão sem justa causa, forçoso considerar que tal circunstância não restou inequivocamente comprovada nos autos.

Isso porque, embora conste do Cadastro de Contribuintes de ICMS que a empresa em questão, de fato, estaria inapta desde 31.03.2009, tal situação somente passou a constar do CNPJ a partir de 23.10.2018, ou seja, somente houve a regularização da baixa definitiva da empresa em ocasião posterior à dispensa do impetrante.

Assim, deve ser mantida integralmente a decisão recorrida.

Eventual alegação de que não é cabível o julgamento monocrático no caso presente resta superada, frente à apresentação do recurso para julgamento colegiado.

Consigno, finalmente, que foram analisadas todas as alegações constantes do recurso capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada no decisum recorrido.

Isto posto, NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO, mantendo-se, integralmente, a decisão agravada.

É o voto.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

**AGRAVO DE INSTRUMENTO****5020631-88.2019.4.03.0000**

Agravante: CLEUZA RIBEIRO DA SILVA

Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/01/2020

**EMENTA**

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA DE URGÊNCIA. APOSENTADORIA POR IDADE. EMPREGADA DOMÉSTICA. REDOM - PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO PREVIDENCIÁRIA DOS EMPREGADORES DOMÉSTICOS. ANOTAÇÃO EM CTPS. PRESUNÇÃO JURIS TANTUM DE VERACIDADE. IMPLANTAÇÃO IMEDIATA DO BENEFÍCIO. I - Prevê o art. 300, *caput*, do novo CPC, que 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.

II - A parte que pretende o provimento antecipado deve providenciar, com a inicial, a juntada de todos os documentos que entender necessários, a fim de convencer o julgador da existência da verossimilhança de suas alegações.

III - Aos segurados inscritos na Previdência Social Urbana até 24 de julho de 1991, a aposentadoria por idade é devida ao trabalhador que preencher os seguintes requisitos: possuir 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, ou 60 (sessenta), se mulher, e atingir um número mínimo de contribuições previdenciárias, para efeito de carência, observada a tabela descrita no art. 142 da Lei nº 8.213/91.

IV - Cumpre ao empregado unicamente comprovar a veracidade dos contratos de trabalho, eis que as contribuições previdenciárias são de responsabilidade do empregador, havendo regra específica a tal respeito na legislação previdenciária (art. 36 da Lei 8.213/91).

V - No caso dos autos, a autora trouxe aos autos cópia de sua CTPS contemporânea, na qual consta o vínculo de emprego mantido com o Sr. James Martin, no período de 14.07.1996 a 30.06.2011, contendo, inclusive, anotações de férias e aumentos salariais, em ordem cronológica e sem qualquer rasura.

VI - Constata-se que o seu ex-empregador aderiu ao REDOM - Programa de Recuperação Previdenciária dos Empregadores Domésticos, previsto nos artigos 39 a 41 da Lei Complementar nº 150/2015, tendo sido juntado aos autos comprovante de pagamento do valor de R\$ 33.714,78, referente às contribuições em atraso.

VII - As anotações em CTPS gozam de presunção legal de veracidade juris tantum, sendo que divergências entre as datas anotadas na carteira profissional e os dados do CNIS, não afastam a presunção da validade das referidas anotações, mormente que a responsabilidade pelas contribuições previdenciárias é ônus do empregador. Nesse sentido: Ac 00316033120074013800, Juiz Federal Emmanuel Mascena de Medeiros, TRF1 - Primeira Turma, E-Djfi Data: 03/03/2016.

VIII - Resta evidenciada a probabilidade do direito da autora quanto ao reconhecimento da validade do vínculo empregatício mantido no período de 14.07.1996 a 30.06.2011. Portanto,

visto que o periculum in mora revela-se patente, haja vista a natureza alimentar do benefício, é rigor a antecipação dos efeitos da tutela para determinar a implantação do benefício. IX - Agravo de instrumento provido.

### **ACÓRDÃO**

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

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

### **RELATÓRIO**

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Sergio Nascimento: Trata-se de agravo de instrumento interposto por Cleuza Ribeiro da Silva em face de decisão interlocutória proferida nos autos da ação de concessão de aposentadoria por idade, em que o Juízo *a quo* indeferiu o pedido de implantação do benefício, a título de antecipação de tutela.

Alega a agravante, em síntese, que restaram preenchidos os requisitos autorizadores à concessão do provimento antecipado. Sustenta que o período de 14.07.1996 a 30.06.2011, no qual trabalhou como empregada doméstica, não fora computado pela Autarquia, muito embora o empregador tenha aderido ao REDOM - Programa de Recuperação Previdenciária dos Empregadores Domésticos e quitado as contribuições previdenciárias que estavam em atraso. Inconformada, requer a concessão do efeito suspensivo ao recurso e a reforma da decisão, a fim de que seja determinada a implantação do benefício.

Por meio da decisão sob o ID nº 89832636, fora concedido o efeito suspensivo ao presente recurso para deferir o pedido de tutela antecipada, determinando a imediata implantação do benefício de aposentadoria por idade.

Embora devidamente intimado, o INSS não apresentou contrarrazões ao presente recurso.

Em consulta ao CNIS, verifica-se que houve a implantação do benefício em comento.

*É o relatório.*

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

### **VOTO**

Prevê o art. 300, *caput*, do novo CPC, que 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.

A parte que pretende o provimento antecipado deve providenciar, com a inicial, a juntada de todos os documentos que entender necessários, a fim de convencer o julgador da existência da verossimilhança de suas alegações.

Aos segurados inscritos na Previdência Social Urbana até 24 de julho de 1991, a aposentadoria por idade é devida ao trabalhador que preencher os seguintes requisitos: possuir 65



(sessenta e cinco) anos de idade, se homem, ou 60 (sessenta), se mulher, e atingir um número mínimo de contribuições previdenciárias, para efeito de carência, observada a tabela descrita no art. 142 da Lei nº 8.213/91.

A controvérsia dos autos cinge-se ao cômputo do período de 14.07.1996 a 30.06.2011, no qual a autora trabalhou como empregada doméstica para o Sr. James Martin.

Nesse sentido, ressalte-se que cumpre ao empregado unicamente comprovar a veracidade dos contratos de trabalho, eis que as contribuições previdenciárias são de responsabilidade do empregador, havendo regra específica a tal respeito na legislação previdenciária (art.36 da Lei 8.213/91).

No caso dos autos, a autora trouxe aos autos cópia de sua CTPS contemporânea, na qual consta o vínculo de emprego mantido com o Sr. James Martin, no período de 14.07.1996 a 30.06.2011, contendo, inclusive, anotações de férias e aumentos salariais, em ordem cronológica e sem qualquer rasura.

De outro giro, constata-se que o seu ex-empregador aderiu ao REDOM - Programa de Recuperação Previdenciária dos Empregadores Domésticos (ID 89128430 - Pág. 08/13), previsto nos artigos 39 a 41 da Lei Complementar nº 150/2015, tendo sido juntado aos autos comprovante de pagamento do valor de R\$ 33.714,78 (ID 89128431 - Pág. 14), referente às contribuições em atraso.

Além do mais, ressalte-se que as anotações em CTPS gozam de presunção legal de veracidade *juris tantum*, sendo que divergências entre as datas anotadas na carteira profissional e os dados do CNIS, não afastam a presunção da validade das referidas anotações, mormente que a responsabilidade pelas contribuições previdenciárias é ônus do empregador. Nesse sentido: Ac 00316033120074013800, Juiz Federal Emmanuel Mascena de Medeiros, TRF1 - Primeira Turma, E-Djfi Data:03/03/2016.

Destarte, partindo-se de uma análise sumária, resta evidenciada a probabilidade do direito da autora quanto ao reconhecimento da validade do vínculo empregatício mantido no período de 14.07.1996 a 30.06.2011.

Assim, computando-se o período objeto de controvérsia, somado aos demais anotados em Carteira Profissional - CTPS e àqueles constantes dos dados do Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, a demandante perfaz um total de 245 (duzentas e quarenta e cinco) contribuições mensais até a data do requerimento administrativo do benefício (01.10.2015).

Portanto, visto que o *periculum in mora* revela-se patente, haja vista a natureza alimentar do benefício, é rigor a antecipação dos efeitos da tutela para determinar a implantação do benefício.

Tenho, ainda, que não há falar-se, *in casu*, em perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, considerando não se tratar de medida liminar que esgota o objeto da demanda, permitindo a imediata suspensão dos pagamentos caso ao final julgada improcedente a ação principal. Além disso, o caráter alimentar que cerca o benefício em questão suplanta o interesse patrimonial do ente público responsável pela concessão. Nesse sentido já decidiu esta E. Corte: AG n. 2008.03.00.010114-7/SP; 7ª Turma; Rel. Des. Fed. Antonio Cedenho; Julg. 21.07.2008; DJF3 21.07.2008.

Diante do exposto, *dou provimento ao agravo de instrumento interposto pela parte autora* para deferir o pedido de tutela antecipada, determinando a imediata implantação do benefício de aposentadoria por idade em seu favor.

*É como voto.*

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

## **INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS**

### **5022820-39.2019.4.03.0000**

Suscitante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Suscitado: ALFREDO ANTONIO BATISTA CARDOSO

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 21/01/2020

### **EMENTA**

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. IRDR. READEQUAÇÃO DOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTES DA PROMULGAÇÃO DA CF/88 AOS TETOS INSTITUÍDOS PELAS EC 20/1998 E 43/2003. ADMISSIBILIDADE. REQUISITOS ATENDIDOS.

1. O CPC/2015 estruturou um microssistema de solução de casos repetitivos, composto essencialmente pelo IRDR e pelos recursos repetitivos, no qual a legislação relativa a tais institutos dialoga entre si numa relação de integração e complementariedade. Nesse microssistema busca-se resolver as questões repetitivas mediante a formação de um precedente obrigatório, cuja *ratio decidendi* deve ser aplicada pelo tribunal, seus órgãos e todos os juízes que lhe são subordinados em todos os casos em que se discuta a questão jurídica versada no precedente obrigatório.

2. No que diz respeito ao IRDR, o art. 981 do CPC/2015, prevê que “Após a distribuição, o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao seu juízo de admissibilidade, considerando a presença dos pressupostos do art. 976”; segundo o artigo 976, do CPC/2015, são requisitos positivos de admissibilidade do IRDR (i) a efetiva repetição de processos e risco de isonomia e segurança jurídica; (ii) ser a questão repetitiva unicamente de direito; e (iii) a existência de uma causa pendente de julgamento no âmbito do tribunal. Tais requisitos são cumulativos, de sorte que, a ausência de um deles enseja a inadmissão do incidente. Exige-se, também, o atendimento de um requisito negativo: que a questão repetitiva suscitada no incidente não tenha sido afetada por uma Corte Superior para ser analisada em recurso representativo de controvérsia repetitiva. Isso é o que se infere do artigo 976, §4º, do CPC/2015, o qual estabelece que “É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva”.

3. Na singularidade, é notório que a questão jurídica suscitada nesse incidente – possibilidade de readequação dos benefícios calculados e concedidos antes do advento da CF/88 aos tetos de salários-de-contribuição de R\$1.200,00 e de R\$2.400,00, fixados, respectivamente, pelas EC nº 20/98 e EC nº 41/2003 - se repete em diversas ações individuais em trâmite no âmbito desta Terceira Região. A petição do INSS faz alusão à existência de ao menos 850 processos individuais em trâmite no âmbito da jurisdição da Terceira Região versando sobre o tema aqui enfrentado, elencando 100 (cem) desses processos. A par disso, conforme salientado no parecer ministerial, “uma simples consulta ao sítio eletrônico do Tribunal Regional Federal da Terceira região revela a existência de quantidade considerável de processos versando sobre a mesma questão jurídica”.

4. Há risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica, eis que essa mesma questão tem sido julgada de formas díspares nas Turmas que compõem esta C. Seção. Logo, além da multiplicidade de demandas, constata-se a existência de decisões díspares quanto à questão jurídica suscitada no IRDR, a demandar a uniformização da jurisprudência desta Corte quanto ao tema e, por conseguinte, a admissão do incidente. A questão fática envolta do tema é irrelevante para a solução da questão jurídica examinada, donde se conclui que esta é unicamente de direito.

5. A questão repetitiva é unicamente de direito. A discussão suscitada não diz respeito à existência ou não dos fatos subjacentes ao tema, mas sim à subsunção da norma jurídica assentada no RE *do RE 546.354-SE* (precedente obrigatório) – possibilidade de aplicação dos tetos previdenciários instituídos pelas EC 20/98 e 41/03 aos benefícios que, quando do seu cálculo e concessão foram limitados ao teto então vigente - aos benefícios calculados e concedidos antes da entrada em vigor da CF/88. A questão fática envolta do tema é irrelevante para a solução da questão jurídica examinada, donde se conclui que esta é unicamente de direito.

6. O presente incidente origina-se da Apelação Cível, distribuída a e. Desembargadora Federal Luzia Ursaia, em que o proponente, INSS, figura como parte, sendo certo, ainda, que há inúmeros outros recursos em trâmite no âmbito desta Corte sobre o tema. Logo, a exigência de pendência de um processo na Corte e a legitimidade para se propor o incidente restaram atendidos.

7. O requisito negativo previsto no artigo 976, §4º, também está atendido. Não se olvida que o E. STF, ao apreciar *RE 546.354-SE*, assentou o entendimento de que *a aplicação do novo valor teto com base nas emendas constitucionais 20/1998 e 41/2003 aos benefícios já concedidos não viola o ato jurídico perfeito, desde que o salário de benefício ou a renda mensal inicial tenha sido limitado ao teto (STF, RE 564354, Relatora: Ministra Carmem Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2010, DJe 14-02-2011)*. A análise de referido precedente revela que o E. STF analisou a questão à luz da legislação constitucional posterior à CF/88. A situação aqui versada, entretanto, é distinta, na medida em que se discute a possibilidade de tal *ratio decidendi* ser aplicada aos benefícios previdenciários calculados e concedidos antes do advento da CF/88. Daí se concluir que a questão repetitiva que constitui o objeto do presente incidente sob o enfoque aqui abordado não foi resolvida pelo E. STF, quando do julgamento do RE, de modo a se afastar o óbice do artigo 976, §4º, do CPC/2015.

8. Juízo de admissibilidade positivo.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Seção, por maioria, decidiu acolher a questão de ordem suscitada pela Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA (Relatora), a fim de permitir sustentação oral na fase de admissibilidade do IRDR, no que foi acompanhada pela Juíza Federal Convocada VANESSA MELLO e pelos Desembargadores Federais DIVA MALERBI, BAPTISTA PEREIRA, NEWTON DE LUCCA, MARISA SANTOS, SÉRGIO NASCIMENTO, LUIZ STEFANINI, DALDICE SANTANA, GILBERTO JORDAN, PAULO DOMINGUES, NELSON PORFIRIO e CARLOS DELGADO, restando vencido o Desembargador Federal TORU YAMAMOTO, que a rejeitava. Quanto ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, a Terceira Seção, por unanimidade,

decidiu admiti-lo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora

## RELATÓRIO

*A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA (RELATORA): Trata-se de IRDR - Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas instaurado pelo INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, no qual a autarquia pede que sejam fixadas as seguintes teses jurídicas em precedente de observância obrigatória: “a) para os benefícios concedidos antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 é vedada a utilização do RE 546.354-SE para fins de alteração do “menor valor teto” ou, mais amplamente, de qualquer alteração da metodologia de cálculo do valor do benefício; b) Considerando a ausência de limites temporais em relação ao decidido no RE 546.354-SE, tal readequação aos novos tetos estabelecidos pelas Emendas Constitucionais n. 20/98 e 41/03 depende da demonstração, na fase de conhecimento, que ocorreu limitação do benefício à 90% do “maior valor teto”, sob pena de improcedência da demanda”.*

O INSS assevera que há um grande número de “ações que objetivam, em síntese, que o benefício dos segurados da Previdência Social calculado e concedido antes da Constituição Federal de 1988 seja readequado aos novos tetos dos salários-de-contribuição de R\$ 1.200,00 e de R\$ 2.400,00, fixados, respectivamente, pelas EC nº 20/98 e EC nº 41/2003, cujo fundamento é, essencialmente, a suposta aplicação do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento no Recurso Extraordinário nº 564.354-SE”.

Frisa que tal pretensão não comporta acolhida, eis que a *ratio decidendi* do precedente de observância obrigatória mencionado não se aplica aos casos em que o benefício previdenciário foi calculado e concedido antes da CF/88, já que “o Supremo Tribunal Federal ao enfrentar a tese dos novos tetos constitucionais limitou-se a analisar o pedido de aplicação dos novos valores estabelecidos como limite máximo, inclusive, aos benefícios concedidos em data anterior à publicação das referidas Emendas Constitucionais nº 20/98 e nº 41/2003. Isso quer dizer que a tese é de aplicação restrita àqueles segurados que nas respectivas datas de entrada em vigor das emendas constitucionais percebiam seus benefícios limitados ao teto então vigente – respectivamente R\$ 1.081,50, nos termos do art. 2º da Portaria MPAS nº 4.479, de 4 de junho de 1998, publicada no DOU de 05/06/1998, e R\$ 1.869,34, conforme art. 10 da Portaria MPS nº 727, de 30 de maio de 2003”.

Argumenta, ainda, que “Em nenhum momento, naquele julgamento, o STF maculou a sua jurisprudência acerca da constitucionalidade do teto limitador fixado em lei (art. 29, § 2º, da Lei nº 8.213/91), tampouco relativizou seu posicionamento quanto à irretroatividade da lei previdenciária”, mas sim que “houve reafirmação dessas premissas quando se afirmou que não se estava tratando de reajuste de benefício ou de alteração do cálculo original, muito menos de aplicação retroativa da norma, mas apenas readequação dos valores recebidos em 12/1998 e 01/2004 aos novos tetos dos salários-de-contribuição fixados pelas referidas Emendas Constitucionais”.

Nesse passo, conclui que “o presente feito e inúmeros outros que versam sobre a mesma controvérsia, buscam em síntese “readequar” a renda mensal do benefício previdenciário por meio da aplicação equivocada do entendimento firmado no RE nº 564.534-SE, de modo a alterar a metodologia de cálculo do benefício, algo não apenas não permitido pelo referido precedente, como expressamente vedado pelo mesmo”.

Ressalta que *“a existência do precedente vinculante relativo ao direito à readequação do teto das Emendas Constitucionais n. 20/1998 e 41/2003 não obsta a discussão desta readequação (tanto de seu cabimento; quanto de seu modo de ser) nos casos em que o benefício foi concedido antes de 1988, ainda que o Supremo Tribunal Federal tenha declarado em decisões monocráticas que a tese não possui limites temporais”, pois “não se trata de (re)discussão da modulação de efeitos, mas sim de distinção, isto é, de uma situação jurídica com suporte fático e incidência de normas não apreciadas quando da fixação da tese”.*

O INSS reputa que *“a forma de se aplicar o precedente aos benefícios calculados e concedidos no regime anterior à CF de 1988”,* além de consistir num tema repetitivo, é objeto de controvérsia tanto no âmbito do Tribunal Regional da 3ª Região, quanto nos órgãos de jurisdição de primeiro grau, o que autoriza a instauração do IRDR, em que pese a existência de posição dominante favorável ao entendimento que defende.

Ainda sobre os requisitos de admissibilidade do incidente, o INSS consigna tratar-se de questão unicamente de direito e que *“é gigantesco o número de feitos perante os órgãos jurisdicionais de 1ª e 2ª instâncias vinculados ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região que questionam a readequação aos tetos estabelecidos pelas Emendas Constitucionais nº 20/1998 e 41/2003 aos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição Federal de 1998 e que, não obstante o significativo número de decisões corretamente proferidas pela não aplicação da readequação nos casos concretos, sobretudo, no âmbito de segundo grau de jurisdição, existem decisões de 1ª e 2ª instâncias em sentido contrário, ou seja, reconhecendo, equivocadamente, o direito à readequação ou que autorizam, sem razão jurídica suficiente, a mudança da metodologia e cálculo do benefício anterior a CF/88”.*

Ao fundamento de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica e, considerando, também, que o tema aqui suscitado não foi enfrentado nos Tribunais Superiores, notadamente sob a perspectiva dos benefícios previdenciários calculados e concedidos antes da CF/88, pede que o incidente seja instaurado e que, ao fim, sejam fixadas as teses que entende corretas.

Requer, ainda, (i) a suspensão dos feitos que versam sobre a questão suscitada neste IRDR, inclusive aqueles que tramitam nos Juizados Especiais Federais da 3ª Região; e a (ii) prioridade de tramitação do feito.

O pedido foi instruído com cópia integral da Apelação Cível de nº 5016916-50.2018.4.03.6183, da relatoria da e. Desembargadora Federal LÚCIA URSAIA, a partir do qual se originou este incidente.

Os autos foram encaminhados ao Ministério Público Federal, nos termos do artigo 976, §2º, do CPC/2015.

O *parquet* ofereceu parecer, no qual se manifestou pela admissão do IRDR, sugerindo a adoção das medidas voltadas à publicidade e à participação na fase seguinte do processamento do Incidente.

**É O RELATÓRIO.**

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora

## VOTO

**A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA (RELATORA):** Trata-se de IRDR - Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas instaurado pelo INSS – Insti-



tuto Nacional do Seguro Social, no qual a autarquia pede que sejam fixadas as seguintes teses jurídicas em precedente de observância obrigatória: “a) para os benefícios concedidos antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 é vedada a utilização do RE 546.354-SE para fins de alteração do “menor valor teto” ou, mais amplamente, de qualquer alteração da metodologia de cálculo do valor do benefício; b) Considerando a ausência de limites temporais em relação ao decidido no RE 546.354-SE, tal readequação aos novos tetos estabelecidos pelas Emendas Constitucionais n. 20/98 e 41/03 depende da demonstração, na fase de conhecimento, que ocorreu limitação do benefício à 90% do “maior valor teto”, sob pena de improcedência da demanda”.

Nesse momento processual, de rigor a análise do juízo de admissibilidade do IRDR.

#### DO IRDR E DA SUA ADMISSIBILIDADE.

O Direito Processual Civil, tradicionalmente, debruçou-se, precipuamente, sobre as lides individuais.

A complexidade das relações jurídicas inerentes à sociedade contemporânea fez emergir um sem número de situações jurídicas homogêneas, em que diversas pessoas se deparam com um mesmo problema jurídico. Como ponderam Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Larissa Clare Pochmann da Silva:

A nova realidade contemporânea estampa a concentração urbana, a globalização, a produção e o consumo em escala de massa, a padronização de contratos, a elaboração desenfreada de normas pelo Estado, acordos e convenções coletivas de trabalho, discussões relacionadas a constitucionalidade ou legalidade de tributos incidentes sobre milhares de pessoas jurídicas ou naturais, transportes de massa e meios físicos ou virtuais que difundem informações em proporções até então inimagináveis. Tem-se, portanto, um cenário propício para danos em massa, que desafiam a ordem jurídica ao afetarem um grande número de indivíduos (MENDES, Aluisio e SILVA, Larissa. As ações coletivas e incidente de resolução de demandas repetitivas: algumas considerações sobre a solução coletiva de conflitos. *In* Processo coletivo. Coordenador, Hermes Zaneti Jr. Salvador : Juspodivm, 2016, p. 537).

Esse cenário demandou um novo olhar da dogmática processual, do qual resultou a formação de um modelo coletivo de processo, que, inicialmente, buscou tutelar os direitos metaindividuais, com a formação de uma coisa julgada coletiva sobre questões de direito material coletivo, por meio das ações coletiva. As mudanças nas relações sociais, políticas e econômicas também atingiram, como não podia deixar de ser, a arena judicial. E o resultado é a criação, nas últimas décadas, de um arcabouço processual apto para lidar com a litigância em massa.

Todavia, tais mecanismos não se mostraram suficientes para enfrentar o fenômeno das causas repetitivas em sua integralidade, sendo certo que muitos casos idênticos e reiteradamente levados à apreciação do judiciário continuaram sendo resolvidos de forma pulverizada em inúmeras ações individuais, inclusive com a prolação de decisões díspares. Nas palavras de Karol Araújo Durço, “o julgamento de recursos repetitivos e o incidente de resolução de demandas repetitivas representa o que poderíamos denominar de coletivização às avessas, ou seja, por esses instrumentos o legislador opta por coletivizar o julgamento, a decisão judicial, e não a ação” (DURÇO, Karol. As soluções para demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil e suas implicações para o processo coletivo. *In* Processo coletivo. Coordenador, Hermes Zaneti Jr. Salvador : Juspodivm, 2016, p. 532).

Diante desse estado de coisas, surgiu o instituto do *julgamento de casos repetitivos*, o

qual busca resolver as questões repetitivas mediante a formação de um precedente obrigatório, cuja *ratio decidendi* deve ser aplicada pelo tribunal, seus órgãos e todos os juízes que lhe são subordinados em todos os casos em que se discuta a questão jurídica versada no precedente obrigatório.

Diferentemente do que acontece nas ações coletivas, na quais se objetiva a formação de uma coisa julgada coletiva sobre a questão repetitiva (o reconhecimento de um direito material coletivo), nos julgamentos de casos repetitivos se busca a definição de uma norma jurídica que seja aplicada a todos os casos em que se discuta uma determinada questão jurídica, seja ela de direito material (individual ou coletivo), seja ela de direito processual, e, conseqüentemente, a uniformização da jurisprudência, com tratamento isonômico a todos os que se encontram numa mesma situação jurídica. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Sofia Temer destacam que:

As demandas levadas à apreciação do Poder Judiciário passaram a ser isomórficas, criando-se uma terceira categoria de causas, ao lado das demandas puramente individuais heterogêneas e das demandas coletivas propriamente ditas. Tais casos repetitivos caracterizam-se pela “identidade em tese, e não em concreto, da causa de pedir e do pedido, associada à repetição em larga escala”, constituindo um cenário próprio de litigiosidade de massa.

[...]

Os mecanismos de resolução coletiva de demandas repetidas são exemplos de técnica processual diferenciada, desenvolvidos para a árdua tarefa de julgar os litígios envolvendo direitos individuais homogêneos de centenas, milhares ou milhões de pessoas. Busca-se a racionalização e eficiência dos meios processuais, que precisam se reinventar para fazer frentes às novas demandas. O incidente de resolução de demandas repetitivas é a grande aposta do novo diploma processual para enfrentar esse desafio. (MENDES, Aluisio e TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. *In* Processo coletivo. Coordenador, Hermes Zaneti Jr. Salvador : Juspodivm, 2016, p. 582/83).

Ou seja, o julgamento de casos repetitivos visa à formação de um precedente obrigatório cuja tese jurídica nele assentada será aplicada a todos os processos individuais e coletivos que versem sobre a mesma questão jurídica, assegurando-se, assim, a uniformização da jurisprudência (dever imposto aos Tribunais pelo artigo 926, do CPC/2015) e uma tutela jurisdicional que observe os princípios constitucionais da isonomia, segurança jurídica, eficiência, economia processual e duração razoável do processo.

Alterações legislativas fizeram com que o CPC/1973 passasse a contemplar instrumentos de julgamento de casos repetitivos, tais como os recursos representativos de controvérsia repetitiva. Tal movimento legislativo reverberou no CPC/2015, que estruturou um microsistema de solução de casos repetitivos, composto essencialmente pelo IRDR e pelos recursos repetitivos, no qual a legislação relativa a tais institutos dialoga entre si numa relação de integração e complementariedade.

No que diz respeito ao IRDR, o art. 981 do CPC/2015, prevê que “*Após a distribuição, o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao seu juízo de admissibilidade, considerando a presença dos pressupostos do art. 976*”.

Ultrapassado o juízo de admissibilidade, é preciso adotar uma série de providências, de modo a se assegurar que a decisão final do IRDR seja a melhor possível, o que impõe (i) a qualificação do debate, com a ampliação da cognição e participação dos interessados e do *amicus curiae*; (ii) ampla divulgação e publicidade; (iii) a intervenção do Ministério Público; e (iv) fundamentação reforçada.

A adoção de medidas voltadas à publicidade e à participação, com a integração de partes e interessados à discussão do tema objeto do Incidente, é medida consonante com os caros princípios segurança jurídica, isonomia e proteção da confiança, princípios que permeiam a reflexão sobre a tutela coletiva e a adaptação dos instrumentos processuais protetores dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Nesta perspectiva, para que o IRDR seja admitido é preciso que haja não só uma controvérsia jurisprudencial estabelecida, mas também que esta seja capaz de ensejar uma insegurança jurídica relevante. O legislador, ao exigir o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, qualificou a exigência quanto à divergência jurisprudencial. Assim, não é toda e qualquer divergência que autoriza a instauração do IRDR. É preciso que haja efetivo risco de decisões conflitantes e que este seja capaz de causar insegurança jurídica relevante.

Nesse sentido, a doutrina de Karol Araújo Durço:

No que tange ao risco de ofensa à isonomia e a segurança jurídica, decorrente da possibilidade de coexistência de decisões conflitantes, o instituto buscará, como já abordado, garantir que às situações semelhantes sejam proferidas decisões semelhantes, zelando pela uniformização da jurisprudência. Em que pese a previsão, trata-se de um requisito deveras subjetivo, uma vez que caberá ao tribunal aferir se o risco de coexistência de decisões conflitantes efetivamente existe, bem como se o mesmo será capaz de causar insegurança jurídica. (DURÇO, Karol. As soluções para demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil e suas implicações para o processo coletivo. In *Processo coletivo*. Coordenador, Hermes Zaneti Jr. Salvador : Juspodivm, 2016, p. 527).

Vale trazer também as lições de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Sofia Temer:

No juízo de admissibilidade, o tribunal irá considerar a presença dos requisitos do art. 976, quais sejam, a existência de controvérsia de direito que esteja gerando a multiplicação de processos repetitivos, capaz de causar grave insegurança jurídica e ofensa à isonomia, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes. (MENDES, Aluisio e TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. In *Processo coletivo*. Coordenador, Hermes Zaneti Jr. Salvador : Juspodivm, 2016, p. 600)

A partir dos argumentos citados, é possível afirmar que o risco à segurança jurídica que norteia o IRDR é aquele voltado aos casos mais graves. A avaliação da admissibilidade do instituto, pelo Judiciário, passa pela aferição de sua utilidade e pertinência para solução da litigiosidade em massa do tema veiculado no Incidente.

Deste modo, uma vez fixada uma tese jurídica num precedente de observância obrigatória, caberá ao magistrado que vier a apreciar um processo pendente demonstrar que o caso se subsume àquela tese, não havendo a necessidade de ele enfrentar as alegações das partes sobre a respectiva questão, exatamente porque isso já foi levado a efeito quando da formação do precedente obrigatório.

Passo a análise dos pressupostos de admissibilidade do IRDR.

Consigno, inicialmente que a matéria *sub judice* – readequação de salários de benefício – se insere na competência da 3ª Seção desta C. Corte e, portanto, cabe a este Colegiado o processamento desse IRDR.

Quanto aos requisitos de admissibilidade, o artigo 976, do CPC/2015, estabelece que “É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver,

*simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”.*

Logo, são requisitos positivos de admissibilidade do IRDR (i) a efetiva repetição de processos e risco de isonomia e segurança jurídica; (ii) ser a questão repetitiva unicamente de direito; e (iii) a existência de uma causa pendente de julgamento no âmbito do tribunal. Tais requisitos são cumulativos, de sorte que, a ausência de um deles enseja a inadmissão do incidente.

Exige-se, também, o atendimento de um requisito negativo: que a questão repetitiva suscitada no incidente não tenha sido afetada por uma Corte Superior para ser analisada em recurso representativo de controvérsia repetitiva. Isso é o que se infere do artigo 976, §4º, do CPC/2015, o qual estabelece que *“É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva”.*

*No caso vertente, estão presentes os requisitos necessários à admissibilidade do IRDR.*

*(i) Da efetiva repetição de processos e do risco à isonomia e à segurança jurídica;*

Para a admissão do IRDR, exige-se que haja uma efetiva repetição de demandas versando sobre uma determinada questão jurídica que gere risco à isonomia e à segurança jurídica.

Segundo o Enunciado 87, do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, *“A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica”.*

Na singularidade, é notório que a questão jurídica suscitada nesse incidente – possibilidade de readequação dos benefícios calculados e concedidos antes do advento da CF/88 aos tetos de salários-de-contribuição de R\$1.200,00 e de R\$2.400,00, fixados, respectivamente, pelas EC nº 20/98 e EC nº 41/2003 - se repete em diversas ações individuais em trâmite no âmbito desta Terceira Região.

A petição do INSS faz alusão à existência de ao menos 850 processos individuais em trâmite no âmbito da jurisdição da Terceira Região versando sobre o tema aqui enfrentado, elencando 100 (cem) desses processos.

A par disso, conforme salientado no parecer ministerial, *“uma simples consulta ao sítio eletrônico do Tribunal Regional Federal da Terceira Região revela a existência de quantidade considerável de processos versando sobre a mesma questão jurídica”.*

A quantidade de feitos indicados pelo INSS é bem maior. Para chegar a essa conclusão, cito que na sessão da 7ª Turma desta Corte, de 09/12/2019, foram julgados cerca de 120 feitos da matéria.

Por outro lado, diviso o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica, eis que essa mesma questão tem sido julgada de formas díspares nas Turmas que compõem esta C. Seção.

Com efeito, a Sétima Turma desta Corte assentou o entendimento de que, diante da sistemática de cálculo dos benefícios previdenciários concedidos antes da promulgação da CF/88, não há que se falar em adequação aos novos tetos fixados pelas Emendas Constitucionais 20/98 e 41/03:

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO. BENEFÍCIO ANTERIOR À CF/88. MATÉRIA PRELIMINAR REJEITADA. ADEQUAÇÃO AOS NOVOS TETOS FIXADOS PELAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS 20/98 E 41/03. IMPOSSIBILIDADE.

1. Ainda que a decadência tenha sido inserida no art. 103 da Lei 8.213/91 somente com a redação dada pela Medida Provisória nº 1523-9, DOU de 28/06/1997 (e, posteriormente, pelas Leis 9.528/1997, 9.711/1998 e 10.839/2004), a presente ação busca a revisão de benefício previdenciário, mediante a aplicação dos limites máximos (teto) revistos na EC 20/98 e EC 41/03 aos cálculos originais, de modo que não há que se falar em decadência, por não haver qualquer pretensão à revisão da renda inicial do benefício.
2. A sistemática de apuração do salário de benefício à época vigente era resultado da média aritmética dos 36 últimos salários de contribuição e da aplicação de coeficientes, consoante o disposto no artigo 23 do Decreto 89.312/84.
3. Os denominados “menor” e “maior valor teto” sequer funcionavam como tetos, razão pela qual não exibem a mesma natureza jurídica e nem são geradores dos mesmos efeitos do instituto hoje denominado “teto da Previdência”
4. A Sétima Turma desta E. Corte firmou entendimento de que, em relação aos benefícios concedidos anteriormente à CF/88, não há sentido no afastamento do teto (seja o “menor” ou o “maior” valor teto).
5. A almejada desconsideração do menor ou maior valor teto implicaria no absoluto desrespeito da sistemática prevista à época, com a criação de regras próprias, situação que sequer foi abordada pelo C. STF.
6. Matéria preliminar rejeitada. Apelação do INSS provida.  
(TRF 3ª Região, 7ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5006910-24.2018.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO, julgado em 08/11/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/11/2019)

Idêntico posicionamento pode ser encontrado, também, no âmbito da E. Nona Turma desta Corte:

AGRAVO DO ARTIGO 1.021 do CPC/2015. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA DO DIREITO. APLICAÇÃO DAS ECs. 20/98 E 41/03. BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. IMPOSSIBILIDADE.

I - A decadência do direito prevista no Art. 103 da Lei 8.213/91, com a nova redação dada pela Lei 9.711/98, atinge tão somente os casos de concessão do benefício. No caso dos autos, o objeto do pedido é diverso, ou seja, a readequação do reajustamento do benefício, razão pela qual não há se falar na aplicação da decadência do direito.

II - Os benefícios calculados na vigência das CLPS de 1976 e 1984 não tiveram a limitação ao teto na forma da legislação atual, mas, sim, foram submetidos a forma de cálculo em duas etapas, que considerava o menor valor-teto (10 salários mínimos) e o maior valor-teto (20 salários mínimos).

III - Sendo os benefícios concedidos antes da CF/1988 não se aplicam os novos tetos das Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003, seja porque foram submetidos à sistemática de cálculo então vigente – *tempus regit actum* –, seja porque já revistos na forma prevista no art. 58 do ADCT.

IV – Decisão reconsiderada para afastar a decadência do direito, excluir da condenação a multa aplicada ao autor e, no mérito, negar-lhe provimento. Prejudicados os embargos de declaração do autor e agravo interno do INSS.

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000163-28.2018.4.03.6115, Rel. Desembargador Federal MARISA FERREIRA DOS SANTOS, julgado em 18/11/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 27/11/2019)

Todavia, há julgados desta Corte que vem decidindo esta mesma questão de forma distinta, adotando o entendimento de que a sistemática de cálculo dos benefícios concedidos antes



da promulgação da CF/88 não é necessariamente incompatível com o pedido de readequação aos tetos das emendas constitucionais 20/98 e 41/03, admitindo tal possibilidade quando, no caso concreto, *a média dos salários de contribuição foi limitada ao maior valor teto, previsto na CLPS, por reputar que este representaria um verdadeiro limitador extrínseco do benefício, o qual deve ser afastado para os efeitos da aplicação dos tetos das Emendas Constitucionais ns. 20/98 e 41/03.*

Isso é o que se infere dos seguintes precedentes da Oitava Turma desta Corte:

**PREVIDENCIÁRIO. NOVOS LIMITES MÁXIMOS INSTITUÍDOS PELAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS NºS 20/98 E 41/03. BENEFÍCIO CONCEDIDO ANTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. MÉDIA DOS SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO LIMITADA AO MAIOR VALOR TETO. PROCEDÊNCIA.**

I- Com relação aos benefícios concedidos no período anterior ao advento da Constituição Federal de 1988, o C. Supremo Tribunal Federal firmou posicionamento no sentido de não haver limitação temporal relativamente à data de início do benefício, para fins de aplicação da orientação firmada no RE nº 564.354.

II- Não se mostra possível a equiparação do teto previdenciário, mencionado no RE nº 564.354, ao denominado “menor valor teto”, tendo em vista que tal expressão refere-se, na realidade, a um fator intrínseco ao cálculo do benefício. Se houver a exclusão do menor valor teto não será possível a obtenção do coeficiente de cálculo a ser aplicado na apuração do valor da aposentadoria. e, conseqüentemente, haverá a indevida e injusta equiparação dos segurados que, exemplificativamente, contribuíram por apenas 1 ano com os que contribuíram por 15 anos, acima do menor valor teto, na medida em que tal coeficiente é apurado levando-se em conta o número de “12 (doze) contribuições acima do menor valor-teto” (art. 23 da CLPS).

III- No que se refere ao maior valor teto, previsto na CLPS, este sim representa indubitavelmente verdadeiro limitador extrínseco do benefício, o qual deve ser afastado para os efeitos da aplicação dos tetos das Emendas Constitucionais ns. 20/98 e 41/03.

IV- No presente caso, considerando que a média dos salários de contribuição foi limitada ao maior valor teto, a parte autora, em tese, faz jus à pretendida readequação dos tetos. A matéria relativa à existência ou não de eventuais diferenças a executar deverá ser discutida no momento da execução, quando as partes terão ampla oportunidade para debater a respeito, inclusive no tocante ao exato valor a ser recebido pelo segurado.

V- No que tange à prescrição, é absolutamente pacífica a jurisprudência no sentido de que o caráter continuado do benefício previdenciário torna imprescritível esse direito, somente sendo atingidas pela praescriptio as parcelas anteriores ao quinquênio legal que antecede o ajuizamento da ação, conforme pleiteado pela parte autora na exordial.

VI- 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, devem ser observados os posicionamentos firmados na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947 (Tema 810) e no Recurso Especial Repetitivo nº 1.492.221 (Tema 905), adotando-se, dessa forma, o IPCA-E nos processos relativos a benefício assistencial e o INPC nos feitos previdenciários. A taxa de juros deve incidir de acordo com a remuneração das cadernetas de poupança (art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09), conforme determinado na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947 (Tema 810) e no Recurso Especial Repetitivo nº 1.492.221 (Tema 905).

VII- A verba honorária fixada à razão de 10% sobre o valor da condenação remunera condignamente o serviço profissional prestado, nos termos do art. 85 do CPC/15 e precedentes desta Oitava Turma. No que se refere à sua base de cálculo, considerando que o direito pleiteado pela parte autora foi reconhecido somente no Tribunal, passo a adotar o posicionamento do C. STJ

de que os honorários devem incidir até o julgamento do recurso nesta Corte, *in verbis*: “Nos termos da Súmula n. 111 do Superior Tribunal de Justiça, o marco final da verba honorária deve ser o decisum no qual o direito do segurado foi reconhecido, que no caso corresponde ao acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*.” (AgRg no Recurso Especial nº 1.557.782-SP, 2ª Turma, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, j. em 17/12/15, v.u., DJe 18/12/15).

VIII- Apelação provida.

(TRF 3ª Região, 8ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5002130-77.2019.4.03.6114, Rel. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA, julgado em 27/11/2019, Intimação via sistema DATA: 29/11/2019)

Nessa mesma linha, os seguintes precedentes das Egrégias Nona e Décima Turmas desta Casa:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. REVISÃO DE BENEFÍCIO. ALTERAÇÃO DOS TETOS PELAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS N. 20/1998 E 41/2003, À LUZ DO RE N. 564.354 DO STF. BENEFÍCIO COM DIB ANTERIOR À DATA DE PROMULGAÇÃO DA CF/1988. IMPOSSIBILIDADE. METODOLOGIA PRÓPRIA DE CÁLCULO CONFORME LEGISLAÇÃO VIGENTE NA CONCESSÃO. SALÁRIO-DE-BENEFÍCIO NÃO LIMITADO AO MAIOR VALOR TETO. SUCUMBÊNCIA.

- A controvérsia reside na possibilidade de revisar o benefício, por força das Emendas Constitucionais n. 20/1998 e 41/2003, concedido antes da vigente Constituição Federal.

- A análise realizada pelo C. Supremo Tribunal Federal para alcançar a inteligência dos RE n. 564.354/SE e 937.595/SP, sob o rito da repercussão geral, deu-se com base na legislação previdenciária atual.

- A legislação previdenciária anterior e a atual são completamente distintas no tocante à metodologia de cálculo, à sistemática e à fórmula de apuração da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários.

- O benefício objeto deste recurso fora concedido à luz da legislação vigente à época de sua concessão, de acordo com o princípio *tempus regit actum*; portanto, a forma de cálculo deve ser idêntica à prevista no momento da concessão, sendo incabível a aplicação de outro regramento introduzido por emendas constitucionais posteriores que não trataram expressamente do direito à revisão dos benefícios previdenciários em decorrência da elevação do maior teto da previdência social.

- A parte autora é titular de aposentadoria por tempo de contribuição concedida em 8/4/1985; contudo, o extrato original de apuração da RMI aponta um salário-de-benefício de Cr\$ 1.415.490,00, quando o maior valor teto vigente à época era de Cr\$ 2.830.980,00. Dessa forma, vê-se nitidamente que o resultado final do salário-de-benefício do segurado não foi glosado, pois não atingiu o maior salário-de-benefício vigente na concessão.

- A parte autora não logrou comprovar o direito alegado quanto à incidência dos novos tetos trazidos pelas emendas constitucionais, de sorte que a improcedência do pedido é medida de rigor. Precedentes.

- Mantida a sucumbência, deve a parte autora arcar com custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 12% (doze por cento) sobre o valor da causa corrigido, já majorados em razão da fase recursal, conforme critérios do artigo 85, §§ 1º, 2º, 3º, I, e 4º, III, do CPC, suspensa, porém, a exigibilidade, na forma do artigo 98, § 3º, do mesmo estatuto processual, por tratar-se de beneficiária da justiça gratuita.

- Apelação conhecida e desprovida.

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5003089-35.2019.4.03.6183, Rel. Desembargador Federal DALDICE MARIA SANTANA DE ALMEIDA, julgado em 30/11/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 03/12/2019)

**PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO. READEQUAÇÃO AOS TETOS PREVISTOS NAS ECs Nºs 20/98 e 41/03. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO CONCEDIDO ANTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. RE Nº 564.354/SE e RE Nº 937.595/SP. LIMITAÇÃO TEMPORAL. AUSÊNCIA. BENEFÍCIO NÃO LIMITADO AO TETO.**

- Discute-se a possibilidade de aplicação dos novos tetos de pagamento da Previdência Social estabelecidos pelas Emendas Constitucionais nºs 20/98 (artigo 14) e 41/2003 (artigo 5º) a benefícios previdenciários já concedidos. Ao julgar o RE 564354/SE na sistemática da repercussão geral, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu pela aplicabilidade imediata dos mencionados artigos aos benefícios concedidos com base no limite pretérito, considerando-se os salários-de-contribuição utilizados nos cálculos iniciais.

- Segundo entendimento do Pretório Excelso, não há limitação temporal para a aplicação dos julgados nos Res nº 564.354/SE e nº 937.595/SP

- Os documentos carreados nos autos indicam que o benefício da parte autora - aposentadoria por tempo de contribuição (NB 077.946.421-4) - foi concedido em 25/01/1986 (DIB), com renda mensal inicial no valor de Cr\$ 5.452.013,00 (RMI) e salário de benefício no importe de Cr\$ 4.556.000,00 (Processo Administrativo - id. 78484672).

- Tendo em vista que o maior salário de benefício vigente à época da concessão era de Cr\$ 9.112.000,00, resta evidente que não houve a limitação que daria ensejo à revisão ora pleiteada.

- Apelação autoral improvida.

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5001146-28.2017.4.03.6126, Rel. Juiz Federal Convocado VANESSA VIEIRA DE MELLO, julgado em 29/11/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 04/12/2019)

**PREVIDENCIÁRIO - PROCESSUAL CIVIL - REAJUSTE DE BENEFÍCIO - ADEQUAÇÃO AOS TETOS DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS 20/98 E 41/2003 - BENEFÍCIO ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 - CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL - OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS FIXADOS NA LEGISLAÇÃO DA ÉPOCA DA CONCESSÃO - RE 564.354/SE - NECESSIDADE DE LIMITAÇÃO DO SALÁRIO DE BENEFÍCIO NA DATA DA CONCESSÃO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - JUSTIÇA GRATUITA.**

I - O Egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 564.354/SE, de relatoria da Eminente Ministra Cármen Lúcia, realizado em 08.09.2010, na forma do art. 543-B do CPC de 1973, assentou entendimento no sentido da possibilidade de adoção dos tetos previstos nas Emendas Constitucionais nº 20/98 e 41/03 nos reajustes dos benefícios previdenciários.

II - O E. STF já se posicionou no sentido de que a orientação consagrada no RE 564.354/SE não impôs limites temporais, podendo, assim, ser aplicada aos benefícios concedidos antes da promulgação da Constituição da República de 1988.

III - Os benefícios concedidos anteriormente à Constituição da República de 1988 eram calculados com base nos critérios definidos na Lei n. 5.890/73, e consolidações posteriores.

IV - Conforme disposto no art. 3º da referida Lei n. 5.890/73 o valor mensal dos benefícios de prestação continuada era calculado tomando-se por base o salário-de-benefício, que não poderia ser superior a 20 (vinte) vezes o maior salário mínimo vigente no país (maior valor teto), na forma do § 4º do aludido artigo, correspondente a 1/36 (um trinta e seis avos) da soma dos salários-de-contribuição imediatamente anteriores ao mês da entrada do requerimento, até o máximo de 36 (trinta e seis), apurados no período não superior a 48 (quarenta e oito) meses, observada a correção monetária dos 24 salários de contribuição anteriores aos 12 últimos.

V - Nos termos do art. 5º, da Lei 5.890/73, definido o salário de benefício, se este fosse inferior a 10 (dez) vezes o maior salário mínimo do país (menor valor teto), seriam aplicados os coeficientes referentes ao tempo de serviço sobre o valor do salário de benefício. De outro lado, na hipótese em que o salário de benefício fosse superior ao menor valor teto o salário de benefício seria dividido em duas partes, a primeira, igual a 10 (dez) vezes e maior salário mínimo vigente no País, a segunda, correspondente ao valor excedente ao da primeira; sobre

a primeira parcela seriam aplicados os coeficientes relativos ao tempo de serviço do segurado; sobre a segunda, incidiria um coeficiente igual a tantos 1/30 (um trinta avos) quantos fossem os grupos de 12 (doze) contribuições acima de 10 (dez) salários-mínimos, respeitado, em cada caso, o limite máximo de 80% (oitenta por cento) do valor da parcela, bem como a limitação da renda mensal inicial ao um valor não superior a 90% do maior valor teto (art. 5º, Inciso III, da Lei 5.890/73).

VI - Da interpretação da legislação relativa ao cálculo dos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição da República verifica-se que o menor valor teto era parte integrante do cálculo da renda mensal inicial, ou seja, elemento interno do cálculo, uma vez que a parcela excedente ao aludido menor valor teto era acrescida ao valor final da renda mensal inicial dependendo do número de contribuições acima de 10 (dez) salários mínimos (menor valor teto) que o segurado possuisse.

VII - De outra parte, constata-se também que o maior valor teto era utilizado como limitador máximo do benefício, conforme previsto no art. 3º, § 4º, da Lei n. 5.890/73, hipótese em que servia de limite máximo do salário de benefício, ou então na forma prevista no art. 5º, inciso III, da referida norma, que dispunha que a renda mensal inicial não poderia superar 90% (noventa por cento) do maior valor teto, na hipótese da renda mensal ter sido calculada em duas etapas, conforme previsto no aludido art. 5º.

VIII - Assim, para aplicação dos efeitos do RE 564.354/SE para os benefícios concedidos no período anterior à entrada em vigor da Constituição da República de 1988 se faz necessário que o salário de benefício da parte autora tenha sido limitado na data da concessão ao maior valor teto previsto no art. 3º, §4º, da Lei 5.890/73, e consolidações posteriores. Nesse sentido já se posicionou o E. STF: (RE 1198655/RS, Relator Min. Roberto Barroso; RE 1113193/RS, Relator Min. Dias Toffoli).

IX - No caso dos autos, em novembro de 1983, o menor valor teto equivalia a Cr\$ 485.785,00, e o maior valor teto correspondia a Cr\$ 971.550,00, e era este último, portanto, o limite máximo do salário de benefício, na forma do art. 3º, §4º, da Lei 5.890/73, enquanto o limite máximo da renda mensal inicial deveria corresponder a 90% do referido valor (Cr\$ 874.935,00), na forma prevista no inciso III, do art. 5º, do mesmo diploma legal. Já a renda mensal inicial do benefício que originou a pensão por morte da autora foi concedida com valor de Cr\$ 476.161,00, e salário de benefício de Cr\$ 573.776,42, conforme documentos acostados aos autos.

X - Assim, constata-se que não houve limitação do salário de benefício do instituidor da pensão ao maior valor teto, na forma do art. 3º, §4º, da Lei n. 5.890/73, e consequentemente da sua renda mensal inicial ao limite máximo previsto no art. 5º, inciso III da aludida norma, sendo indevida, portanto, a aplicação dos efeitos do RE 564.354/SE ao feito em curso.

XI - Honorários advocatícios fixados em R\$1.000,00 (um mil reais), conforme previsto no artigo 85, §§ 4º, III, e 8º, do CPC. A exigibilidade da verba honorária ficará suspensa por 05 (cinco) anos, desde que inalterada a situação de insuficiência de recursos que fundamentou a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, nos termos do artigo 98, §3º, do mesmo estatuto processual.

XII -Apelação da parte autora improvida.

(TRF 3ª Região, 10ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5001041-11.2018.4.03.6128, Rel. Desembargador Federal SERGIO DO NASCIMENTO, julgado em 28/11/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 04/12/2019)

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. EMENDAS CONSTITUCIONAIS 20/1998 E 41/2003.

1. O e. Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que a aplicação do novo valor teto com base nas emendas constitucionais 20/1998 e 41/2003 aos benefícios já concedidos não viola o ato jurídico perfeito, desde que o salário de benefício ou a renda mensal inicial tenha sido limitado ao teto (STF, RE 564354, Relatora: Ministra Carmem Lúcia,

Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2010, DJe 14-02-2011).

2. Ausência de comprovação da limitação do benefício ao teto máximo então vigente.

3. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, 10ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000963-80.2017.4.03.6183, Rel. Desembargador Federal PAULO OCTAVIO BAPTISTA PEREIRA, julgado em 13/11/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 19/11/2019)

Na matéria previdenciária, apesar do IRDR ter sido proposto pelo INSS, o olhar para a isonomia e segurança jurídica, princípios norteadores do IRDR, também pode ser direcionado aos que litigam contra a Autarquia previdenciária – os beneficiários do INSS, autores das ações em que se discute a tese jurídica veiculada no Incidente.

Como o precedente formado no IRDR autoriza o julgamento de improcedência liminar, tem-se que a utilização dessa ferramenta se mostra eficaz para evitar o ajuizamento de ações fadadas ao insucesso, o que é especialmente importante no âmbito previdenciário, em que, não raro, os pensionistas e aposentados são induzidos a ingressarem em juízo, arcando com os ônus daí decorrentes, no afã de obterem uma vantagem que muitas vezes estão fadadas a não prosperar.

Sobre a eficácia do IRDR de inibir o ajuizamento de ações fadadas ao insucesso, interessante o seguinte trecho da doutrina de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Larissa Clare Pochmann da Silva:

[...] Nessa perspectiva, também o incidente de resolução de demandas repetitivas, que atenuará a carga de trabalho do Poder Judiciário, já que, com a fixação da tese jurídica pelo tribunal e sua aplicação pelo juiz natural, o tempo usado para decidir aqueles processos poderá, pelo menos em tese, ser mais eficazmente aproveitado em outras demandas.

Ademais, se a tese jurídica fixada versar sobre uma questão jurídica de direito material for de improcedência, já cientes do resultado, dificilmente continuarão ingressando demandas no Poder Judiciário para discutir a mesma questão. (MENDES, Aluisio e SILVA, Larissa. As ações coletivas e incidente de resolução de demandas repetitivas: algumas considerações sobre a solução coletiva de conflitos. *In* Processo coletivo. Coordenador, Hermes Zaneti Jr. Salvador : Juspodivm, 2016, p. 546)

Portanto, diviso a multiplicidade de demandas, bem assim a existência de decisões díspares quanto à questão jurídica suscitada no IRDR, a demandar a uniformização da jurisprudência desta Corte quanto ao tema e, por conseguinte, a admissão do incidente.

*(ii) ser a questão repetitiva unicamente de direito;*

A questão repetitiva é unicamente de direito. A discussão suscitada não diz respeito à existência ou não dos fatos subjacentes ao tema, mas sim à subsunção da norma jurídica assentada no RE do RE 546.354-SE (precedente obrigatório) – possibilidade de aplicação dos tetos previdenciários instituídos pelas EC 20/98 e 41/03 aos benefícios que, quando do seu cálculo e concessão foram limitados ao teto então vigente - aos benefícios calculados e concedidos antes da entrada em vigor da CF/88.

É certo que o entendimento que admite a procedência do pedido de readequação dos benefícios com DIB anterior à CF/88 condiciona tal resultado à constatação de uma circunstância fática, qual seja, a de ter o benefício sido limitado ao teto vigente no momento do seu cálculo.

Isso, entretanto, não afasta a natureza estritamente jurídica da questão, pois a discussão desta é apriorística, não pressupondo a análise de mencionada circunstância fática, mas apenas



determina que esta análise seja feita *a posteriori* e no caso concreto.

Noutras palavras, neste IRDR não se está discutindo se os benefícios concedidos antes da CF/88 foram limitados a um teto previdenciário, mas sim se esse fato poderia, em tese, ter ocorrido e, em caso positivo, se tais benefícios devem ser readequados.

Vê-se, assim, que a questão fática envolta do tema é irrelevante para a solução da questão jurídica examinada, donde se conclui que esta é unicamente de direito.

Tal questão foi muito bem enfrentada pelo Procurador Regional da República, Robério Nunes, no parecer apresentados aos autos, nos seguintes termos:

Da leitura dessas decisões observa-se, também, que se trata de matéria unicamente de direito. A questão que se pretende ver definitivamente resolvida diz respeito exclusivamente à readequação aos tetos estabelecidos pelas Emendas Constitucionais nº 20/1988 e 41/2003 aos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição Federal de 1988. Trata-se de uma questão que potencialmente alcança todos os sujeitos que tiveram sua aposentadoria calculada e concedida antes de 1988 à luz dos critérios vigentes à época, não havendo qualquer peculiaridade fático-probatória relevante para atrair ou afastar sua interpretação e aplicação. Trata-se, desta feita, de questão exclusivamente de direito dada a desnecessidade de apuração de fatos, ou de discussão sobre “se e quando estes” ocorreram, sendo estas variantes fático-probatórias irrelevantes.

Portanto, forçoso é reconhecer que a questão em análise é unicamente de direito.

*(iii) a existência de uma causa pendente de julgamento no âmbito do tribunal*

O presente incidente origina-se da Apelação Cível, distribuída a e. Desembargadora Federal Lucia Ursaia, em que o proponente, INSS, figura como parte, sendo certo, ainda, que há inúmeros outros recursos em trâmite no âmbito desta Corte sobre o tema.

Logo, a exigência de pendência de um processo na Corte e a legitimidade para se propor o incidente restaram atendidos.

Ressalto, no entanto, que a escolha do processo-piloto, neste IRDR, foi feita pelo INSS, que geralmente ocupa a posição de réu nas ações em que se discute o tema ora objeto do Incidente. Portanto, entendo que cabe a escolha de outros feitos, para que estes integrem a presente lide, como processos-piloto, para complementar, enriquecer e equilibrar os argumentos envergados na inicial. Neste sentido é a doutrina:

E o mesmo pensamos dever ser a postura correta do Tribunal julgador todas as vezes em que uma única causa tiver sido remetida para julgamento como incidente de processos repetitivos. Seja quando a parte suscita o incidente, seja quando somente um processo ou recurso é enviado pela instância inferior para afetação ao processamento dos processos repetitivos, caberá ao Tribunal julgador “complementar” a seleção para atender aos critérios que devem nortear a escolha dos processos originários.

Esta prática já vem sendo implementada pelo STJ no julgamento dos recursos especiais repetitivos, até por força do art. 1º, §1º da Res. 8 do STJ. E a mesma tendência também se anuncia, ou ao menos se pode intuir, dos debates legiferantes no Congresso Nacional. De fato, como se verá adiante, o legislador que vem confeccionando o Projeto de novo Código de Processo Civil parece acenar com esta possibilidade ao disciplinar a escolha do “recurso representativo da controvérsia”. (CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos

incidentes de resolução de processos repetitivos. Revista de Processo. Ano 39, volume 231, maio/2014. Thomson-Reuters Editora dos Tribunais. p. 207)

As lições de Antônio Cabral, do supracitado texto de 2014, foram, de certo modo, confirmadas pelo Novo CPC que, mesmo não mencionando expressamente o IRDR, trouxe, no art. 1036 §1º, dispositivo que norteia a questão no caso dos repetitivos, *verbis*:

Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso.

É inconteste que este dispositivo relativo aos recursos repetitivos aplica-se, por analogia, ao processamento do IRDR, já que ambos os institutos integram o microssistema de solução de casos repetitivos, no qual há uma relação de integração e complementariedade da legislação de regência, consoante o Enunciado 345 do FPPC – Fórum Permanente de Processualistas Cíveis:

345. (arts. 976, 928 e 1.036/79). O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microssistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente. (Grupo: Precedentes; redação revista no V FPPC-Vitória)

Como o processamento do IRDR não se encontra normatizado pelo nosso TRF3, aplica-se o 1036, §1º, do CPC. Assim, a escolha dos processos-piloto, de atribuição desta Relatoria, será efetivada a partir, tanto de processos que integram seu acervo, quanto da recepção dos feitos representativos, enviados pela Presidência das Turmas Previdenciárias, decorrentes da seleção feita pelos Exmos. Desembargadores que integram a 3ª Seção.

*(iv) requisito negativo: inexistência de afetação do tema pelas Cortes Superiores*

Por fim, entendo que o requisito negativo previsto no artigo 976, §4º, também está atendido.

Não se olvida que o E. STF, ao apreciar RE 546.354-SE, assentou o entendimento de que a aplicação do novo valor teto com base nas emendas constitucionais 20/1998 e 41/2003 aos benefícios já concedidos não viola o ato jurídico perfeito, desde que o salário de benefício ou a renda mensal inicial tenha sido limitado ao teto (STF, RE 564354, Relatora: Ministra Carmem Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2010, DJe 14-02-2011).

A análise de referido precedente revela que o E. STF analisou a questão à luz da legislação constitucional posterior à CF/88.

A situação aqui versada, entretanto, é distinta, na medida em que se discute a possibilidade de tal *ratio decidendi* ser aplicada aos benefícios previdenciários calculados e concedidos antes do advento da CF/88.

Daí se concluir que a questão repetitiva que constitui o objeto do presente incidente sob o enfoque aqui abordado não foi resolvida pelo E. STF, quando do julgamento do RE, de modo a se afastar o óbice do artigo 976, §4º, do CPC/2015.

Tanto assim o é que, no RE 937595/SP, o STF firmou o entendimento de que “*Os benefícios concedidos entre 05.10.1988 e 05.04.1991 (período do buraco negro) não estão, em tese, excluídos da possibilidade de readequação segundo os tetos instituídos pelas EC’s nº 20/1998 e 41/2003, a ser aferida caso a caso, conforme os parâmetros definidos no julgamento do RE 564.354, em regime de repercussão geral*”, em acórdão que restou assim ementado:

Direito previdenciário. Recurso extraordinário. Readequação de benefício concedido entre 05.10.1988 e 05.04.1991 (buraco negro). Aplicação imediata dos tetos instituídos pelas EC’s nº 20/1998 e 41/2003. Repercussão geral. Reafirmação de jurisprudência. 1. Não ofende o ato jurídico perfeito a aplicação imediata dos novos tetos instituídos pelo art. 14 da EC nº 20/1998 e do art. 5º da EC nº 41/2003 no âmbito do regime geral de previdência social (RE 564.354, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em regime de repercussão geral). 2. Não foi determinado nenhum limite temporal no julgamento do RE 564.354. Assim, os benefícios concedidos entre 05.10.1988 e 05.04.1991 (buraco negro) não estão, em tese, excluídos da possibilidade de readequação, segundo os tetos instituídos pelas EC’s nº 20/1998 e 41/2003. O eventual direito a diferenças deve ser aferido caso a caso, conforme os parâmetros já definidos no julgamento do RE 564.354. 3. Repercussão geral reconhecida, com reafirmação de jurisprudência, para assentar a seguinte tese: “os benefícios concedidos entre 05.10.1988 e 05.04.1991 (período do buraco negro) não estão, em tese, excluídos da possibilidade de readequação segundo os tetos instituídos pelas EC’s nº 20/1998 e 41/2003, a ser aferida caso a caso, conforme os parâmetros definidos no julgamento do RE 564.354, em regime de repercussão geral”.

E, em recentes julgados, o E. STF tem decidido que a *ratio decidendi* fixada no RE 546.354-SE se aplica, também, aos benefícios concedidos antes da entrada em vigor da CF/88, eis que “*Nesse julgamento, não se fixaram limites temporais relacionados à data de início do benefício, razão pela qual se aplicam aos benefícios concedidos antes da Constituição Federal de 1988, desde que hajam sofrido limitação na data da concessão*”.

Apesar deste entendimento, é certo que a Excelsa Corte não se debruçou, especificamente, sobre a possibilidade de readequação dos benefícios concedidos antes da promulgação da CF/88. Não houve, o cotejamento da tese da fixada no RE 546.354-SE com a tese discutida no presente IRDR. Em outras palavras, apesar do E.STF já ter se manifestado em diversos feitos sobre a extensão temporal do seu julgado, a questão jurídica suscitada neste incidente não está cingida à verificação da extensão da norma jurídica assentada pelo E. STF no RE 546.354-SE.

Além disso, a extensão do entendimento pelo e. STF, em geral, tem sido proferida em decisão monocrática e, por consequência, ainda não foi levada a efeito em sede de recurso representativo de controvérsia repetitiva. Disto, é possível concluir que está atendido o requisito negativo previsto no artigo 976, §4º, do CPC/2015 (o dispositivo diz, *verbis*: “*É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva*”).

Ante o exposto, estando presentes os requisitos de admissibilidade do incidente, **VOTO PELA ADMISSÃO DO IRDR.**

Admitido o incidente, determino a suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tenham como objeto a temática posta neste incidente e que tramitam nesta 3ª Região, inclusive dos feitos que correm nos Juizados Especiais Federais (artigo 982, I, do CPC/2015).

Intime-se o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias.

Comunique-se os órgãos jurisdicionais competentes (art. 982, §1º, CPC) para conhecimento, observância e cumprimento, devendo ser encaminhadas cópias integrais deste incidente, inclusive da presente decisão.

Providencie a Subsecretaria o registro deste IRDR no sistema de Gerenciamento de Precedentes.

Intimem-se as partes por publicação no órgão oficial na pessoa dos procuradores constituídos nos autos originários (indicados na inicial), conforme previsão do artigo 983 do CPC/2015, para manifestação em 15 (quinze) dias, observando-se tal providência apenas em relação aos processos (precedentes citados na exordial) que ainda estejam em tramitação, excluindo-se, portanto, aqueles já transitados em julgado.

Ainda em cumprimento ao artigo 983 do CPC/2015, intimem-se por edital, no prazo de 60 (sessenta) dias) *”os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida”*.

**É COMO VOTO.**

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora

### **DECLARAÇÃO DE VOTO**

**O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA:** Inicialmente, acompanho o voto da E. Relatora no sentido de admitir o IRDR, fazendo-o, no entanto, pela conclusão, em razão do exposto a seguir.

Com relação aos benefícios concedidos no período anterior ao advento da Constituição Federal de 1988, o C. Supremo Tribunal Federal firmou posicionamento no sentido de não haver limitação temporal relativamente à data de início do benefício, para fins de aplicação da orientação firmada na Repercussão Geral reconhecida no Recurso Extraordinário nº 564.354. Transcrevo, por oportuno, trecho da decisão proferida pelo saudoso Ministro Teori Zavascki: *“em momento algum esta Corte limitou a aplicação do entendimento aos benefícios previdenciários concedidos na vigência da Lei 8.213/91. Na verdade, o único requisito para a aplicação dos novos tetos aos benefícios concedidos anteriormente à sua vigência é que o salário de benefício tenha sofrido, à época de sua concessão, diminuição em razão da incidência do limitador previdenciário então vigente.”* (STF, ARE nº 915.305/RJ, DJe de 24/11/15). Nesse mesmo sentido, cito os seguintes precedentes: Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.085.209/SP, Relator Ministro Ricardo Lewandowski; Recurso Extraordinário nº 998.396, Relatora Ministra Rosa Weber e Recurso Extraordinário nº 1.004.657, Relator Ministro Dias Toffoli.

O C. Supremo Tribunal Federal determinou a exclusão do teto previdenciário (fator *extrínseco* ao cálculo da aposentadoria) para fins de readequação dos benefícios aos novos limites previstos nas Emendas Constitucionais nº 20/98 e nº 41/03.

No entanto, a legislação aplicável aos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição Federal de 1988, previa, ao menos, *três tetos* para a apuração da renda mensal

inicial: menor valor teto, maior valor teto e limitação do valor do benefício a 90% do maior valor teto.

Dessa forma, considero indispensável a análise sobre a *forma de cálculo* do benefício e quais tetos deverão (ou não) ser desconsiderados, a fim de que possa haver a compatibilização entre o comando exarado na Repercussão Geral acima mencionada com a legislação previdenciária existente no período anterior à Constituição Federal, sem implicar, ao final, recálculo da renda mensal inicial, expressamente vedado pelo C. STF.

Ante o exposto, acompanho o voto da E. Relatora, pela conclusão.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA



## **APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO**

**5092575-29.2019.4.03.9999**

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelada: ISMAR DA SILVA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON PORFÍRIO

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/01/2020

### **EMENTA**

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. NATUREZA ESPECIAL DAS ATIVIDADES LABORADAS RECONHECIDA. MOTORISTA. ENQUADRAMENTO LEGAL. MOTORISTA DE AMBULÂNCIA. AGENTES BIOLÓGICOS. VINTE E CINCO ANOS DE TRABALHO INSALUBRE, CARÊNCIA E QUALIDADE DE SEGURADO COMPROVADOS.

1. Inicialmente, anoto que a sentença foi proferida já na vigência do novo Código de Processo Civil - Lei 13.105/2015 -, razão pela qual se deve observar o disposto no art. 496, §3º, I. No caso dos autos, não obstante a sentença ser ilíquida, é certo que o proveito econômico obtido pela parte autora não superará o valor de 1.000 (mil) salários mínimos, ainda que se considere o valor máximo dos benefícios do RGPS, tendo em vista que a sentença foi prolatada em 16.05.2018 e a data de início do benefício é 28.12.2015. Neste sentido observo que a 1ª Turma do C. STJ, ao apreciar o REsp 1.735.097/RS, em decisão proferida em 08.10.2019, entendeu que, não obstante a iliquidez das condenações em causas de natureza previdenciária, a sentença que defere benefício previdenciário é espécie absolutamente mensurável, visto que pode ser aferível por simples cálculos aritméticos. Assim, na vigência do Código de Processo Civil/2015, em regra, a condenação em ações previdenciárias não alcança o valor de mil salários mínimos, observada a prescrição quinquenal, com os acréscimos de juros, correção monetária e demais despesas de sucumbência, restando afastado o duplo grau necessário.

2. Aposentadoria especial é devida aos segurados que trabalhem sob efeito de agentes nocivos, em atividades penosas, insalubres ou perigosas.

3. A legislação aplicável para caracterização da natureza especial é a vigente no período em que a atividade a ser avaliada foi efetivamente exercida, devendo, portanto, ser levada em consideração a disciplina estabelecida pelos Decretos nº 53.831/64 e nº 83.080/79, até 05.03.1997 e, após, pelos Decretos nº 2.172/97 e nº 3.049/99.

4. Os Decretos nº 53.831/64 e nº 83.080/79 vigoram de forma simultânea, não havendo revogação daquela legislação por esta, de forma que, verificando-se divergência entre as duas normas, deverá prevalecer aquela mais favorável ao segurado.

5. A atividade desenvolvida até 10.12.1997, mesmo sem a apresentação de laudo técnico, pode ser considerada especial, pois, em razão da legislação de regência a ser considerada até então, era suficiente para a caracterização da denominada atividade especial a apresentação dos informativos SB-40 e DSS-8030, exceto para o agente

nocivo ruído por depender de prova técnica.

6. É de considerar prejudicial até 05.03.1997 a exposição a ruídos superiores a 80 decibéis, de 06.03.1997 a 18.11.2003, a exposição a ruídos de 90 decibéis e, a partir de então, a exposição a ruídos de 85 decibéis.

7. Efetivo exercício de atividades especiais comprovado por meio de formulários de insalubridade e laudos técnicos que atestam a exposição a agentes físicos e biológicos agressores à saúde, em níveis superiores aos permitidos em lei.

8. No caso dos autos, os períodos incontroversos em virtude de acolhimento na via administrativa totalizam 29 (vinte e nove) anos, 03 (três) meses e 23 (vinte e três) dias (ID 22413353), não tendo sido reconhecido qualquer período como de natureza especial. Portanto, a controvérsia colocada nos autos engloba o reconhecimento da natureza especial de todos os períodos pleiteados. Ocorre que, nos períodos de 04.04.1986 a 30.10.1993 e 01.04.1994 a 08.08.1997, a parte autora, nas atividades de entregador, motorista ajudante e motorista entregador, esteve exposta a insalubridades (ID 22413495), devendo ser reconhecida a natureza especial das atividades exercidas nesses períodos, por enquadramento no código 2.4.4 do Decreto nº 53.831/64. Ainda, no período de 01.01.1999 a 28.12.2015, a parte autora, na atividade de motorista de ambulância, esteve exposta a agentes biológicos consistentes em microrganismos (ID 22413432), devendo também ser reconhecida a natureza especial da atividade exercida nesse período, conforme código 3.0.1 do Decreto nº 2.172/97 e código 3.0.1 do Decreto nº 3.048/99.

9. Sendo assim, somados todos os períodos especiais, totaliza a parte autora 27 (vinte e sete) anos, 11 (onze) meses e 03 (três) dias de tempo especial até a data do requerimento administrativo (D.E.R. 28.12.2015).

10. O benefício é devido a partir da data do requerimento administrativo (D.E.R. 28.12.2015).

11. 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 devida expedição, deverá ser observada a Súmula Vinculante 17.

12. Com relação aos honorários advocatícios, tratando-se de sentença ilíquida, o percentual da verba honorária deverá ser fixado somente na liquidação do julgado, na forma do disposto no art. 85, § 3º, § 4º, II, e § 11, e no art. 86, todos do CPC, e incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da decisão que reconheceu o direito ao benefício (Súmula 111 do STJ).

13. Reconhecido o direito da parte autora à aposentadoria especial, com renda mensal inicial de 100% do salário-de-benefício, nos termos do art. 57 da Lei nº 8.213/91, a partir do requerimento administrativo (D.E.R. 28.12.2015), observada eventual prescrição.

14. Remessa necessária não conhecida. Apelação desprovida. Fixados, de ofício, os consectários legais.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Decima Turma, por unanimidade, decidiu por unanimidade, não conhecer da remessa necessária, negar provimento a apelação, e fixar, de ofício, os consectários legais, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

## RELATÓRIO

*O Exmo. Desembargador Federal Nelson Porfírio (Relator):* Trata-se de pedido de aposentadoria especial, ajuizado por Ismar da Silva em face do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Contestação do INSS, na qual sustenta o não enquadramento das atividades exercidas pela parte autora como sendo de natureza especial, requerendo, ao final, a improcedência total do pedido.

Houve réplica.

Foi produzido laudo pericial.

Sentença, pela procedência do pedido, para reconhecer os períodos de 04.04.1986 a 30.10.1993, 01.04.1994 a 08.08.1997 e 01.01.1999 a 21.07.2017 como sendo de natureza especial e determinar a implantação da aposentadoria especial da parte autora, fixando a sucumbência e a remessa necessária.

Apelação do INSS, pelo não acolhimento do pedido formulado na exordial e consequente inversão da sucumbência.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

*É o relatório.*

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

## VOTO

*O Exmo. Desembargador Federal Nelson Porfírio (Relator):* Pretende a parte autora, nascida em 07.07.1966, o reconhecimento do exercício de atividades especiais nos períodos indicados na exordial, e a concessão do benefício de aposentadoria especial, a partir do requerimento administrativo (D.E.R. 28.12.2015).

Inicialmente, anoto que a sentença foi proferida já na vigência do novo Código de Processo Civil - Lei 13.105/2015 -, razão pela qual se deve observar o disposto no art. 496, §3º, I. No caso dos autos, não obstante a sentença ser ilíquida, é certo que o proveito econômico obtido pela parte autora não superará o valor de 1.000 (mil) salários mínimos, ainda que se considere o valor máximo dos benefícios do RGPS, tendo em vista que a sentença foi prolatada em 16.05.2018 e a data de início do benefício é 28.12.2015.

Neste sentido observo que a 1ª Turma do C. STJ, ao apreciar o REsp 1.735.097/RS, em decisão proferida em 08.10.2019, entendeu que, não obstante a iliquidez das condenações em causas de natureza previdenciária, a sentença que defere benefício previdenciário é espécie

absolutamente mensurável, visto que pode ser aferível por simples cálculos aritméticos. Assim, na vigência do Código de Processo Civil/2015, em regra, a condenação em ações previdenciárias não alcança o valor de mil salários mínimos, observada a prescrição quinquenal, com os acréscimos de juros, correção monetária e demais despesas de sucumbência, restando afastado o duplo grau necessário.

No mérito, para melhor elucidação da controvérsia colocada em Juízo, cumpre distinguir a aposentadoria especial prevista no art. 57 da Lei nº 8.213/91, da aposentadoria por tempo de contribuição, prevista no art. 52 do mesmo diploma legal, pois enquanto a aposentadoria especial pressupõe o exercício de atividade considerada especial pelo tempo de 15, 20 ou 25 anos, e, cumprido esse requisito, o segurado tem direito à aposentadoria com valor equivalente a 100% do salário-de-benefício (§ 1º do art. 57), não estando submetido à inovação legislativa da E.C. nº 20/98, ou seja, inexistente pedágio ou exigência de idade mínima, assim como não se submete ao fator previdenciário, conforme art. 29, II, da Lei nº 8.213/91. Diferentemente, na aposentadoria por tempo de contribuição há tanto o exercício de atividade especial como o exercício de atividade comum, sendo que o período de atividade especial sofre a conversão em atividade comum aumentando assim o tempo de serviço do trabalhador, e, conforme a data em que o segurado preenche os requisitos, deverá se submeter às regras da E.C. nº 20/98.

#### *Da atividade especial.*

No que se refere à atividade especial, a jurisprudência pacificou-se no sentido de que a legislação aplicável para sua caracterização é a vigente no período em que a atividade a ser avaliada foi efetivamente exercida, devendo, portanto, no caso em tela, ser levada em consideração a disciplina estabelecida pelos Decretos nº 53.831/64 e nº 83.080/79, até 05.03.1997 e, após, pelo Decreto nº 2.172/97, sendo irrelevante que o segurado não tenha completado o tempo mínimo de contribuição para se aposentar à época em que foi editada a Lei nº 9.032/95, como a seguir se verifica.

O art. 58 da Lei nº 8.213/91 dispunha, em sua redação original que “(...) Art. 58. A relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física será objeto de lei específica (...)”.

Com a edição da Medida Provisória nº 1.523/96, o dispositivo legal acima mencionado teve sua redação alterada, com a inclusão dos parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º, na forma que segue:

“Art. 58. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo.

§ 1º a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

§ 2º Deverão constar do laudo técnico referido no parágrafo anterior informação sobre a existência de tecnologia de proteção coletiva que diminua a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância e recomendação sobre a sua adoção pelo estabelecimento respectivo.

§ 3º A empresa que não mantiver laudo técnico atualizado com referência aos agentes nocivos existentes no ambiente de trabalho de seus trabalhadores ou que emitir documento de comprovação de efetiva exposição em desacordo com o respectivo laudo estará sujeita à penalidade prevista no art. 133 desta Lei.

§ 4º A empresa deverá elaborar e manter atualizado perfil profissiográfico abrangendo as atividades desenvolvidas pelo trabalhador, e fornecer a este, quando da rescisão do contrato de trabalho, cópia autêntica deste documento (...)”.

Verifica-se, pois, que tanto na redação original do art. 58 da Lei nº 8.213/91 como na estabelecida pela Medida Provisória nº 1.523/96 (reeditada até a MP nº 1.523-13 de 23.10.97 - republicado na MP nº 1.596-14, de 10.11.97 e convertida na Lei nº 9.528, de 10.12.97), não foram relacionados os agentes prejudiciais à saúde, sendo que tal relação somente foi definida com a edição do Decreto nº 2.172, de 05.03.1997 (art. 66 e Anexo IV).

Ocorre que, em se tratando de matéria reservada à lei, tal decreto somente teve eficácia a partir da edição da Lei nº 9.528, de 10.12.1997, razão pela qual apenas para atividades exercidas a partir de então é exigível a apresentação de laudo técnico.

No mesmo sentido:

“PREVIDENCIÁRIO - RECURSO ESPECIAL - APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO - CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM - POSSIBILIDADE - LEI 8.213/91 - LEI 9.032/95 - LAUDO PERICIAL INEXIGÍVEL - LEI 9.528/97.

(...)

- A Lei nº 9.032/95 que deu nova redação ao art. 57 da Lei 8.213/91 acrescentando seu § 5º, permitiu a conversão do tempo de serviço especial em comum para efeito de aposentadoria especial. Em se tratando de atividade que expõe o obreiro a agentes agressivos, o tempo de serviço trabalhado pode ser convertido em tempo especial, para fins previdenciários.

- A necessidade de comprovação da atividade insalubre através de laudo pericial, foi exigida após o advento da Lei 9.528, de 10.12.97, que convalidando os atos praticados com base na Medida Provisória nº 1.523, de 11.10.96, alterou o § 1º, do art. 58, da Lei 8.213/91, passando a exigir a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, mediante formulário, na forma estabelecida pelo INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico das condições ambientais do trabalho, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho. Tendo a mencionada lei caráter restritivo ao exercício do direito, não pode ser aplicada à situações pretéritas, portanto no caso em exame, como a atividade especial foi exercida anteriormente, ou seja, de 17.11.75 a 19.11.82, não está sujeita à restrição legal.

- Precedentes desta Corte.

- Recurso conhecido, mas desprovido (...). (STJ; Resp 436661/SC; 5ª Turma; Rel. Min. Jorge Scartezzini; julg. 28.04.2004; DJ 02.08.2004, pág. 482).

Assim, em tese, pode ser considerada especial a atividade desenvolvida até 10.12.1997, mesmo sem a apresentação de laudo técnico, pois, em razão da legislação de regência a ser considerada até então, era suficiente para a caracterização da denominada atividade especial a apresentação dos informativos SB-40 e DSS-8030, exceto para o agente nocivo ruído por depender de prova técnica.

Ressalto que os Decretos nº 53.831/64 e nº 83.080/79 vigoraram de forma simultânea, não havendo revogação daquela legislação por esta, de forma que, verificando-se divergência entre as duas normas, deverá prevalecer aquela mais favorável ao segurado.

Saliento que não se encontra vedada a conversão de tempo especial em comum, exercida em período posterior a 28.05.1998, uma vez que ao ser editada a Lei nº 9.711/98, não foi mantida a redação do art. 28 da Medida Provisória nº 1.663-10, de 28.05.98, que revogava expressamente o parágrafo 5º, do art. 57, da Lei nº 8.213/91, devendo, portanto, prevalecer este último dispositivo legal, nos termos do art. 62 da Constituição da República.

Quanto ao agente nocivo ruído, o Decreto nº 2.172, de 05.03.1997, passou a considerar o nível de ruídos superior a 90 decibéis como prejudicial à saúde. Por tais razões, até ser editado o referido decreto, considerava-se a exposição a ruído superior a 80 decibéis como agente nocivo à saúde.



Com o advento do Decreto nº 4.882, de 18.11.2003, houve nova redução do nível máximo de ruídos tolerável, uma vez que por tal decreto esse nível passou a ser de 85 decibéis (art. 2º, que deu nova redação aos itens 2.01, 3.01 e 4.00 do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99).

Tendo em vista o dissenso jurisprudencial sobre a possibilidade de se aplicar retroativamente o disposto no Decreto nº 4.882/2003, para se considerar prejudicial, desde 05.03.1997, a exposição a ruídos de 85 decibéis, a questão foi levada ao Colendo Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento do Recurso especial 1398260/PR, em 14.05.2014, submetido ao rito do art.543-C do Código de Processo Civil (Recurso especial Repetitivo), fixou entendimento pela impossibilidade de se aplicar de forma retroativa o Decreto nº 4.882/2003, que reduziu o patamar de ruído para 85 decibéis, na forma que segue:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. DESAFETAÇÃO DO PRESENTE CASO.PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. TEMPO ESPECIAL.RUÍDO. LIMITE DE 90DB NO PERÍODO DE 6.3.1997 A 18.11.2003. DECRETO 4.882/2003. LIMITE DE 85 DB. RETROAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA LEI VIGENTE À ÉPOCA DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO.

1. Considerando que o Recurso especial 1.398.260/PR apresenta fundamentos suficientes para figurar como representativo da presente controvérsia, este recurso deixa de se submeter ao rito do art.543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008.

2. Está pacificado no STJ o entendimento de que a lei que rege o tempo de serviço é aquela vigente no momento da prestação do labor.Nessa mesma linha: REsp 1.151.363/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, DJe 5.4.2011; REsp 1.310.034/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 19.12.2012, ambos julgados sob o regime do art. 543-C do CPC.

3. O limite de tolerância para configuração da especial idade do tempo de serviço para o agente ruído deve ser de 90 dB no período de 6.3.1997 a 18.11.2003, conforme Anexo IV do Decreto 2.172/1997 e Anexo IV do Decreto 3.048/1999, não sendo possível aplicação retroativa do Decreto 4.882/2003, que reduziu o patamar para 85 dB, sob pena de ofensa ao art. 6º da LINDB (ex-LICC). Precedentes do STJ.

4. Na hipótese dos autos, a redução do tempo de serviço especial implica indeferimento do pedido de aposentadoria especial por falta de tempo de serviço.

5. Recurso especial provido (...). (REsp 1401619/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/05/2014, DJe 05/12/2014)

Dessa forma, deve-se considerar prejudicial até 05.03.1997 a exposição a ruídos superiores a 80 decibéis, de 06.03.1997 a 18.11.2003, a exposição a ruídos de 90 decibéis e, a partir de então, a exposição a ruídos de 85 decibéis.

Conforme acima destacado, está pacificado no E. STJ (Resp 1398260/PR) o entendimento de que a norma que rege o tempo de serviço é aquela vigente no momento da prestação, devendo, assim, ser observado o limite de 90 decibéis no período de 06.03.1997 a 18.11.2003.

De outra parte, o Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, instituído pelo art. 58, §4º, da Lei nº 9.528/97, é documento que retrata as características do trabalho do segurado, e traz a identificação do engenheiro ou perito responsável pela avaliação das condições de trabalho, sendo apto para comprovar o exercício de atividades em condições especiais, fazendo às vezes do laudo técnico.

E não afasta a validade de suas conclusões o fato de ter sido o PPP ou laudo elaborado posteriormente à prestação do serviço, vez que tal requisito não está previsto em lei, mormente

que a responsabilidade por sua expedição é do empregador, não podendo o empregado arcar com o ônus de eventual desídia daquele e, ademais, a evolução tecnológica propicia condições ambientais menos agressivas à saúde do obreiro do que aquelas vivenciadas à época da execução dos serviços.

No julgamento do Recurso Extraordinário em Agravo (ARE) 664335, em 04.12.2014, com repercussão geral reconhecida, o E. STF fixou duas teses para a hipótese de reconhecimento de atividade especial com uso de Equipamento de Proteção Individual, sendo que a primeira refere-se à regra geral que deverá nortear a análise de atividade especial, e a segunda refere-se ao caso concreto em discussão no recurso extraordinário em que o segurado esteve exposto a ruído, que podem ser assim sintetizadas: “i) *tese 1 - regra geral: o direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo a sua saúde, de modo que se o Equipamento de Proteção Individual (EPI) for realmente capaz de neutralizar a nocividade, não haverá respaldo à concessão constitucional de aposentadoria especial; e* ii) *tese 2 - agente nocivo ruído: na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual (EPI), não descaracteriza o tempo de serviço especial para a aposentadoria especial, tendo em vista que no cenário atual não existe equipamento individual capaz de neutralizar os malefícios do ruído, pois que atinge não só a parte auditiva, mas também óssea e outros órgãos*”.

NO CASO DOS AUTOS, os períodos incontroversos em virtude de acolhimento na via administrativa totalizam 29 (vinte e nove) anos, 03 (três) meses e 23 (vinte e três) dias (ID 22413353), não tendo sido reconhecido qualquer período como de natureza especial. Portanto, a controvérsia colocada nos autos engloba o reconhecimento da natureza especial de todos os períodos pleiteados.

Ocorre que, nos períodos de 04.04.1986 a 30.10.1993 e 01.04.1994 a 08.08.1997, a parte autora, nas atividades de entregador, motorista ajudante e motorista entregador, esteve exposta a insalubridades (ID 22413495), devendo ser reconhecida a natureza especial das atividades exercidas nesses períodos, por enquadramento no código 2.4.4 do Decreto nº 53.831/64.

Ainda, no período de 01.01.1999 a 28.12.2015, a parte autora, na atividade de motorista de ambulância, esteve exposta a agentes biológicos consistentes em microrganismos (ID 22413432), devendo também ser reconhecida a natureza especial da atividade exercida nesse período, conforme código 3.0.1 do Decreto nº 2.172/97 e código 3.0.1 do Decreto nº 3.048/99.

Sendo assim, somados todos os períodos especiais, totaliza a parte autora 27 (vinte e sete) anos, 11 (onze) meses e 03 (três) dias de tempo especial até a data do requerimento administrativo (D.E.R. 28.12.2015), observado o conjunto probatório produzido nos autos e os fundamentos jurídicos explicitados na presente decisão.

Restaram cumpridos pela parte autora, ainda, os requisitos da qualidade de segurado (art. 15 e seguintes da Lei nº 8.213/91) e carência para a concessão do benefício almejado (art. 24 e seguintes da Lei nº 8.213/91).

Destarte, a parte autora faz jus à aposentadoria especial, com renda mensal inicial de 100% do salário-de-benefício, nos termos do art. 57 da Lei nº 8.213/91, sendo este último calculado pela média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, nos termos do art. 29, inc. II, da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.876/99.

A correção monetária deverá incidir sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências e os juros de mora desde a citação, 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 devida expedição, deverá ser observada a Súmula Vinculante 17.

Com relação aos honorários advocatícios, tratando-se de sentença ilíquida, o percentual da verba honorária deverá ser fixado somente na liquidação do julgado, na forma do disposto no art. 85, § 3º, § 4º, II, e § 11, e no art. 86, todos do CPC, e incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da decisão que reconheceu o direito ao benefício (Súmula 111 do STJ).

Embora o INSS seja isento do pagamento de custas processuais, deverá reembolsar as despesas judiciais feitas pela parte vencedora e que estejam devidamente comprovadas nos autos (Lei nº 9.289/96, artigo 4º, inciso I e parágrafo único).

Caso a parte autora já esteja recebendo benefício previdenciário concedido administrativamente, deverá optar, à época da liquidação de sentença, pelo benefício que entenda ser mais vantajoso. Se a opção recair no benefício judicial, deverão ser compensadas as parcelas já recebidas em sede administrativa, face à vedação da cumulação de benefícios.

As verbas acessórias e as prestações em atraso também deverão ser calculadas na forma acima estabelecida, em fase de liquidação de sentença.

Diante do exposto, *não conheço da remessa necessária, nego provimento à apelação, e fixo, de ofício, os consectários legais.*

Determino que, independentemente do trânsito em julgado, expeça-se e-mail ao INSS, instruído com os devidos documentos da parte autora ISMAR DA SILVA, a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja *implantado de imediato o benefício de APOSENTADORIA ESPECIAL*, com D.I.B. em 28.12.2015 e R.M.I. a ser calculada pelo INSS, nos termos da presente decisão, tendo em vista o art. 497 do Código de Processo Civil.

*É como voto.*

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

## **APELAÇÃO CÍVEL**

### **5900651-09.2019.4.03.9999**

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelado: VILSON JESUS PEREIRA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/12/2019

### **EMENTA**

PREVIDENCIÁRIO. INCAPACIDADE PARCIAL E PERMANENTE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DE AUXÍLIO DOENÇA. POSSIBILIDADE DE REABILITAÇÃO PROFISSIONAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. TUTELA ANTECIPADA MANTIDA.

I- Os requisitos previstos na Lei de Benefícios para a concessão da aposentadoria por invalidez compreendem: a) o cumprimento do período de carência, quando exigida, prevista no art. 25 da Lei nº 8.213/91; b) a qualidade de segurado, nos termos do art. 15 da Lei de Benefícios e c) incapacidade definitiva para o exercício da atividade laborativa. O auxílio doença difere apenas no que tange à incapacidade, a qual deve ser temporária.

II- Com relação à comprovação da incapacidade, contra a qual se insurgiu o INSS, na perícia judicial realizada, afirmou o esculápio encarregado do exame, com base no exame físico e análise da documentação médica apresentada, que o autor de 32 anos e trabalhador rural, é portador de deformidade no 3º, 4º e 5º quirodáctilos da mão direita (CID10 M20.0), devido a complicação durante procedimento de enfermagem em fossa cubital direita, desde o primeiro ano de vida. Concluiu pela constatação de incapacidade laborativa parcial e permanente. Enfatizou o expert que “(...) atualmente toda a desenvoltura realizada nos ofícios que já participou, foram realizadas com o braço esquerdo já que o mesmo apresenta menor força de apreensão não mão direita, associado a discreta atrofia muscular no antebraço direito. Sequelas estas, de caráter permanente, devendo ser avaliado a possibilidade de readaptação para outra função que não exija força/destreza bi manual” (fls. 39 – id. 82869044 – pág. 4). Embora não caracterizada a invalidez total, deve ser considerado o fato de ser o autor jovem e a possibilidade de readaptação a outras atividades compatíveis com as suas limitações. Dessa forma, deve ser mantido o auxílio doença concedido em sentença, devendo perdurar até a sua reabilitação profissional. Consigna-se, contudo, que o benefício não possui caráter vitalício, considerando o disposto nos artigos 59 e 101, da Lei nº 8.213/91.

III- Cabe ao INSS submeter o requerente ao processo de reabilitação profissional, não devendo ser cessado o auxílio doença até que o segurado seja dado como reabilitado para o desempenho de outra atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não recuperável, for aposentado por invalidez, consoante o disposto no art. 62 da Lei nº 8.213/91.

IV- O fato de a parte autora estar trabalhando para prover a própria subsistência não afasta a conclusão do laudo pericial, o qual atesta, de forma inequívoca, sua incapacidade parcial e permanente.

V- 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, devem ser observados os posicionamentos firmados na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947 (Tema 810) e no Recurso Especial Repetitivo nº 1.492.221 (Tema 905), adotando-se, dessa forma, o IPCA-E nos processos relativos a benefício assistencial e o INPC nos feitos previdenciários. Quadra ressaltar haver constado expressamente do voto do Recurso Repetitivo que “a adoção do INPC não configura afronta ao que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (RE 870.947/SE). Isso porque, naquela ocasião, determinou-se a aplicação do IPCA-E para fins de correção monetária de benefício de prestação continuada (BPC), o qual se trata de benefício de natureza assistencial, previsto na Lei 8.742/93. Assim, é imperioso concluir que o INPC, previsto no art. 41-A da Lei 8.213/91, abrange apenas a correção monetária dos benefícios de natureza previdenciária.” Outrossim, como bem observou o E. Desembargador Federal João Batista Pinto Silveira: “Importante ter presente, para a adequada compreensão do eventual impacto sobre os créditos dos segurados, que os índices em referência – INPC e IPCA-E tiveram variação muito próxima no período de julho de 2009 (data em que começou a vigorar a TR) e até setembro de 2019, quando julgados os embargos de declaração no RE 870947 pelo STF (IPCA-E: 76,77%; INPC 75,11), de forma que a adoção de um ou outro índice nas decisões judiciais já proferidas não produzirá diferenças significativas sobre o valor da condenação.” (TRF-4ª Região, AI nº 5035720-27.2019.4.04.0000/PR, 6ª Turma, v.u., j. 16/10/19).

VI- Deve ser mantida a antecipação dos efeitos do provimento jurisdicional final, já sob a novel figura da tutela de urgência, uma vez que evidenciado nos presentes autos o preenchimento dos requisitos do art. 300, do CPC/15.

VII- Apelação do INSS parcialmente provida.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento à apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

### RELATÓRIO

*O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA (RELATOR):* Trata-se de ação ajuizada em face do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, visando à concessão da aposentadoria por invalidez desde a DER em 30/8/18, com o adicional de 25%, ou, sucessivamente, do auxílio doença.

Foram deferidos à parte autora os benefícios da assistência judiciária gratuita.

O Juízo *a quo* julgou *procedente* o pedido, concedendo em favor do autor o auxílio doença, desde a data de entrada do requerimento administrativo (DER) em 30/8/18, pelo prazo mínimo de doze meses, a contar da data da elaboração do laudo pericial (2/2/19). Condenou, ainda, o INSS, ao pagamento dos valores atrasados, acrescidos de correção monetária a contar do vencimento de cada



prestação, calculada pelo IPCA-E, e juros moratórios de 0,5% ao mês segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, observado o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09. Os honorários advocatícios foram fixados em 10% sobre o valor das prestações vencidas até a data da sentença (art. 85, § 3º, do CPC/15). Deferiu a antecipação dos efeitos da tutela.

A Agência da previdência Social de Demandas Judiciais de São José do Rio Preto/SP enviou e-mail datado de 11/6/19, e endereçada à 2ª Vara Cível da Comarca de Fernandópolis/SP, comunicando o cumprimento da tutela, com a implantação do auxílio doença NB 31/ 628.163.442-3, com DIB em 30/8/19 e DIP em 1º/5/19, e convocando o segurado para submeter-se aos procedimentos relativos ao programa de reabilitação profissional, no dia 26/9/19 (fls. 78/79 – id.82869170 – págs. 1/2).

Inconformada, apelou a autarquia, sustentando em síntese:

- a necessidade de suspensão da eficácia da sentença no tocante à antecipação da tutela, ante a possibilidade de existência de dano grave ou de difícil reparação e

- que a incapacidade parcial detectada não impede o exercício da atividade habitual, cujas atribuições são compatíveis com as limitações descritas pelo perito judicial, motivo pelo qual a R. sentença deve ser reformada, para julgar improcedente o pedido.

- Caso não sejam acolhidas as alegações acima mencionadas, requer a fixação da TR como índice de correção monetária, nos termos da Lei nº 11.960/09, uma vez que o RE nº 870.947-SE se encontra pendente de trânsito em julgado em razão da interposição de Embargos de Declaração, em que se discutem, entre outros temas, a modulação dos efeitos do julgado.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

É o breve relatório.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

## VOTO

*O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA (RELATOR):* Nos exatos termos do art. 42 da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

“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.

§ 2º A doença ou lesão de que o segurado já era portador ao filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social não lhe conferirá direito à aposentadoria por invalidez, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.”

Com relação ao auxílio doença, dispõe o art. 59, *caput*, da referida Lei:

“O auxílio-doença 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.”

Dessa forma, depreende-se que os requisitos para a concessão da aposentadoria por invalidez compreendem: *a)* o cumprimento do período de carência, quando exigida, prevista no art. 25 da Lei nº 8.213/91; *b)* a qualidade de segurado, nos termos do art. 15 da Lei de Benefícios e *c)* incapacidade definitiva para o exercício da atividade laborativa. O auxílio doença difere apenas no que tange à incapacidade, a qual deve ser temporária.

No que tange ao recolhimento de contribuições previdenciárias, devo ressaltar que, em se tratando de segurado empregado, tal obrigação compete ao empregador, sendo do Instituto o dever de fiscalização do exato cumprimento da norma. Essas omissões não podem ser alegadas em detrimento do trabalhador que não deve - posto tocar às raias do disparate - ser penalizado pela inércia alheia.

Importante deixar consignado, outrossim, que a jurisprudência de nossos tribunais é pacífica no sentido de que não perde a qualidade de segurado aquele que está impossibilitado de trabalhar, por motivo de doença incapacitante.

Feitas essas breves considerações, passo à análise do caso concreto.

*In casu*, o demandante cumpriu a *carência* mínima de 12 contribuições mensais, e comprovou a *qualidade de segurado*, conforme o extrato de consulta realizada no “CNIS - Cadastro Nacional de Informações Sociais”, juntado a fls. 44 (id. 82869106 – pág. 2), no qual constam os registros de atividades em períodos ininterruptos desde 1º/5/10, sendo os últimos vínculos nos períodos de 1º/11/17 a 7/4/18, 3/9/18 a 7/11/18 e 1º/12/18 a 31/5/19. A ação foi ajuizada em 7/1/19, ou seja, no prazo previsto no art. 15, da Lei nº 8.213/91.

Outrossim, com relação à comprovação da *incapacidade*, contra a qual se insurgiu o INSS, foi determinada a realização de perícia médica em 2/2/19, tendo sido elaborado o respectivo parecer técnico pelo Perito e juntado a fls. 27/31 (id. 82869044 - págs. 1/5). Afirmou o esculápio encarregado do exame, com base no exame físico e análise da documentação médica apresentada, que o autor de 32 anos e trabalhador rural, é portador de deformidade no 3º, 4º e 5º quirodáctilos da mão direita (CID10 M20.0), devido a complicação durante procedimento de enfermagem em fossa cubital direita, desde o primeiro ano de vida. Concluiu pela constatação de incapacidade laborativa parcial e permanente. Enfatizou o *expert* que “(...) atualmente toda a desenvoltura realizada nos ofícios que já participou, foram realizadas com o braço esquerdo já que o mesmo apresenta menor força de apreensão não mão direita, associado a discreta atrofia muscular no antebraço direito. Sequelas estas, de caráter permanente, devendo ser avaliado a possibilidade de readaptação para outra função que não exija força/destreza bi manual” (fls. 39 – id. 82869044 – pág. 4).

Embora não caracterizada a invalidez total, deve ser considerado o fato de ser o autor jovem e a possibilidade de readaptação a outras atividades compatíveis com as suas limitações.

Nesse sentido, merecem destaque os acórdãos abaixo, *in verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUXÍLIO-DOENÇA. INCAPACIDADE LABORATIVA. POSSIBILIDADE DE READAPTAÇÃO.

I - Ainda que o laudo tenha concluído pela incapacidade total e permanente do autor para o desempenho de trabalho braçal, em virtude de apresentar seqüela de cirurgia de hérnia de disco lombar, há que se considerar que é pessoa jovem, contando atualmente com 40 anos de idade, podendo ser reabilitado para outra função, não se justificando, assim, ao menos por ora, a conversão do benefício de auxílio-doença em aposentadoria por invalidez, como pretendido.

II - Os embargos de declaração opostos com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório (Súmula 98, do E. STJ).

III - Embargos de declaração opostos pelo autor rejeitados.”

(TRF - 3ª Região, AC nº 2009.03.99.042556-4, 10ª Turma, Relator Des. Fed. Sérgio Nascimento, j. 9/11/10, v.u., DE 19/11/10)

“PREVIDENCIÁRIO. RESTABELECIMENTO DE AUXÍLIO-DOENÇA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. ESTADO MÓRBIDO EXISTENTE NO MOMENTO DO CANCELAMENTO INDEVIDO. INCAPACIDADE PARA O TRABALHO HABITUAL COMPROVADA: NECESSIDADE DE SUBMISSÃO A PROCESSO DE READAPTAÇÃO PROFISSIONAL. CARÊNCIA CUMPRIDA. QUALIDADE DE SEGURADO MANTIDA: PROGRESSÃO E AGRAVAMENTO DE MOLÉSTIA PREEXISTENTE À FILIAÇÃO. TERMO INICIAL. TUTELA ANTECIPADA. I - Preenchidos nos autos os requisitos exigidos para a concessão do benefício previdenciário de auxílio-doença.

II - O autor adquiriu ceratocone nos dois olhos e tem capacidade visual próxima de zero. Do ponto de vista médico, apresenta incapacidade laboral total e permanente, porém, o juiz não está adstrito às conclusões do laudo e acertadamente considerou a incapacidade como parcial e temporária, tendo em vista os aspectos físicos, sociais e subjetivos do autor. Se a atividade habitual exige visão perfeita, a visão monocular não o incapacita definitivamente para todo e qualquer trabalho, tendo em vista que é relativamente jovem (36 anos de idade).

III - Embora a doença ocular tenha se originado na infância, o apelado trabalhou durante muito tempo e cumpriu o período de carência necessário à concessão do benefício, até que, posteriormente, os males progrediram e se agravaram, até torná-lo incapacitado para o trabalho, sendo essa a razão da cessação das contribuições, não havendo, pois, que se falar em perda da qualidade de segurado (segunda parte do § 2º do art. 42 da Lei nº 8.213/91. Precedentes da Corte).

IV - Comprovado que, à época do cancelamento do auxílio-doença, o apelado ainda estava acometido da doença que foi tida como incapacitante, correta a sentença que determinou o restabelecimento, devendo ser submetido a processo de readaptação profissional, devendo perdurar o benefício até que seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não recuperável, for aposentado por invalidez.

V - Mantido o termo inicial do benefício a partir da data da indevida alta médica na via administrativa, devendo ser descontados os valores recebidos pelo período em que o apelado retornou ao trabalho e respeitada a prescrição quinquenal, pois comprovada a existência do mal incapacitante àquela época.

VI - Apelação do INSS e remessa oficial improvidas.

VII - A prova inequívoca da incapacidade do autor e o fundado receio de um dano irreparável, tendo em vista a necessidade financeira para a manutenção da sua subsistência, constituem, respectivamente, o relevante fundamento e justificado receio de ineficácia do provimento final, configurando as condições para a concessão liminar da tutela, na forma do disposto no artigo 461, § º, do CPC.

VIII - Tutela jurisdicional antecipada, de ofício, para que o INSS proceda à imediata implantação do benefício em causa, sob pena de multa diária, que será oportunamente fixada em caso de descumprimento.”

(TRF - 3ª Região, AC nº 2000.03.99.024739-7, 9ª Turma, Relatora Des. Fed. Marisa Santos, j. 31/5/04, v.u., DJU 12/8/04)

Dessa forma, deve ser mantido o auxílio doença concedido em sentença, devendo perdurar até a sua reabilitação profissional. Deixo consignado, contudo, que o benefício não possui caráter vitalício, considerando o disposto nos artigos 59 e 101, da Lei nº 8.213/91.

No tocante à reabilitação profissional, dispõe o art. 62, da Lei nº 8.213/91:

“O segurado em gozo de auxílio-doença, insusceptível de recuperação para sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade. Não cessará o benefício até que seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não-recuperável, for aposentado por invalidez”

Assim, cabe ao INSS submeter o requerente ao processo de reabilitação profissional, não devendo ser cessado o auxílio doença até que o segurado seja dado como reabilitado para o desempenho de outra atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não recuperável, for aposentado por invalidez, consoante expressa disposição legal acima transcrita.

Importante deixar consignado que os pagamentos das diferenças pleiteadas já realizadas pela autarquia na esfera administrativa devem ser deduzidas na fase de execução do julgado.

Quadra ressaltar que, o fato de a parte autora estar trabalhando para prover a própria subsistência não afasta a conclusão do laudo pericial, o qual atesta, de forma inequívoca, *sua incapacidade parcial e permanente*.

Nesse sentido é o entendimento desta Corte, consoante acórdãos a seguir transcritos:

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. QUALIDADE DE SEGURADO. CARÊNCIA. INCAPACIDADE PARA O TRABALHO. RETORNO AO LABOR POR ESTADO DE NECESSIDADE. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REEMBOLSO AO ERÁRIO DOS HONORÁRIOS DO PERITO JUDICIAL.

(...)

4 - O retorno ao labor não afasta a conclusão da perícia médica, vez que o segurado obrigado a aguardar por vários anos a implantação de sua aposentadoria por invalidez precisa manter-se durante esse período, vale dizer, vê-se compelido a retornar ao trabalho, por estado de necessidade, sem ter sua saúde restabelecida.”

(TRF 3ª Reg., AC nº 2002.61.13.001379-0/SP; Rel. Des. Fed. Santos Neves, Nona Turma, J. 28/5/07, DJU 28/6/07, grifos meus).

“PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. RETORNO DO SEGURADO AO TRABALHO. VIOLAÇÃO LITERAL DE DISPOSIÇÃO DE LEI. INOCORRÊNCIA. SÚMULA N. 343 DO E. STF.

I - (...)

II - A interpretação dada pelo acórdão rescindendo foi no sentido de que o retorno ao trabalho por estado de necessidade não afasta a incapacidade laborativa do segurado, não incidindo, consequentemente, o comando estabelecido pelo art. 46 da Lei n. 8.213/91.

III - (...)

IV - Preliminar rejeitada. Ação rescisória cujo pedido se julga improcedente.”

(TRF 3ª Reg., AR nº 2002.03.00.051037-9/SP, Rel. Des. Fed. Sérgio Nascimento, Terceira Seção, J. 8/5/08, DJF3 4/6/08, grifos meus).

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, devem ser observados os posicionamentos firmados na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947

(Tema 810) e no Recurso Especial Repetitivo nº 1.492.221 (Tema 905), adotando-se, dessa forma, o IPCA-E nos processos relativos a benefício assistencial e o INPC nos feitos previdenciários. Quadra ressaltar haver constado expressamente do voto do Recurso Repetitivo que “a adoção do INPC não configura afronta ao que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (RE 870.947/SE). Isso porque, naquela ocasião, determinou-se a aplicação do IPCA-E para fins de correção monetária de benefício de prestação continuada (BPC), o qual se trata de benefício de natureza assistencial, previsto na Lei 8.742/93. Assim, é imperioso concluir que o INPC, previsto no art. 41-A da Lei 8.213/91, abrange apenas a correção monetária dos benefícios de natureza previdenciária.” Outrossim, como bem observou o E. Desembargador Federal João Batista Pinto Silveira: “Importante ter presente, para a adequada compreensão do eventual impacto sobre os créditos dos segurados, que os índices em referência – INPC e IPCA-E tiveram variação muito próxima no período de julho de 2009 (data em que começou a vigorar a TR) e até setembro de 2019, quando julgados os embargos de declaração no RE 870947 pelo STF (IPCA-E: 76,77%; INPC 75,11), de forma que a adoção de um ou outro índice nas decisões judiciais já proferidas não produzirá diferenças significativas sobre o valor da condenação.” (TRF-4ª Região, AI nº 5035720-27.2019.4.04.0000/PR, 6ª Turma, v.u., j. 16/10/19).

Por derradeiro, deve ser mantida a antecipação dos efeitos do provimento jurisdicional final, já sob a novel figura da *tutela de urgência*, uma vez que evidenciado nos presentes autos o preenchimento dos requisitos do art. 300, do CPC/15.

Inequívoca a existência da *probabilidade do direito*, tendo em vista o reconhecimento à percepção do benefício pleiteado. Quanto ao *perigo de dano*, parece-me que, entre as posições contrapostas, merece acolhida aquela defendida pela parte autora porque, além de desfrutar de elevada probabilidade, é a que sofre maiores dificuldades de reversão. Outrossim, o perigo da demora encontrava-se evidente, tendo em vista o caráter alimentar do benefício.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação do INSS para determinar a incidência da correção monetária na forma acima indicada.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator



## **APELAÇÃO CÍVEL**

### **5904498-19.2019.4.03.9999**

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Apelada: VANUSA CRISTINA RODRIGUES E GABRIEL RODRIGUES DENOFRI  
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DÍVA MALERBI  
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/12/2019

### **EMENTA**

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. INOCORRÊNCIA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. UNIÃO ESTÁVEL COMPROVADA. DEPENDÊNCIA PRESUMIDA. PRESUNÇÃO RELATIVA NÃO AFASTADA. TERMO INICIAL. HABILITAÇÃO POSTERIOR. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. Preliminarmente, observa-se a inoccorrência da prescrição do fundo de direito no presente caso, já que a prescrição não atinge o direito do requerente e sim eventuais prestações devidas no período anterior ao quinquênio contado a partir do ajuizamento da ação.

2. Nos termos do artigo 74 da Lei nº 8.213/91, dois são os requisitos para a concessão do benefício de pensão por morte, quais sejam: a qualidade de segurado do falecido e a dependência econômica do beneficiário postulante.

3. Dispensada está, portanto, a demonstração do período de carência, consoante regra expressa no artigo 26, I, da Lei nº 8.213/91.

4. No presente caso, não há controvérsia acerca da qualidade de segurado do *de cujus*.

5. Em relação à dependência econômica, observa-se que a questão versa sobre a comprovação da união estável e, conseqüentemente, da dependência, para fins de recebimento da pensão por morte.

6. Com efeito, o C. Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido que para fins previdenciários, a comprovação da união estável pode se dar por qualquer meio robusto e idôneo de prova.

7. Demonstrada, portanto, a vida em comum entre a autora e o de cujus no momento do óbito, caracterizando a união estável, a dependência econômica é presumida, nos termos do artigo 16, inciso I e § 4º, da Lei nº 8.213/91.

8. A autarquia previdenciária sustenta a não demonstração da dependência econômica, sendo que o § 4º do art. 16 da Lei n. 8.213/1991 prescreve uma presunção relativa de dependência econômica que, como tal, pode ser suprimida por provas em sentido contrário.

9. Uma vez que a autora recebeu o benefício em nome dos filhos em comum com o falecido até que estes completaram a maioridade, não tendo requerido o benefício em seu nome por falta de instrução adequada e, uma vez que não restou demonstrado que a autora tinha condições de arcar com sua subsistência após a cessação do benefício que recebia em nome de seus filhos, não há como se afastar a presunção de sua dependência econômica.

10. A fixação do termo inicial do benefício deve ser na data do óbito, quando requerido até 30 dias depois deste, ou na data do requerimento, quando requerido após aquele prazo, nos termos do artigo 74 da Lei nº 8.213/91, com redação conferida pela Lei

nº 9.528/97, vigente à época do óbito. No presente caso, portanto, o termo inicial do benefício deveria ser fixado na data do requerimento administrativo (17.11.2015 – ID 83225008).

11. Observa-se, contudo, que devido ao fato dos filhos do falecido já terem recebido o benefício de pensão até a data em que completaram a maioridade em 13.08.2015 (Luann Rodrigues Denofri) e 29.11.2018 (Gabriel Rodrigues Denofri), conforme fls. 02 do ID 83225019, aplica-se ao caso o artigo 76 da Lei nº 8.213/91, onde a habilitação posterior que importe em exclusão ou inclusão de dependente só produzirá efeito a contar da data da inscrição ou habilitação.

12. Ressalte-se que a autarquia previdenciária, em tese, já pagou o valor integral do valor da pensão para os filhos do de cujus, inclusive tendo como beneficiária a autora, não podendo ser obrigada a pagar valor maior que este pela inclusão posterior de dependente. Com isso, o termo inicial do benefício deve ser fixado a contar da data de 30.11.2018, ou seja, um dia após o encerramento da pensão paga a Gabriel Rodrigues Denofri.

13. Apelação parcialmente provida.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

### **RELATÓRIO**

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de apelação interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS em face de sentença proferida em ação que objetiva a concessão de pensão por morte, na condição de companheira do de cujus, com óbito ocorrido em 10.11.2005.

O juízo *a quo* concedeu a antecipação da tutela, a fim de que seja implantado, imediatamente, o benefício de pensão por morte em favor da autora, devendo ser oficiado ao INSS, que deverá informar ao Juízo quando tal implantação for efetivada e julgou procedente o pedido para condenar o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS a pagar à Vanusa Cristina Rodrigues o benefício previdenciário de pensão por morte, correspondente a 100% do salário de benefício recebido pelo falecido, rateado com o filho Gabriel, nos termos do artigo 75 da Lei nº 8.213/91, a contar da data do indeferimento administrativo, ocorrido em 12/02/2016. Ressaltou que, como a pensão já está sendo recebida por Gabriel Rodrigues Denofri, o valor deverá ser dividido com a autora, na metade, até a cessação de pagamento do benefício a Gabriel, quando o valor passará a ser pago na totalidade à autora. Salientou, ainda, que não constam nos autos informações sobre a possibilidade ou necessidade de Gabriel continuar a receber a pensão por morte de seu genitor em virtude de incapacidade laborativa ou de manutenção de estudos, se o caso, devendo ser providenciadas tais informações com a máxima urgência, ante a proximidade da data em que o menor completará 21 anos e, em tese, perderá o direito ao benefício previdenciário em questão. Estabeleceu que as prestações vencidas deverão ser

corrigidas monetariamente, de acordo com as Súmulas nº 8 do E. TRF/3ª Região e nº 148 do C. STJ, incidindo juros de mora de 1% ao mês (art. 406, CC c.c. art. 161, § 1º, CTN), a partir da citação (art. 405 CC), até a entrada em vigor da Lei nº 11.960/09, quando passarão a ser calculados através dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à poupança, respeitada a prescrição quinquenal. Por força da sucumbência, determinou que arcará o réu com honorários advocatícios, fixados em 10% do valor das parcelas vencidas, sendo que não haverá incidência de verba honorária sobre parcelas vincendas (Súmula 111 do Colendo Superior Tribunal de Justiça), respeitada a isenção das custas processuais (Lei nº 8.620/93, artigo 8º, § 1º).

Em razões recursais, a autarquia previdenciária sustenta, preliminarmente, a ocorrência da prescrição do fundo de direito, nos termos do artigo 1º do Decreto-Lei nº 20.910/32, uma vez que o óbito se deu em 10.11.2005 e a demanda somente foi ajuizada em junho de 2016. No mérito, sustenta, em síntese, que não restou demonstrada a qualidade de dependente da parte autora. Afirma que não há prova de união estável entre a autora e o falecido no momento do seu óbito. Ressalta que não basta a prova exclusivamente testemunhal diante de completa ausência de provas materiais da existência de união estável. Acrescenta que inexistente dependência econômica da parte autora. Caso seja mantida a procedência da ação, aduz que o benefício já vem sendo pago desde a data do requerimento administrativo ao corréu Gabriel Rodrigues Denofri, inclusive tendo sido levantados pela própria autora, de modo que não pode haver novo pagamento de tais valores. Afirma que deve ser excluída a sua condenação ao pagamento de atrasados em favor da autora, tendo em vista os artigos 76 e 77 da Lei nº 8.213/91. Conclui que deve ser reconhecida a prescrição quinquenal. Prequestiona a matéria para fins recursais.

Sem contrarrazões (ID 83225189), os autos subiram a esta Egrégia Corte.

O INSS informou que em nome da autora consta um benefício ativo de número 21/177.639.808-1 (pensão por morte) e com pagamentos efetuados a partir de 01.10.2018 até a presente data (ID 83225195).

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

## VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Não merece acolhimento a insurgência do apelante.

Preliminarmente, observa-se a inoccorrência da prescrição do fundo de direito no presente caso, já que a prescrição não atinge o direito do requerente e sim eventuais prestações devidas no período anterior ao quinquênio contado a partir do ajuizamento da ação. Nesse sentido, segue orientação do E. Superior Tribunal de Justiça:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. ÓBITO DO INSTITUIDOR DO BENEFÍCIO OCORRIDO HÁ MAIS DE 5 ANOS. O DECURSO DO TEMPO NÃO LEGITIMA A VIOLAÇÃO DE DIREITO FUNDAMENTAL. ENTENDIMENTO EM HARMONIA COM A ORIENTAÇÃO FIXADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RE 626.489/SE, REL. MIN. ROBERTO BARROSO. DJe 23.9.2014. SUPERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA PELA TERCEIRA SEÇÃO. BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS ENVOLVEM RELAÇÕES DE TRATO SUCESSIVO E ATENDEM NECESSIDADES DE CARÁTER ALIMENTAR, RAZÃO PELA QUAL A PRETENSÃO À OBTENÇÃO DE UM BENEFÍCIO É IMPRESCRITÍVEL. AGRAVO

## INTERNO DO IPERGS A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 626.489/SE, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe 23.9.2014, com repercussão geral reconhecida, firmou entendimento de que o direito fundamental ao benefício previdenciário pode ser exercido a qualquer tempo, sem que se atribua consequência negativa à inércia do beneficiário, reconhecendo que inexistente prazo decadencial para a concessão inicial de benefício previdenciário.

2. De fato, o benefício previdenciário constitui direito fundamental da pessoa humana, dada a sua natureza alimentar, vinculada à preservação da vida. Por essa razão, não é admissível considerar extinto o direito à concessão do benefício pelo seu não exercício em tempo que se julga oportuno. A compreensão axiológica dos Direitos Fundamentais não cabe na estreiteza das regras do processo clássico, demandando largueza intelectual que lhes possa reconhecer a máxima efetividade possível. Portanto, no caso dos autos, afasta-se a prescrição de fundo de direito e aplica-se a quinquenal, exclusivamente em relação às prestações vencidas antes do ajuizamento da ação. 3. Não se pode admitir que o decurso do tempo legitime a violação de um direito fundamental. O reconhecimento da prescrição de fundo de direito à concessão de um benefício de caráter previdenciário excluirá seu beneficiário da proteção social, retirando-lhe o direito fundamental à previdência social, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana e da garantia constitucional do mínimo existencial.

4. Agravo Interno do IPERGS a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 578.883/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/11/2018, DJe 20/11/2018)

No mérito, nos termos do artigo 74 da Lei nº 8.213/91, dois são os requisitos para a concessão do benefício de pensão por morte, quais sejam: a qualidade de segurado do falecido e a dependência econômica do beneficiário postulante.

Dispensada está, portanto, a demonstração do período de carência, consoante regra expressa no artigo 26, I, da Lei nº 8.213/91.

Conforme artigo 77, §2º, V, da Lei nº 8.213/91, o direito à percepção da cota individual cessará para cônjuge ou companheiro nos seguintes prazos: “a) se inválido ou com deficiência, pela cessação da invalidez ou pelo afastamento da deficiência, respeitados os períodos mínimos decorrentes da aplicação das alíneas “b” e “c”; b) em 4 (quatro) meses, se o óbito ocorrer sem que o segurado tenha vertido 18 (dezoito) contribuições mensais ou se o casamento ou a união estável tiverem sido iniciados em menos de 2 (dois) anos antes do óbito do segurado; c) transcorridos os seguintes períodos, estabelecidos de acordo com a idade do beneficiário na data de óbito do segurado, se o óbito ocorrer depois de vertidas 18 (dezoito) contribuições mensais e pelo menos 2 (dois) anos após o início do casamento ou da união estável: 1) 3 (três) anos, com menos de 21 (vinte e um) anos de idade; 2) 6 (seis) anos, entre 21 (vinte e um) e 26 (vinte e seis) anos de idade; 3) 10 (dez) anos, entre 27 (vinte e sete) e 29 (vinte e nove) anos de idade; 4) 15 (quinze) anos, entre 30 (trinta) e 40 (quarenta) anos de idade; 5) 20 (vinte) anos, entre 41 (quarenta e um) e 43 (quarenta e três) anos de idade; 6) vitalícia, com 44 (quarenta e quatro) ou mais anos de idade.”

No presente caso, não há controvérsia acerca da qualidade de segurado do de cujus.

Em relação à dependência econômica, observa-se que a questão versa sobre a comprovação da união estável e, conseqüentemente, da dependência, para fins de recebimento da pensão por morte.

Com efeito, o C. Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido que para fins previdenciários, a comprovação da união estável pode se dar por qualquer meio robusto e idôneo de prova. Nesse sentido o acórdão assim ementado:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. PENSÃO POR MORTE. BENEFICIÁRIO NO PLANO. INDICAÇÃO. OMISSÃO. COMPANHEIRA. ÓBITO DO PARTICIPANTE. INCLUSÃO POSTERIOR. POSSIBILIDADE. UNIÃO ESTÁVEL. DEMONSTRAÇÃO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. A designação de agraciado pelo participante visa facilitar a comprovação de sua vontade a respeito de quem deverá receber o benefício previdenciário suplementar na ocorrência de sua morte. Em caso de omissão, é possível incluir dependente econômico direto dele no rol de beneficiários, como quando configurada a união estável. Precedentes.

2. Para fins previdenciários, a comprovação da união estável pode se dar por qualquer meio robusto e idôneo de prova, não se esgotando no contrato escrito, registrado ou não em cartório (preferencial para disciplinar o regime e a partilha de bens, conforme o art. 5º da Lei nº 9.278/1996), ou na sentença judicial declaratória.

3. Rever as conclusões do acórdão recorrido de que a autora vivia em união estável como o ex-participante demandaria o reexame de matéria fático-probatória, procedimento inadmissível em recurso especial, nos termos das Súmula nº 7/STJ.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no AgInt no AREsp 1104667/GO, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/09/2018, DJe 21/09/2018)

Da análise dos autos, conforme deixou bem consignado o juízo *a quo*:

“Cumpre ressaltar, como forte indício de união estável o nascimento de dois filhos do casal, Luann Rodrigues Denofri, em 13/08/1994, e Gabriel Rodrigues Denofri, em 29/11/1997, constando na certidão de nascimento de ambos o mesmo endereço em relação aos genitores, Vanusa e Galhardo (fls. 11 e 12). O endereço informado na certidão de óbito de Galhardo (fls. 20) era o mesmo apontado na conta de energia elétrica em nome da autora, referente ao consumo de janeiro de 2016, qual seja, Rua Victorio Tognoli, nº 945, Jardim das Laranjeiras, Pirassununga/SP (fls. 13). Os documentos apresentados às fls. 14/15 e 16/17, embora não sejam recentes, pois datados de 1996 e 2000, bem como o de fls. 18, datado de maio de 2005, servem como fortes indícios de convivência marital entre Vanusa e Galhardo.”

Demonstrada, portanto, a vida em comum entre a autora e o de cujus no momento do óbito, caracterizando a união estável, a dependência econômica é presumida, nos termos do artigo 16, inciso I e § 4º, da Lei nº 8.213/91.

A autarquia previdenciária sustenta a não demonstração da dependência econômica, sendo que o § 4º do art. 16 da Lei n. 8.213/1991 prescreve uma presunção relativa de dependência econômica que, como tal, pode ser suprimida por provas em sentido contrário. Nesse sentido, segue orientação do E. Superior Tribunal de Justiça:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. FILHO MAIOR DE 21 ANOS INVÁLIDO. CUMULAÇÃO COM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ E PENSÃO POR MORTE DEIXADA POR OUTRO GENITOR. ALEGAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. PRESUNÇÃO RELATIVA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1 - O § 4º do art. 16 da Lei n. 8.213/1991 prescreve uma presunção relativa de dependência econômica do filho maior de 21 anos inválido, que, como tal, pode ser suprimida por provas em sentido contrário. Precedentes.

2 - Em sendo assim, o reconhecimento da dependência, no caso vertente, exigiria, necessa-



riamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em sede de recurso especial, a teor do óbice previsto na Súmula 7/STJ.

3 - Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 985.716/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 28/02/2018)

Contudo, da análise dos autos, conforme deixou bem consignado o juízo *a quo*: “O fato da autora ter trabalhado durante o relacionamento que manteve com o segurado falecido não desfigura a dependência econômica em relação a ele, pois ambos tinham o dever de manutenção da prole. Tampouco o fato da autora continuar trabalhando, afasta a condição de dependente do segurado falecido”.

Desse modo, uma vez que a autora recebeu o benefício em nome dos filhos em comum com o falecido até que estes completaram a maioridade, não tendo requerido o benefício em seu nome por falta de instrução adequada e, uma vez que não restou demonstrado que a autora tinha condições de arcar com sua subsistência após a cessação do benefício que recebia em nome de seus filhos, não há como se afastar a presunção de sua dependência econômica.

Presentes, portanto, os requisitos necessários à concessão do benefício, é de ser mantida a r. sentença.

A fixação do termo inicial do benefício deve ser na data do óbito, quando requerido até 30 dias depois deste, ou na data do requerimento, quando requerido após aquele prazo, nos termos do artigo 74 da Lei nº 8.213/91, com redação conferida pela Lei nº 9.528/97, vigente à época do óbito. No presente caso, portanto, o termo inicial do benefício deveria ser fixado na data do requerimento administrativo (17.11.2015 – ID 83225008).

Observa-se, contudo, que devido ao fato dos filhos do falecido já terem recebido o benefício de pensão até a data em que completaram a maioridade em 13.08.2015 (Luann Rodrigues Denofri) e 29.11.2018 (Gabriel Rodrigues Denofri), conforme fls. 02 do ID 83225019, aplica-se ao caso o artigo 76 da Lei nº 8.213/91, onde a habilitação posterior que importe em exclusão ou inclusão de dependente só produzirá efeito a contar da data da inscrição ou habilitação.

Ressalte-se que a autarquia previdenciária, em tese, já pagou o valor integral do valor da pensão para os filhos do de cujus, inclusive tendo como beneficiária a autora, não podendo ser obrigada a pagar valor maior que este pela inclusão posterior de dependente. Com isso, o termo inicial do benefício deve ser fixado a contar da data de 30.11.2018, ou seja, um dia após o encerramento da pensão paga a Gabriel Rodrigues Denofri. Nestes termos, os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO C. STJ E DESTA CORTE. TERMO INICIAL. EXISTÊNCIA DE OUTROS DEPENDENTES QUE JÁ RECEBEM O BENEFÍCIO. ARTIGO 76 DA LEI Nº 8.213/91. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Superior Tribunal de Justiça e desta Corte.

- A decisão recorrida apreciou o conjunto probatório dos autos, sopesando as provas segundo o princípio do livre convencimento motivado, tendo concluído que o termo inicial do benefício deve ser fixado um dia após o encerramento da pensão paga aos filhos do de cujus, que já receberam o benefício desde a data do óbito, pela aplicação ao caso do artigo 76 da Lei nº 8.213/91, bem como que em face da sucumbência recíproca, cada parte arcará com o paga-

mento dos honorários de seus respectivos patronos.

- As razões recursais não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto do decisor, limitando-se a reproduzir argumento visando a rediscussão da matéria nele contida.

- Agravo desprovido.

(TRF 3ª Região, SÉTIMA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 1259149 - 0007017-05.2004.4.03.6119, Rel. JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA, julgado em 08/10/2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/10/2012 )

**PREVIDENCIÁRIO – PENSÃO POR MORTE - REMESSA OFICIAL TIDA POR INTERPOSTA - UNIÃO ESTÁVEL - COMPROVAÇÃO - TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO.**

I - A r. sentença recorrida encontra-se sujeita ao duplo grau de jurisdição, nos termos do art. 10 da Lei n.º 9.469, de 10.07.97, razão pela qual tenho por interposta a remessa oficial, não se aplicando ao caso em tela o disposto no artigo 475, §2º, do CPC, com redação dada pela Lei nº 10.352/2001.

II - As certidões de nascimento de filhos em comum corroboradas por depoimentos testemunhais são hábeis à comprovação da união estável entre a requerente e o *de cujus*.

III - Restando comprovada nos autos a condição de companheira, a dependência econômica é presumida, nos termos do § 4º, do artigo 16, da Lei nº 8.213/91.

IV - O termo inicial do benefício deve ser fixado em 30.09.2005, um dia após a cessação da pensão em nome de Anderson Gonzaga Penha, filho o casal, o qual completou 21 anos de idade em 29.09.2005. Ademais, se assim não fosse, incidiria em onerosidade ao erário público, que seria obrigado a pagar em duplicidade o benefício em discussão.

V - Remessa Oficial tida por interposta parcialmente provida. Apelação do réu improvida.

(TRF3 AC nº 2005.60.04.000588-1, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma; j. 01.04.2008, v.u., DJU 16.04.2008).

Não há que se falar em prescrição quinquenal, tendo em vista o termo inicial do benefício ora fixado.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação da autarquia previdenciária, tão somente para fixar o termo inicial do benefício nos termos acima consignados.

É como voto.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora



# **Direito Processual Civil**







## **AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM APELAÇÃO CÍVEL**

**0012441-75.2010.4.03.6100**

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)  
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.  
Apelantes: UNILEVER BRASIL LTDA E UNILEVER BRASIL INDL/ LTDA  
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)  
Entidade: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR  
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/01/2020

### **EMENTA**

AGRAVO INTERNO. NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CORRESPONDÊNCIA ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E A ORIENTAÇÃO DO STF. DESCABIMENTO DA MANUTENÇÃO DO SOBRESTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DO ACÓRDÃO PARADIGMA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. QUINZE DIAS QUE ANTECEDEM A CONCESSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. TEMA Nº 482 DE REPERCUSSÃO GERAL.

I - A devolutividade do presente Agravo Interno fica restrita às questões que motivaram a negativa de seguimento ao recurso excepcional, em razão do disposto no art. 1.030, I, “a” e § 2º c/c art. 1.040, I do CPC.

II - O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 611.505/SC, vinculado ao tema nº 482 e submetido ao rito do art. 543-B, do CPC de 1973, reproduzido no atual art. 1.036 do CPC, reconheceu a inexistência de repercussão geral na controvérsia envolvendo a incidência de contribuição previdenciária sobre os valores pagos pelo empregador ao empregado nos quinze primeiros dias de auxílio-doença. Orientação reafirmada em diversos acórdãos.

III - Mantida a decisão agravada porquanto a pretensão recursal destoa da orientação firmada no julgado representativo de controvérsia.

IV - Impossibilidade de manutenção do sobrestamento do processo, a teor do art. 1.030, I, “a” c/c art. 1.040, I do CPC.

V - Não é 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.

VI - Agravo Interno 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 interno, nos termos do voto do Desembargador Federal Vice-Presidente Nery Júnior

(relator), afastada a aplicação da multa prevista no § 4º do art. 1.021 do CPC ante a ausência de unanimidade em relação à manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso.

São Paulo, 11 de dezembro de 2019.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Vice-Presidente

### **RELATÓRIO**

Trata-se de Agravo Interno interposto pela União, a desafiar, em parte, decisão desta Vice-Presidência que, com fundamento no art. 1.030, I do CPC, negou seguimento ao seu Recurso Extraordinário à luz do decidido pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 611.505/SC, vinculado ao tema nº 482 de Repercussão Geral no STF, submetido ao rito do art. 1.036 do CPC.

Em suas razões recursais a Agravante alega, em síntese:

I- o RE nº 611.505/SC (tema nº 482) não pode servir para negar seguimento ao Recurso Extraordinário da União, uma vez que a decisão acerca da repercussão geral no aludido paradigma não transitou em julgado e tende a ser anulada por falta de quórum.

II- foram opostos Embargos de Declaração nos autos do RE nº 611.505/SC, devendo, portanto, o recurso interposto pela Fazenda Nacional permanecer sobrestado até o trânsito em julgado do paradigma.

III- as decisões mais recentes do Supremo Tribunal Federal são no sentido de sobrestamento dos recursos que versem sobre a questão da incidência de contribuição previdenciária sobre os valores pagos nos primeiros quinze dias de auxílio-doença, a exemplo da solução adotada nas seguintes decisões monocráticas: RE nº 1.103.304 AgR, ARE nº 829.232 AgR, RE nº 1.100.569 AgR; RE nº 1.121.102 e RE nº 1.116.945.

Postula a reconsideração da decisão agravada no exercício do juízo de retratação, ou, caso assim não se entenda, a admissão do presente Agravo Interno, com sua colocação em mesa para julgamento perante o C. Órgão Especial, ao qual deverá ser dado provimento.

É o relatório.

Desembargador Federal NERY JUNIOR - Vice-Presidente

### **VOTO**

Inicialmente, impende esclarecer que a devolutividade do Agravo Interno fica restrita às questões que motivaram a negativa de seguimento ao recurso excepcional, em razão do disposto no art. 1.030, I, “a” e § 2º c/c art. 1.040, I do CPC.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *RE nº 611.505/SC*, alçado como representativo de controvérsia (*tema nº 482* de Repercussão Geral) e decidido sob a sistemática da repercussão geral da matéria (art. 543-B, § 3º, do CPC de 1973, cujo teor foi reproduzido no art. 1.036 do CPC), reconheceu a *inexistência de repercussão geral* na controvérsia envolvendo a incidência de contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título dos *quinze primeiros dias de afastamento do segurado em virtude de doença ou acidente*.

O acórdão paradigma, publicado em 28 de outubro de 2014, foi lavrado com a seguinte ementa:

REPERCUSSÃO GERAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA SOBRE VALORES PAGOS PELO EMPREGADOR NOS PRIMEIROS QUINZE DIAS DE

AUXÍLIO-DOENÇA. AUSÊNCIA DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

*I - A discussão sobre a incidência, ou não, de contribuição previdenciária sobre valores pagos pelo empregador nos primeiros quinze dias de auxílio-doença situa-se em âmbito infraconstitucional, não havendo questão constitucional a ser apreciada.*

*II - Repercussão geral inexistente.*

(STF, RE nº 611.505 RG, Rel. Min. AYRES BRITTO, Rel. p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 30/09/2011, DJe-211 DIVULG 24-10-2014 PUBLIC 28-10-2014 EMENT VOL-02753-01 PP-00001) (Grifei).

Assim, em que se pesem os argumentos expendidos pelo Agravante, temos que na sistemática do art. 1.030, I, “a” c/c art. 1.040, I do CPC, *publicado* o acórdão paradigma, se negará seguimento aos recursos excepcionais se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Tribunal Superior.

Cumpra asseverar ainda que, ao contrário do que pretende fazer crer a Agravante, *a jurisprudência do STF é firme no sentido da plena higidez do entendimento pacificado no RE nº 611.505/SC, leading case* da matéria, como se pode inferir, exemplificativamente, dos seguintes acórdãos: RE nº 1.100.529 AgR/PE, RE nº 1.137.239 AgR/SE, RE nº 962.143 ED-AgR/SC, RE nº 887.000 AgR/RS e ARE nº 962.057 AgR-ED/PR.

Por sua vez, destaco também *não ser cabível a manutenção da suspensão do processo*, pois conforme explicitado, determina o art. 543-B do CPC de 1973, atual art. 1.030, I, “a” c/c art. 1.040, I do CPC de 2015, que, *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, 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, porquanto, nos “termos da jurisprudência consolidada nesta Suprema Corte, após o exame da existência de repercussão geral da matéria versada no recurso extraordinário, pelo Supremo Tribunal Federal, compete às cortes de origem a aplicação da decisão aos demais casos” (ARE nº 863.704/MS, Rel. Min. LUIZ FUX, Julgamento 29/05/2017).

Ademais, destaco, quanto ao tema 482, que a questão relativa à ausência de quórum para o reconhecimento da inexistência de repercussão geral da controvérsia, vem sendo rejeitada pela Suprema Corte, que reiteradamente determina a aplicação do tema nº 482 de Repercussão Geral, como se infere dos precedentes - STF, RE nº 914.261 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-085 DIVULG 29-04-2016 PUBLIC 02-05-2016; STF, RE nº 643.519 AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 19/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-046 DIVULG 08-03-2013 PUBLIC 11-03-2013; STF, ARE nº 962.057 AgR-ED, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 17/02/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-046 DIVULG 09-03-2017 PUBLIC 10-03-2017.

Dessa forma, deve ser mantida a decisão agravada porquanto a pretensão recursal destoa da orientação firmada no julgado representativo de controvérsia.

Ressalte-se, ainda, não ser admitida a rediscussão dos termos do acórdão paradigma, devendo o presidente ou o vice-presidente do Tribunal de origem verificar tão somente a adequação entre o julgado recorrido e o acórdão representativo de controvérsia, “isso porque foi opção do legislador dar a máxima efetividade à sistemática dos recursos repetitivos, atribuindo, aos Tribunais estaduais e regionais, em caráter exclusivo e definitivo, a competência para proferir

juízo de adequação do caso concreto ao precedente abstrato formado no recurso paradigma” (Pet 011999, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data da Publicação 27/06/2017).

Em verdade, o recurso em testilha revela o inconformismo da parte recorrente com o precedente qualificado julgado pela Corte Superior, o que conspira contra a razoável duração do processo.

Assim, a interposição deste recurso obriga ao reconhecimento de que se trata de *recurso manifestamente improcedente*, o que impõe a multa prevista o artigo 1.021, § 4º do Código de Processo Civil/2015.

Nesse sentido, confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PEÇAS OBRIGATÓRIAS. ARTIGO 525 DO CPC/1973. MOMENTO DA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. SÚMULA 83/STJ. INCIDÊNCIA. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. HONORÁRIOS RECURSAIS. NÃO CABIMENTO. AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO FUNDAMENTADA NAS SÚMULAS 83 E 568/STJ (PRECEDENTE JULGADO SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL, SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS OU QUANDO HÁ JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA SOBRE O TEMA). MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. CABIMENTO.

(...)

VII - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero desprovimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação.

VIII - *Considera-se manifestamente improcedente e enseja a aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015 nos casos em que o Agravo Interno foi interposto contra decisão fundamentada em precedente julgado sob o regime da Repercussão Geral, sob o rito dos Recursos Repetitivos ou quando há jurisprudência pacífica da Corte Especial acerca do tema (Súmulas ns. 83 e 568/STJ).*

IX - Agravo Interno improvido, com aplicação de multa de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa.

(AgInt no REsp 1676756/PE, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 27/11/2017)(Destaquei)

Por fim, saliente-se que o tema relativo à fixação de multa deve ser decidido à luz dos dispositivos do Código de Processo Civil brasileiro vigente à época da interposição do recurso, em virtude da aplicação do princípio do *tempus regit actum* no Direito Processual.

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo interno e, com fundamento no artigo 1.021, § 4º do Código de Processo Civil, condeno o agravante ao pagamento de multa em favor da parte contrária e por valor equivalente a 1% (um por cento) do valor da causa atualizado.

É como voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Vice-Presidente

## **AÇÃO RESCISÓRIA**

**0005394-07.2016.4.03.0000**

Reconvintes: VITOR MENDES DOS SANTOS CARDOSO E SONIA MENDES DOS SANTOS

Reconvindo: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/01/2020

### **EMENTA**

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. DOCUMENTOS NOVOS SUFICIENTES PARA ALTERAR DECISÃO RESCINDENDA. DESCONSTITUIÇÃO DO JULGADO NOS TERMOS DO ART 966, VII DO CPC/1973. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO ORIGINÁRIO.

I – “Por prova nova entende-se aquela ‘cuja existência o autor da ação rescisória ignorava ou do qual não pôde fazer uso, no curso do processo de que resultou o aresto rescindendo’ (RTJ 158/778), ou seja, aquela ‘já existente quando da decisão rescindenda, ignorado pelo interessado ou de impossível obtenção à época da utilização no processo, apresentando-se bastante para alterar o resultado da causa’ (STJ-3ª Seção, AR 1.1.33-SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 22.8.01, julgaram procedente, v.u., DJU 17.9.01, P. 103). No mesmo sentido: STJ-RT 652/159, RT 675/151”. (Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, 40ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 627).

II - A prova deve ser de tal ordem que, por si só, seja capaz de alterar o resultado do *decisum* e assegurar pronunciamento favorável.

III - É pacífico o entendimento de que o adjetivo “novo” diz respeito ao fato de vir a ser apresentado agora e não à ocasião em que ele foi produzido.

IV - A parte autora apresentou como prova nova os documentos acostados às 21/70 consistente em ficha de identificação da UBS Vila Progresso – Jd. Monte Alegre, ficha da divisão de tuberculose daquela UBS, ficha de atendimento – adulto da SMS da Prefeitura de São Paulo, receituário da UBS Vila Regina e laudo de exame de corpo de delito da Secretaria da Segurança Pública do Instituto Médico Legal, documentos estes de quando o segurado tinha 53 anos de idade (fl. 21) de 19/08/2008 (fl. 22), internamento saúde mental em agosto de 2008 (fl. 23), datado de 01/09/2000 (fl. 26/27) e datado de 21/06/2010 (fls. 29/30).

V - Destarte, é de se concluir que depois da sentença o autor obteve documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável, de modo que tais documentos podem ser acolhidos como documentos novos, para abrir a via rescisória.

VI - A Lei nº 8.213/91 preconiza, nos arts. 42 a 47, que o benefício previdenciário da aposentadoria por invalidez será devido ao segurado que tiver cumprido o período de carência exigido de 12 (doze) contribuições mensais, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício da atividade que lhe garanta a subsistência e a condição de segurado.

VII - Independe, porém, de carência, a concessão do benefício nos casos de acidente de qualquer natureza ou causa e de doença profissional ou do trabalho, bem como ao



segurado que, após filiar-se ao regime geral da previdência social, for acometido das doenças relacionadas no art. 151 da lei de benefícios.

VIII - Para efeitos previdenciários, basta a incapacidade permanente que impeça o exercício da atividade laborativa nos moldes ditados pelo mercado de trabalho, evidenciando, dessa forma, padecer o periciando de incapacidade total.

IX - Afirmou a parte autora que mesmo com o parecer dos médicos que o acompanhavam, atestando que o autor era portador de: síndrome de dependência, transtorno depressivo recorrente, demência alcoólica, dependência alcoólica, hérnia umbilical e hipertensão arterial – CIC: F-33.2/F10.2/F10.7/F10.25/K.42/K.40/110 -, sem nenhuma condição de trabalho e em fase de tratamento, inclusive aguardando vaga para realização de cirurgia, mesmo assim, diante desse quadro, os peritos do INSS indeferiram a concessão do benefício e desde fevereiro de 2008 o segurado estava sem receber o auxílio-doença, não obstante estar doente, sem condições de trabalhar e de prover sua subsistência e de sua família.

X - É de se reconhecer à parte autora a condição de segurada do INSS, podendo-se prosseguir na análise da existência, ou não, de incapacidade laborativa, capaz de se permitir a concessão, ou não, do benefício perseguido.

XI - O perito judicial para sua conclusão louvou-se dos documentos encartados aos autos, entre eles, prontuário do posto de saúde a partir de 25/10/2006, exame de autópsia do *de cujus* e prontuário da UBS Villa Regina a partir de 01/09/2000 com diagnósticos de F 10.2, F 10.7, bem como pelos dados obtidos pela entrevista e exames fornecidos pela ex-mulher do falecido, Sonia Mendes dos Santos (fls. 104 E 103).

XII - A improcedência do feito levou em consideração que não constava dos autos laudo médico que pudesse comprovar a alegada manutenção da incapacidade laborativa, notadamente após a concessão administrativa do auxílio-doença em 31/01/2008, com a juntada de novos documentos e a realização da perícia indireta se constatou que realmente o *de cujus* esteve desde 09/09/2002 incapacitado total e permanente para o exercício de atividade laborativa que lhe pudesse garantir sua subsistência e de sua família, além do fato de se comprovar a condição de segurado do INSS desde aquela data.

XIII - A ação subjacente. Julgada procedente.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Seção, por maioria, decidiu julgar procedente a ação rescisória e no juízo rescisório julgar procedente a ação subjacente, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

## RELATÓRIO

Trata-se de ação rescisória ajuizada por Vitor Mendes dos Santos Cardoso e Sônia Mendes dos Santos, sucessores do segurado, já falecido, Antônio Pedro Cardoso em face do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com o fim de desconstituir integralmente decisão mono-

crática, que julgou em definitivo a ação ordinária nº 0004640-87.2009.403.6183, proposta com o objetivo de condenar o INSS à concessão e manutenção do benefício de auxílio doença previdenciário e conversão em aposentadoria por invalidez, postulação embasada no inciso VII, do artigo 485 do CPC, ou seja, fundada em obtenção de documento novo.

Foi determinada a emenda da inicial (fls. 62), para que o autor trouxesse cópia de todas as peças que compuseram a lide originária, o que foi regularmente atendido, sendo que as mesmas foram juntadas em apenso.

Verificada que a presente ação rescisória é tempestiva, haja vista que o trânsito em julgado da decisão rescindenda ocorreu em 02/12/2014 (fl. 59) e a inicial foi protocolizada em 16/03/2016.

Em despacho inicial, foram concedidos aos autores os benefícios da assistência judiciária gratuita e dispensado o depósito previsto no inc. II do art. 968 do CPC/2015.

Citado o réu para que apresentar resposta no prazo de 30 (trinta) dias nos termos do artigo 970 do novel CPC e instada a parte autora a manifestar-se sobre a contestação de fls. 70/79.

Foram as partes intimadas a especificarem provas, e às fls. 91/92 foi deferida a realização da perícia indireta, nos termos do art. 972 do Código de Processo Civil, facultando-se às partes apresentarem quesitos e indicarem assistente técnico perante o Juízo de Primeiro Grau, ou seja, 1ª Vara Federal Previdenciária de São Paulo – SP.

Apresentado o laudo, foram as partes intimadas a manifestarem-se sobre o laudo médico-pericial de fls. 102/111.

Posteriormente, as partes foram intimadas para que apresentassem razões finais, nos termos do artigo 973 do Código de Processo Civil e, finalmente, nos termos do art. 179 do CPC e do art. 60, inciso VIII, do Regimento Interno deste E. Tribunal, foi dada vista dos autos ao MPF para ser ouvido como fiscal da ordem jurídica, o qual não manifestou interesse no feito e opinou pelo prosseguimento.

É o relatório.

Peço dia para julgamento.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

## VOTO

Cuida-se de Ação Rescisória ajuizada por Vitor Mendes dos Santos Cardoso e Sônia Mendes dos Santos, sucessores do segurado, já falecido, Antônio Pedro Cardoso em face do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com fulcro no antigo inciso VII, do artigo 485 do CPC/73, atual inciso VII, do artigo 966 do Código de Processo Civil, objetivando rescindir a r. decisão monocrática, proferida pela E. Desembargadora Federal Tânia Marongoni, referendada pelo acórdão da Oitava Turma deste E. Tribunal nos autos da ação originária nº 2009.61.83.004640-2/SP, que tramitou perante a Primeira Vara Previdenciária da Seção Judiciária de São Paulo, que deu provimento à remessa oficial e reformou a r. sentença de primeiro grau e julgou improcedente o pedido, que fora acolhido pela r. sentença, que julgara parcialmente procedente o pedido para condenar o INSS no pagamento, à parte autora, dos valores referentes ao benefício de aposentadoria por invalidez desde a data da indevida cessação do auxílio-doença (31/01/2008 – fls. 58 dos autos originais) até a véspera do óbito do segurado (26/04/2010 – fls. 83 dos autos originais).

## INTRODUÇÃO

Ação rescisória não é recurso e a via excepcional da ação rescisória não é cabível para mera reanálise de provas.

A lei não exige o esgotamento das vias recursais para a sua propositura ou o prequestionamento da matéria, mas, tão somente, a ocorrência do trânsito em julgado, conforme assentado na Súmula 514 do STF: *“Admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenha esgotado todos os recursos.”*

Nesse sentido, precedentes desta Terceira Seção:

**PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. AGRAVO INTERNO DE ADELINO JOSÉ DOS SANTOS. DESAPOSENTAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.**

- *A priori*, é forte a jurisprudência no sentido de que provisões judiciais condizentemente fundamentadas e sem máculas, tais como ilegalidade ou abuso de poder, não devem ser modificadas.

- As irresignações da parte agravante já foram adequadamente analisadas neste pleito, à luz da provisão judicial que rejeitou a matéria preliminar que arguiu e considerou improcedente o pedido formulado.

- A Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal não se aplica à espécie.

- *Consoante Súmula 514 do mesmo Supremo Tribunal Federal, desnecessário o esgotamento de todos recursos para aforamento de demanda rescisória.*

- Agravo interno desprovido.

(TRF 3ª REGIÃO, Processo AR - AÇÃO RESCISÓRIA - 9755 / SP 0004151-96.2014.4.03.0000, Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS, Órgão Julgador TERCEIRA SEÇÃO, Data do Julgamento 08/03/2018, Data da Publicação/Fonte e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/03/2018)

**PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO RESCISÓRIA. SUCEDÂNEO RECURSAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E ESTABILIZAÇÃO DA COISA JULGADA. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA AÇÃO RESCISÓRIA. ESCLARECIMENTOS PRESTADOS. EMBARGOS ACOLHIDOS, SEM EFEITOS INFRINGENTES.**

I. O julgador não está adstrito a examinar todas as questões suscitadas pelas partes, bastando que decline fundamentos suficientes para lastrear sua decisão. Nesse sentido, dispõe o art. 489, § 1º, IV, do NCPC.

II. Pretende a embargante rediscutir matéria já decidida, com o nítido propósito de modificar o v. acórdão, o que denota o caráter infringente do recurso, não tendo guarida tal desiderato em sede de embargos declaratórios. Todavia, com o fim de espantar quaisquer dúvidas, esclareço as questões abordadas pelo recorrente nos declaratórios.

*III. Para o ajuizamento da ação rescisória não se exige o esgotamento de todos os meios recursais cabíveis, ante a inexistência de norma legal neste sentido, bastando, tão somente, a decisão de mérito transitada em julgado (arts. 485, caput, do CPC/73 e art. 966, caput, do NCPC). Aliás, nessa esteira, é o enunciado da Súmula nº 514/STJ.*

IV. É inerente à ação rescisória promover a desconstituição da coisa julgada material (res iudicata), formada com um dos “vícios” taxativamente elencados e, se necessário, proferir novo julgamento. Diante da expressa previsão legal e obedecido o rol do art. 485 do CPC/73, vigente ao tempo do ajuizamento da ação, não se pode cogitar em violação do princípio da segurança jurídica e ofensa à coisa julgada.

V. Não é factível estender aos demais Tribunais e situações, por analogia, o instituto da modulação dos efeitos previsto no art. 27 da Lei nº 9.868/99. Ademais, a modulação dos efeitos no interesse social e da segurança jurídica, *ex vi* do § 3º do art. 927 do NCPC, é dirigida

exclusivamente aos Tribunais Superiores.

VI. Acolhidos os embargos declaratórios para os esclarecimentos, sem efeitos infringentes. (TRF 3ª REGIÃO, AR - AÇÃO RESCISÓRIA - 7743 / SP 0035015-59.2010.4.03.0000, Relator (a) DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, Órgão Julgador SEGUNDA SEÇÃO, Data do Julgamento 01/08/2017, Data da Publicação/Fonte e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/08/2017).

Nas palavras de Pontes de Miranda (Tratado da Ação Rescisória/Pontes de Miranda; atualizado por Vilson Rodrigues Alves. - 2ª ed. - Campinas, SP: Bookseller, 2003), sobre a ação rescisória foi afirmado:

“A ação rescisória, julgamento de julgamento como tal, não se passa dentro do processo em que se proferiu a decisão rescindenda. *Nasce fora, em plano pré-processual, desenvolve-se em torno da decisão rescindenda, e, somente ao desconstituí-la, cortá-la, rescindi-la, é que abre, no extremo da relação jurídica processual examinada, se se trata de decisão terminativa do feito, com julgamento, ou não, do mérito, ou desde algum momento dela, ou no seu próprio começo (e.g., vício da citação, art. 485, II e V) a relação jurídica processual. Abrindo-a, o juízo rescindente penetra no processo em que se proferiu a decisão rescindida e instaura o iudicium rescissorium, que é nova cognição do mérito.* Pode ser, porém, que a abra, sem ter de instaurar esse novo juízo, ou porque nada reste do processo, ou porque não seja o caso de se pronunciar sobre o mérito. A duplicidade de juízo não se dá sempre; a abertura na relação jurídica processual pode não levar à tratção do mérito da causa: às vezes, é limitada ao julgamento de algum recurso sobre *quaestio iuris*; outras, destruidora de toda a relação jurídica processual; outras, concernente à decisão que negou recurso (e então a relação jurídica processual é aberta, para que se recorra); outras, apenas atinge o julgamento no recurso, ou para não o admitir (preclusão), ou para que se julgue o recurso sobre *quaestio iuris*. A sentença rescindente sobre recurso, que continha injustiça, é abertura para que se examine o que foi julgado no grau superior, sem se admitir alegação ou prova que não seria mais admissível, salvo se a decisão rescindente fez essa inadmissão motivo de rescisão. (Sem razão, ainda no direito italiano, Francesco Carnelutti, *Instituzioni*, 3ª ed., I, 553.) *Tudo que ocorreu, e o iudicium rescindens não atingiu, ocorrido está: o que precluiu não se reabre; o que estava em preclusão, e foi atingido, precluso deixou de estar. Retoma-se o tempo, em caso raro de reversão, como se estaria no momento mais remoto a que a decisão rescindente empuxa a sua eficácia, se a abertura na relação jurídica processual foi nos momentos anteriores à decisão final no feito.*” (pgs. 93/94)

...

“Na ação rescisória há julgamento de julgamento. *É, pois, processo sobre outro processo. Nela, e por ela, não se examina o direito de alguém, mas a sentença passada em julgado, a prestação jurisdicional, não apenas apresentada (seria recurso), mas já entregue.* É remédio jurídico processual autônomo. O seu ‘objeto é a própria sentença rescindenda, - porque ataca a coisa julgada formal de tal sentença: a *sententia lata et data*. Retenha-se o enunciado: ataque à coisa julgada formal. Se não houve trânsito em julgado, não há pensar-se em ação rescisória. É reformável, ou revogável, ou retratável, a decisão.” (pgs. 141/142)

Essa definição se justifica exatamente para evitar o uso da rescisória como instrumento para reavaliação de provas ou realização de nova instrução probatória, que é exatamente a pretensão do autor.

Nesse sentido, *in verbis*:

AÇÃO RESCISÓRIA. DOCUMENTO NOVO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. DOLO DA PARTE VENCEDORA. RECONHECIMENTO. AÇÃO RESCISÓRIA JULGADA PROCEDENTE. REJULGAMENTO DO RECURSO. FRAUDE À EXECUÇÃO. INSOLVÊNCIA DO DEVEDOR. PRESUNÇÃO RELATIVA À LUZ DO ART. 593, II, CPC. ÔNUS DA PROVA. ACÓRDÃO RECORRIDO ASSENTADO NA AUSÊNCIA DE PROVA DA SOLVÊNCIA DO DEVEDOR. CORRETA APLICAÇÃO DO ART. 593, II, DO CPC.

1. A dicção do inciso VII do art. 485 do CPC induz a que o documento novo apto a aparelhar a ação rescisória há de ser preexistente à decisão rescindenda, mas ignorado pelo interessado ou impossível de obtenção para utilização no processo e capaz, por si só, de assegurar-lhe pronunciamento favorável.

2. Configura o dolo processual previsto no inciso III do art. 485 do CPC a violação voluntária pela parte vencedora do dever de veracidade previsto no art. 17, II, CPC, que induza o julgador a proferir decisão reconhecendo-lhe um falso direito.

3. A presunção de fraude estabelecida pelo inciso II do art. 593 do CPC beneficia o autor ou exequiente, transferindo à parte contrária o ônus da prova da não ocorrência dos pressupostos caracterizadores da fraude de execução. Precedente da Segunda Seção: AR n. 3.307/SP.

4. Tendo as instâncias ordinárias reconhecido a ausência de prova de solvência do executado que alienou bem imóvel após sua citação válida em processo executivo, correto o reconhecimento da fraude à execução.

5. Ação rescisória julgada procedente.

(AR 3.785/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/02/2014, DJe 10/03/2014).

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA FUNDADA NO ART. 485, VII E IX, DO CPC. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS APTOS A ENSEJAR A RESCISÃO.

1. A orientação desta Corte é pacífica no sentido de que “documento novo”, para o fim previsto no art. 485, VII, do CPC, é aquele que já existe quando da prolação da decisão rescindenda, cuja existência era ignorada ou dele não pode fazer uso o autor da rescisória, sendo que tal documento deve ser capaz, por si só, de lhe assegurar o pronunciamento favorável. No caso concreto, o alegado “documento novo” foi expedido após proferido o acórdão rescindendo, de modo que não é apto a ensejar a rescisão do julgado.

2. Admite-se ação rescisória “fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa” (art. 485, IX, do CPC). “Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido” (§ 1º), sendo que “é indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato” (§ 2º).

Assim, não fica viabilizada a ação rescisória, fundada no art. 485, IX, do CPC, quando: 1) a comprovação do erro de fato efetue-se por meio de documento expedido após proferida a decisão rescindenda, ou seja, que não compôs o material fático-probatório da causa originária; 2) haver controvérsia e pronunciamento judicial sobre o fato.

3. Na hipótese, o suposto “erro de fato” baseia-se em documento que instruiu tão-somente a ação rescisória, ou seja, nem sequer existia quando proferido o acórdão rescindendo. Além disso, o acórdão rescindendo afirmou expressamente que “o órgão competente nacional (IBAMA) atestou a existência em águas marítimas nacionais de pescado similar ao salmão”. Assim, o suposto “erro de fato” não é apto a viabilizar a presente ação rescisória.

4. Ação rescisória improcedente.

(AR 3.868/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/02/2011, DJe 16/02/2011).



ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. MILITAR. TAIFEIROS DA AERONÁUTICA. PROMOÇÃO ATÉ A GRADUAÇÃO DE SUBOFICIAL. PREQUESTIONAMENTO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. TEMAS ESTRANHOS À RESCISÓRIA. DOCUMENTO NOVO. FORMAÇÃO APÓS A PROLAÇÃO DO ACÓRDÃO. NÃO-CABIMENTO PARA FINS DE RESCISÃO. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE.

1. As discussões trazidas a julgamento relacionadas à ausência de prequestionamento e à divergência na interpretação de lei federal fogem ao campo temático da ação rescisória, cujas hipóteses de cabimento estão delineadas no art. 485 do CPC.

2. “Documento que não existia quando da prolação do decisum rescindendo não conduz à desconstituição do julgado. Realmente, tratando-se de documento cuja própria existência é nova, ou seja, posterior ao julgamento impugnado, não é possível a rescisão” (Bernardo Pimental Souza, Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 746).

3. Hipótese em que o documento novo em que se encontra fundada a presente rescisória – certidão emitida pelo Departamento de Ensino da Aeronáutica (DEPENS), que demonstraria a omissão da Aeronáutica em promover cursos necessários para que taifeiros progredissem até a graduação de Suboficial – foi formado em 23/4/03, ou seja, posteriormente à prolação do acórdão rescindendo, ocorrida em 23/4/02. Em consequência, não se mostra hábil a conduzir à rescisão do julgado.

4. Ademais, a não-configuração de ato omissivo da Aeronáutica não constituiu o elemento fático determinante para a prolação do acórdão rescindendo.

Daí a conclusão de que o documento novo ora apresentado também não poderia ensejar, por si só, a desconstituição do julgado, nos termos do art. 485, VII, do CPC.

5. Pedido julgado improcedente.

(AR 3.380/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/05/2009, DJe 22/06/2009).

O objetivo da ação rescisória não é rescindir qualquer julgado, mas somente aquele que incida numa das específicas hipóteses previstas no artigo 966 do CPC, autorizando-se, a partir da rescisão e nos seus limites, a análise do mérito da pretensão posta na lide originária.

A presente ação está fundada no inciso VII, do artigo 966 do CPC/2015, embora, ajuizada na vigência do anterior CPC.

**PROVA NOVA - INC. VII DO ART. 966 DO CPC/2015.**

Sustenta a parte autora, em apertada síntese, a necessidade de rescisão do julgado, ao fundamento de que obteve prova nova que entende ser apta a alterar o resultado da decisão rescindenda.

O artigo 966, inciso VII, do Novo Código de Processo Civil/2015, alterou a expressão “documento novo” para “prova nova”, conforme segue:

“Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

(...)

VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova, cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;”.

Vê-se, pela alteração legislativa, que foi ampliado o esboço da rescisória, pelo fundamento de obtenção de prova nova e não somente de documento novo, isto quer dizer que não mais somente o documento novo dá azo à rescisória, mas qualquer prova, em direito admitido, obtida depois do trânsito em julgado cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso e

capaz de por si só assegurar ao Autor pronunciamento favorável.

Prova nova é aquela cuja ciência é nova ou cujo alcance é novo, é aquela preexistente ao processo cuja decisão se procura rescindir.

“Por prova nova entende-se aquela ‘cuja existência o autor da ação rescisória ignorava ou do qual não pôde fazer uso, no curso do processo de que resultou o aresto rescindendo’ (RTJ 158/778), ou seja, aquela ‘já existente quando da decisão rescindenda, ignorado pelo interessado ou de impossível obtenção à época da utilização no processo, apresentando-se bastante para alterar o resultado da causa’ (STJ-3ª Seção, AR 1.1.33-SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 22.8.01, julgaram procedente, v.u., DJU 17.9.01, p. 103). No mesmo sentido: STJ-RT 652/159, RT 675/151”. (Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 40ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 627).

O STJ, 3ª Seção, ao julgar em 11/05/2005, a AR 451/PR, de relatoria do min. Hélio Quaglia Barbosa entendeu que: Não é prova nova aquela que se formou após o trânsito em julgado da decisão.

A prova deve ser de tal ordem que, por si só, seja capaz de alterar o resultado do decum e assegurar pronunciamento favorável.

*Mutatis mutandis*, os ensinamentos de José Carlos Barbosa Moreira, sobre documento novo, continuam atuais, quanto à prova nova. Ensina aquele mestre, comentando o anterior Código de Processo Civil/1973: “o documento deve ser tal que a respectiva produção, por si só, fosse capaz de assegurar à parte pronunciamento favorável. Em outras palavras: *há de tratar-se de prova documental suficiente, a admitir-se a hipótese de que tivesse sido produzida a tempo, para levar o órgão julgador a convicção diversa daquela a que chegou*. Vale dizer que tem de existir nexo de causalidade entre o fato de não se haver produzido o documento e o de se ter julgado como se julgou” (Comentários ao Código de Processo Civil (1973), 10ª Edição, Volume V, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2002, pp. 148-149) - grifei.

Ainda, tomando as lições que se extrai da obra de José Carlos Barbosa Moreira, em comentário ao art. 485 do anterior Diploma Processual, sobre o tema documento novo, que se aplica ao que o novo Código de Processo Civil, alterou para prova nova:

“por ‘documento novo’ não se deve entender aqui o constituído posteriormente. O adjetivo ‘novo’ expressa o fato de só agora ser ele utilizado, não a ocasião em que veio a formar-se. Ao contrário: em princípio, para admitir-se a rescisória, é preciso que o documento já existisse ao tempo do processo em que se proferiu a sentença. Documento ‘cuja existência’ a parte ignorava, é obviamente, documento que existia; documento de que ela ‘não pôde fazer uso’ é, também, documento que, noutras circunstâncias, poderia ter sido utilizado, e portanto existia”. (Comentários ao Código de Processo Civil, 13ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2006, pp. 137-139).

De acordo com Flávio Luiz Yarshell, “é firme na doutrina e na jurisprudência que o documento a que alude o dispositivo legal não é o constituído posteriormente ao julgamento do mérito. O adjetivo ‘novo’ refere-se ao fato de que só posteriormente pôde tal documento (que já existia) ser utilizado”. (Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório, Malheiros Editores, São Paulo, 2005, p. 329)

Nesse sentido, as lições de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 14ª ed., Ed. Revista dos Tribunais,

2014, São Paulo):

“41. Documento novo. Por documento novo deve entender-se aquele que já existia quando da prolação da sentença, mas cuja existência era ignorada pelo autor da rescisória, ou que dele não pôde fazer uso. O documento novo deve ser de tal ordem que, sozinho, seja capaz de alterar o resultado da sentença rescindenda, favorecendo o autor da rescisória, sob pena de não ser idôneo para o decreto de rescisão.”

E a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 485, VII E IX, DO CPC. ANÁLISE DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. A orientação desta Corte é pacífica no sentido de que “documento novo”, para o fim previsto no art. 485, VII, do CPC, é aquele que já existe quando da prolação da decisão rescindenda, cuja existência era ignorada ou dele não pode fazer uso o autor da rescisória, sendo que tal documento deve ser capaz, por si só, de lhe assegurar o pronunciamento favorável. 2. No caso sub examine, o Tribunal *a quo* julgou improcedente a ação rescisória à vista de que o documento apresentado não seria preexistente ao decisum rescindendo mas, ao contrário, fora produzido ou provocado posteriormente pela parte Autora após a sua prolação e esta apontara a ocorrência de erro de fato com base em documento que só veio a integrar o processo na Ação Rescisória. (...)

(AGARESP 201102104880, Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJE: 23/10/2012)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 243, 245, 332, 396 E 397 DO CPC E 1º, INCISO V, DO DECRETO Nº 1.655/1995. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS Nº 211/STJ E Nº 282/STF. HIPÓTESES DE CABIMENTO DA AÇÃO. ART. 485, INCISOS III, VI, VII E IX, DO CPC. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. CONSONÂNCIA DO ACÓRDÃO RECORRIDO COM A JURISPRUDÊNCIA SEDIMENTADA NA CORTE. SÚMULA Nº 83/STJ. (...) 4. O laudo pericial produzido unilateralmente pelo ora recorrente não constituiu documento novo apto a aparelhar a ação rescisória. 5. O documento novo a que se refere o inciso VII do art. 485 do CPC deve ser preexistente ao julgado rescindendo, de existência ignorada ou de que não pode a parte fazer uso, e capaz, por si só, de assegurar pronunciamento favorável. 6. Agravo regimental não provido. (AGRESP 201303851324, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJE: 26/09/2014).

É pacífico o entendimento de que o adjetivo “novo” diz respeito ao fato de vir a ser apresentado agora e não à ocasião em que ele foi produzido.

Não se ignora que o conceito de documento novo comporta certa flexibilidade. Em se tratando de trabalhador rural, por exemplo, a Terceira Seção vem admitindo a juntada de documentos - de modo geral, preexistentes -, sem exigir maiores explicações com relação à ausência de documentação na ação originária. Porém, para o trabalhador urbano, não se pode dar o mesmo tratamento do trabalhador rurícola, diante das diferenças existentes quanto a uns e outros, decorrentes das suas condições sociais.

A parte autora apresentou como prova nova os documentos acostados às 21/70 consistente em ficha de identificação da UBS Vila Progresso – Jd. Monte Alegre, ficha da Divisão de Tuberculose daquela UBS, ficha de atendimento – adulto da SMS da Prefeitura de São Paulo, receituário da UBS Vila Regina e Laudo de Exame de Corpo de Delito da Secretaria da Segurança Pública do Instituto Médico Legal, documentos estes de quando o segurado tinha 53

anos de idade (fl. 21) de 19/08/2008 (fl. 22), internamento saúde mental em agosto de 2008 (fl. 23), datado de 01/09/2000 (fl. 26/27) e datado de 21/06/2010 (fls. 29/30).

A ação subjacente tramitou de 17/04/2009 até o trânsito em julgado em 02/12/2014, portanto, os documentos apresentados existiam ao tempo da demanda e apresentam potencial de modificar o julgado, principalmente em razão do resultado da perícia indireta realizada nestes autos.

Destarte, é de se concluir que depois da sentença o autor obteve documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável, de modo que tais documentos podem ser acolhidos como documentos novos, para abrir a via rescisória.

Em razão do acima exposto, julgo procedente a presente ação rescisória para rescindir o julgado atacado.

Passo ao juízo rescisório.

#### APOSENTADORIA POR INVALIDEZ E AUXÍLIO-DOENÇA

A cobertura do evento invalidez é garantia constitucional prevista no Título VIII, Capítulo II da Seguridade Social, no art. 201, I, da Constituição Federal.

A Lei nº 8.213/91 preconiza, nos arts. 42 a 47, que o benefício previdenciário da aposentadoria por invalidez será devido ao segurado que tiver cumprido o período de carência exigido de 12 (doze) contribuições mensais, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício da atividade que lhe garanta a subsistência e a condição de segurado.

Independe, porém, de carência, a concessão do benefício nos casos de acidente de qualquer natureza ou causa e de doença profissional ou do trabalho, bem como ao segurado que, após filiar-se ao Regime Geral da Previdência Social, for acometido das doenças relacionadas no art. 151 da Lei de Benefícios.

Cumprе salientar que a doença ou lesão de que o segurado já era portador ao filiar-se ao Regime Geral da Previdência Social não impede a concessão do benefício, na hipótese em que a incapacidade tenha decorrido de progressão ou agravamento da moléstia.

Acerca da matéria, há de se observar o disposto na seguinte ementa:

**“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. CARÊNCIA E QUALIDADE DE SEGURADO NÃO COMPROVAÇÃO. INCAPACIDADE PREEXISTENTE. REFILIAÇÃO.**

1- Não é devida a aposentadoria por invalidez à parte Autora que não cumpriu a carência, bem como não demonstrou a manutenção da qualidade de segurado no momento em sobreveio a incapacidade para o trabalho.

2- Incapacidade constatada em perícia médica realizada pelo INSS no procedimento administrativo originado do requerimento de auxílio-doença.

3- Ainda que se considerasse a refiliação da Autora à Previdência pelo período necessário de 1/3 do número de contribuições exigidas para o cumprimento da carência definida para o benefício a ser requerido, esta se deu posteriormente à sua incapacidade.

4- A doença preexistente não legitima o deferimento de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença, à exceção de quando a incapacidade laborativa resulte progressão ou agravamento do mal incapacitante.

5- A Autora quando reingressou no sistema previdenciário, logrando cumprir a carência exigida e recuperando sua qualidade de segurada, já era portadora da doença e da incapacidade, o que impede a concessão do benefício pretendido, segundo vedação expressa do art. 42, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

6- Apelação da parte Autora improvida. Sentença mantida.”

(TRF3, 9ª Turma, AC nº 2005.03.99.032325-7, Des. Fed. Rel. Santos Neves, DJU de 13/12/2007, p. 614).

É certo que o art. 43, §1º, da Lei de Benefícios disciplina que a concessão da aposentadoria depende da comprovação da incapacidade total e definitiva mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social. O entendimento jurisprudencial, no entanto, firmou-se no sentido de que também gera direito ao benefício a incapacidade parcial e definitiva para o trabalho, atestada por perícia médica, a qual inabilite o segurado de exercer sua ocupação habitual, tornando inviável a sua readaptação. Tal entendimento traduz, da melhor forma, o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento da Seguridade Social.

É que, para efeitos previdenciários, basta a incapacidade permanente que impeça o exercício da atividade laborativa nos moldes ditados pelo mercado de trabalho, evidenciando, dessa forma, padecer o periciando de incapacidade total.

Nesse sentido, destaco acórdão da 9ª Turma desta Corte:

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REQUISITOS: PREENCHIMENTO. NÃO VINCULAÇÃO DO JUIZ AO LAUDO PERICIAL. INVIABILIDADE DE EXERCÍCIO DAS ATIVIDADES HABITUAIS E DE READAPTAÇÃO A OUTRAS. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO.

(...)

II - O laudo pericial concluiu pela incapacidade parcial da autora. Porém, o Juiz não está adstrito unicamente às suas conclusões, devendo valer-se de outros elementos para a formação de sua convicção. No caso, corretamente considerada a falta de condições da autora para exercer suas funções habituais de cozinheira, em razão de tenossinovite no punho e problemas de coluna, que levaram-na a perder as forças das mãos, bem como sua idade avançada e as dificuldades financeiras e físicas para exercer outra profissão ou aprender novo ofício. Mantida a sentença que deferiu o benefício da aposentadoria por invalidez à autora.

(...)

IV - Apelações improvidas.”

(9ª Turma, AC nº 1997.03.007667-0, Des. Fed. Rel. Marisa Santos, v.u., DJU de 04.09.2003, p. 327).

É necessário, também, para a concessão da aposentadoria por invalidez, o preenchimento do requisito da qualidade de segurado. Mantém essa qualidade aquele que, mesmo sem recolher as contribuições, conserve todos os direitos perante a Previdência Social, durante um período variável, a que a doutrina denominou “período de graça”, conforme o tipo de segurado e a sua situação, nos termos do art. 15 da Lei de Benefícios, a saber:

Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;

II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;

III - até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;

IV - até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso;

V - até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para



prestar serviço militar;

VI - até (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.

É de se observar, ainda, que o § 1º do supracitado artigo prorroga por 24 meses tal período de graça aos que contribuíram por mais de 120 meses.

Em ambas as situações, restando comprovado o desemprego do segurado perante o órgão do Ministério de Trabalho ou da Previdência Social, os períodos serão acrescidos de mais 12 meses.

Convém esclarecer que, conforme disposição inserta no §4º do art. 15 da Lei nº 8.213/91, c.c. o art. 14 do Decreto Regulamentar nº 3.048/99, com a nova redação dada pelo Decreto nº 4.032/01, a perda da qualidade de segurado ocorrerá no 16º dia do segundo mês seguinte ao término do prazo fixado no art. 30, II, da Lei nº 8.212/91 para recolhimento da contribuição, acarretando, consequentemente, a caducidade do direito pretendido.

O benefício de auxílio-doença, por sua vez, é devido ao segurado que tiver cumprido o período de carência exigido de 12 contribuições mensais e for considerado temporariamente incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual, por mais de 15 dias consecutivos e possuir a condição de segurado (arts. 59 a 63 da Lei de Benefícios).

Cumprе salientar, ainda, que o benefício acima referido é um *minus* em relação à aposentadoria por invalidez, a qual sendo concedida não gera cumulação, mas sim cessação daquele.

No caso dos autos.

A parte autora da ação subjacente detinha a condição de segurado do INSS, pois o INSS lhe concedera o benefício de auxílio-doença, o qual posteriormente veio a ser cassado, motivando o ajuizamento daquela ação subjacente de restabelecimento/manutenção do auxílio-doença com pedido de antecipação de tutela cumulado com aposentadoria por invalidez, com fundamentos nos artigos 59 e seguintes da Lei nº 8.213/91 e artigos 71 e seguintes do Decreto nº 3.048/99, em que se pleiteou a concessão do benefício de auxílio-doença. Considerando-se provados os requisitos exigidos, fora o réu condenado no pagamento das diferenças apuradas desde o indeferimento do benefício previdenciário.

Relatou a parte autora que estava em gozo de auxílio-doença desde 09 de setembro de 2002, benefícios sob os nºs 300.137.389-1 (fls. 18, 20 e 22/23 dos autos subjacentes); 505.630.723-4 (fls. 19, 21, 27 e 29/30 dos autos subjacentes); 529.682.782-8; 531.613.806-2 (fl. 31 dos autos subjacentes, benefício este negado) e que a partir de 01 de fevereiro de 2008 teve seu benefício indeferido.

Afirmou a parte autora que mesmo com o parecer dos médicos que o acompanhavam, atestando que o autor era portador de: Síndrome de Dependência, Transtorno Depressivo Recorrente, Demência Alcoólica, Dependência Alcoólica, Hérnia Umbilical e Hipertensão Arterial – CIC: F-33.2/F10.2/F10.7/F10.25/K.42/K.40/110 -, sem nenhuma condição de trabalho e em fase de tratamento, inclusive aguardando vaga para realização de cirurgia, mesmo assim, diante desse quadro, os peritos do INSS indeferiram a concessão do benefício e desde fevereiro de 2008 o segurado estava sem receber o auxílio-doença, não obstante estar doente, sem condições de trabalhar e de prover sua subsistência e de sua família.

Desta forma, é de se reconhecer à parte autora a condição de segurada do INSS, podendo-se prosseguir na análise da existência, ou não, de incapacidade laborativa, capaz de se permitir a concessão, ou não, do benefício perseguido.

Realizada perícia médica indireta e apresentado o laudo pericial, o Senhor Perito judicial asseverou em conclusão à fl. 105, *in verbis*:

“O que ocorria com o de cujus? O de cujus começou a beber provavelmente na adolescência proveniente de família com tendência ao alcoolismo (pai e mãe). Com o passar do tempo passou a aumentar gradativamente a quantidade de etílicos consumida e desenvolveu sintomas e sequelas de etilismo crônico. O de cujus foi portador de dependência de álcool e como sequela apresentava sintomas psicóticos residuais sendo que esse diagnóstico já está presente desde 2000. A autarquia reconheceu a incapacidade do autor por etilismo entre 2002 e 2008. Como todo alcoólatra ele fez tratamento psiquiátrico de forma irregular, mas é possível verificar que mantinha o uso de etílicos e mantinha quadro psicótico mesmo depois que a autarquia suspendeu seu benefício indicando que permanecia incapacitado. A própria morte foi causada pelo etilismo (traumatismo crânio-encefálico) e cirrose hepática. O de cujus esteve incapacitado de forma total e permanente para o trabalho por sequelas de alcoolismo que se evidenciavam por persistência de sintomas psicóticos residuais. A data de início da incapacidade do de cujus deve ser fixada em 09/09/2002 quando a autarquia reconheceu a incapacidade por etilismo.”

O perito judicial para sua conclusão louvou-se dos documentos encartados aos autos, entre eles, prontuário do posto de saúde a partir de 25/10/2006, exame de autópsia do *de cujus* e prontuário da UBS Villa Regina a partir de 01/09/2000 com diagnósticos de F 10.2, F 10.7, bem como pelos dados obtidos pela entrevista e exames fornecidos pela ex-mulher do falecido, Sonia Mendes dos Santos (fls. 104 e 103).

A improcedência do feito levou em consideração que não constava dos autos laudo médico que pudesse comprovar a alegada manutenção da incapacidade laborativa, notadamente após a concessão administrativa do auxílio-doença em 31/01/2008, com a juntada de novos documentos e a realização da perícia indireta se constatou que realmente o *de cujus* esteve desde 09/09/2002 incapacitado total e permanente para o exercício de atividade laborativa que lhe pudesse garantir sua subsistência e de sua família, além do fato de se comprovar a condição de segurado do INSS desde aquela data.

Daí porque julgo procedente a ação subjacente.

Passo a apreciação dos consectários.

#### TERMO INICIAL

O termo inicial do benefício, considerando que este foi cessado pela Autarquia Previdenciária, deve ser o dia imediatamente posterior ao da cessação, ou seja, em 01/02/2008 (fl. 58 e fls. 05 dos autos subjacentes) já como benefício de aposentadoria por invalidez, diante da conclusão do laudo pericial, pois o Instituto já reconhecia a incapacidade do requerente desde data anterior à cessação indevida, compensando-se os valores eventualmente pagos a título de auxílio-doença ou outro benefício cuja cumulação seja vedada por lei (art. 124 da Lei 8.213/1991 e art. 20, § 4º, da Lei 8.742/1993) após aquela data de início do benefício (01/02/2008) concedido nesta ação até o dia do óbito do *de cujus*, ocorrido em 27/04/2010 – conforme certidão de óbito fl. 83 dos autos subjacentes.

#### JUROS DE MORA

Conforme disposição inserta no art. 219 do Código de Processo Civil 1973 (atual art. 240 Código de Processo Civil - Lei nº 13.105/2015), os juros de mora são devidos a partir da citação na ordem de 6% (seis por cento) ao ano, até a entrada em vigor da Lei nº 10.406/02, após, à razão de 1% ao mês, consonante com o art. 406 do Código Civil e, a partir da vigência da Lei nº 11.960/2009 (art. 1º-F da Lei 9.494/1997), calculados nos termos deste diploma legal.

### **CORREÇÃO MONETÁRIA**

A correção monetária deve ser aplicada em conformidade com a Lei n. 6.899/81 e legislação superveniente (conforme o Manual de Cálculos da Justiça Federal), observados os termos da decisão final no julgamento do RE n. 870.947, Rel. Min. Luiz Fux.

### **HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS**

Honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, entendida esta como a somatória das prestações vencidas até a data da decisão, nos termos da Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça.

### **CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS**

A teor do disposto no art. 4º, I, da Lei Federal nº 9.289/96, as Autarquias são isentas do pagamento de custas na Justiça Federal.

De outro lado, o art. 1º, §1º, deste diploma legal, delega à legislação estadual normatizar sobre a respectiva cobrança nas causas ajuizadas perante a Justiça Estadual no exercício da competência delegada.

Assim, o INSS está isento do pagamento de custas processuais nas ações de natureza previdenciária ajuizadas nesta Justiça Federal e naquelas aforadas na Justiça do Estado de São Paulo, por força da Lei Estadual/SP nº 11.608/03 (art. 6º).

A isenção referida não abrange as despesas processuais, bem como aquelas devidas a título de reembolso à parte contrária, por força da sucumbência.

Isto posto, julgo procedente a ação rescisória e no juízo rescisório julgo procedente a ação subjacente, tudo nos termos da fundamentação acima.

Oportunamente oficie-se ao Juízo da Primeira Vara Previdenciária da Seção Judiciária de São Paulo por onde tramitou a ação originária nº 2009.61.83.004640-2/SP sobre o julgamento deste feito.

É como voto.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

## **APELAÇÃO CÍVEL**

### **0001724-12.2017.4.03.6115**

Apelante: UNIÃO FEDERAL

Apelado: LUAN CAUDURO CARLOS

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO ERIK GRAMSTRUP

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/12/2019

### **EMENTA**

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. CONSTRIÇÃO DE VEÍCULO. AQUISIÇÃO NÃO DEMONSTRADA POR DOCUMENTO IDÔNEO. REGISTRO DO BLOQUEIO ANTERIOR À ASSINATURA DA AUTORIZAÇÃO PARA TRANSFERÊNCIA DO VEÍCULO. FRAUDE À EXECUÇÃO CONFIGURADA.

1. Embargos de terceiro opostos para desconstituir bloqueio sobre veículo, determinado em autos de execução de título judicial, cingindo-se a controvérsia à verificação da ocorrência ou não de fraude à execução na alienação do bem, tendo em vista a existência de contrato de compra e venda anterior ao registro, junto ao órgão de trânsito, da constrição, e o fato de que o devedor/executado deu autorização para que o embargante transferisse o veículo para seu nome, somente depois de realizado o registro do gravame.

2. Nos termos do art. 792, inc. IV, do CPC/2015 (correspondente ao art. 593, inc. III, do CPC/73), constitui fraude à execução a alienação de bens pelo devedor, durante a tramitação de um processo capaz de reduzi-lo à insolvência, sem a reserva de bens suficientes em seu patrimônio, para garantir o débito objeto da cobrança.

3. Nos termos da jurisprudência pacífica do C. STJ, nas hipóteses de execução de título extrajudicial, a fim de resguardar os interesses de terceiros adquirentes de boa-fé, não basta a citação do devedor para caracterizar a fraude à execução, sendo necessário também o registro da penhora do bem alienado ou a demonstração, pelo credor, da má-fé do adquirente, para que a alienação se torne ineficaz perante ele. Esse entendimento restou consolidado pela Corte Superior na Súmula 375, do seguinte teor: “*O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.*”

4. Além disso, por ocasião do julgamento do REsp nº 956.943/PR, em 20/08/2014, pela Corte Especial daquela Corte Superior, o tema voltou a debate, tendo sido reafirmado, a orientação já sumulada. Ou seja, inexistindo registro da penhora na matrícula do imóvel, milita em favor do adquirente a presunção de que desconhecia a existência de ação, cabendo ao credor fazer prova da má-fé.

5. *In casu*, para comprovar ser proprietário do veículo, o embargante anexou à inicial cópia de “*contrato de compra e venda de automóvel*”, datado de 30 de julho de 2016, pelo qual teria adquirido o bem pelo valor de R\$ 8.500,00 (oito mil e quinhentos reais), de “*Celso Ricardo Ferracini*” (“*C. R. Ferracini & Cia Ltda-EPP*”, nome fantasia “*BINGO AUTOMÓVEIS*”), não havendo reconhecimento das firmas do comprador e vendedor. Não houve, também, apresentação de recibo de pagamento do preço avençado.

6. Do Certificado de Registro de Veículo, em nome do proprietário, Arisson dos Santos Spercel, devedor na ação subjacente, consta ter sido preenchida e assinada a “*Autorização para Transferência de propriedade de Veículo ATPV*”, para que o embargante passasse o veículo para o seu nome, apenas em 01/08/2017, data do reconhecimento da firma do titular do aludido bem. Além disso, o extrato de “*Dados de Consulta a Bloqueios RENAJUD*”, de 15/08/2017, juntado pelo embargante, dá conta de que a inclusão do bloqueio sobre o veículo em questão ocorreu em 26/06/2017.

7. De consulta ao extrato informatizado do processo subjacente - ação de ressarcimento de danos decorrentes de acidente automobilístico, aforada contra Arisson dos Santos Spercel em 24/03/2014 -, constata-se que a sentença que o condenou ao pagamento de indenização por danos materiais, no importe de R\$ 11.252,00 (onze mil e duzentos e cinquenta e dois reais), transitou em julgado aos 12/05/2015, tendo ocorrido sua intimação para pagamento dos valores apurados em conta de liquidação, em 20/07/2015.

8. Inexiste, portanto, qualquer comprovante de pagamento da aquisição realizada pelo embargante, bem como reconhecimento de firma no instrumento particular de compra e venda firmado entre ele e Celso Ricardo Ferracini, de forma a conferir veracidade à alegação do autor no sentido de que adquiriu o veículo em questão, em julho de 2016.

9. Ademais, o documento de transferência de veículo foi preenchido e assinado pelo legítimo proprietário em 01/08/2017, após o bloqueio do bem e sua inclusão no órgão de trânsito em 26/06/2017.

10. Desde a época em que o embargante alega ter comprado referido bem, pelo contrato particular de julho/2016, já havia impedimento para sua alienação, pois o legítimo proprietário tinha conhecimento da dívida em execução, incidindo, na espécie, o disposto no inc. VI, do art. 792, do NCP.

11. Ademais, de acordo com a disposição contida no § 2º, do art. 792, do CPC/2015, compete ao terceiro adquirente adotar as cautelas necessárias para aquisição de bem não sujeito a registro, o que não foi observado pelo ora embargante, uma vez que mera consulta do nome do proprietário do veículo resultaria na obtenção de informação sobre a pendência demanda existente contra ele, desde 24/03/2014, em fase de cumprimento de sentença.

12. Apelação da embargada provida.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, dar provimento à apelação da União Federal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Juiz Federal Convocado ERIK GRAMSTRUP - Relator

### RELATÓRIO

Trata-se de embargos de terceiro opostos por Luan Cauduro Carlos em face da União Federal, objetivando a desconstituição do bloqueio imposto sobre o veículo VW Gol MI, ano 1997, cor verde, Placas CHD 1606, nos autos da ação de execução de título judicial nº 0000459-77.2014.403.6115, ajuizada em desfavor de Arisson dos Santos Spercel.



Sustentou, em síntese, ter adquirido o bem por contrato de compra e venda firmado com “*Estacionamento Bingo Automóveis*” em 30/07/2016, pelo valor de R\$ 8.500,00 (oito mil e quinhentos reais), deixando de transferir a propriedade para seu nome, naquele momento, e também em 01 de agosto de 2017, data do “*reconhecimento de firma do recibo do automóvel*”, por dificuldades financeiras.

Aduziu que, em 01/08/2017, ao tentar realizar a transferência surpreendeu-se com a informação da existência do aludido gravame sobre o automóvel, o qual fora incluído no órgão de trânsito, em 26/06/2017, ressaltando estar sendo prejudicado visto não possuir qualquer responsabilidade sobre a dívida exigida na demanda subjacente. Ao final pleiteou a gratuidade processual, dando à causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) (id 56649650).

Por decisão de 07/12/2017, foram deferidos os benefícios da gratuidade e recebidos os presentes embargos, suspendendo-se o feito principal.

Os autos saíram em carga para a AGU em 31/01/2018, tendo sido devolvidos em secretaria, aos 01/03/2018, sem manifestação.

A r. sentença, prolatada em 23/04/2018, integrada por embargos de declaração, opostos pela embargada, e rejeitados pela decisão de 20/06/2018, julgou procedente o pedido, determinando o cancelamento da restrição de transferência/penhora imposta sobre o veículo VW Gol MI, ano 1997, cor verde, Placas CHD 1606, extinguindo o processo, com resolução de mérito, nos termos do art. 487, inc. I, do Código de Processo Civil. Deixou de condenar a União ao pagamento de honorários advocatícios, em razão do princípio da causalidade, isentando as partes quanto às custas processuais, à vista do deferimento da assistência judiciária gratuita ao autor (id 56649650).

A União apelou, pugnando pela reforma da sentença, aduzindo, em resumo, a ocorrência de fraude à execução na alienação do referido veículo, uma vez que, à época de sua transferência - 01/08/2017 -, já existia contra seu proprietário, Arisson dos Santos Spercel, sentença condenatória proferida em março de 2015, em ação de ressarcimento de danos, a qual se encontrava em execução, inclusive com intimação do devedor para pagamento da dívida.

Afirmou que tais fatos são incontroversos, uma vez que constam dos autos principais, apensados a estes embargos, não restando dúvidas de que a venda do único bem pertencente ao devedor configurou fraude à execução, ainda que efetuada antes do bloqueio judicial.

Sustentou, ainda, que o embargante tinha 30 dias para efetuar a transferência da propriedade do veículo e, se não o fez, a contar da venda e compra ocorrida em 30/07/2016, não pode se considerar prejudicado pelo gravame imposto sobre o bem, destacando que, de fato, a autorização para a transferência do veículo foi assinada por Arisson, somente em 01/08/2007, ou seja, após sua intimação na execução subjacente.

Ressaltou, por fim, que a falta de contestação não gera o imediato julgamento pela procedência do pedido, dado ser inaplicável os efeitos da revelia à Fazenda Pública, de modo a inviabilizar a aceitação da alegação do terceiro sem prova de que adotou as cautelas necessárias para aquisição do bem, verificando a existência de eventual demanda judicial em nome do vendedor. Requereu, por fim, a concessão de tutela determinando o imediato bloqueio do veículo objeto destes embargos, o qual ainda constava em nome do executado (id 56649650).

Certificado o decurso do prazo para contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado ERIK GRAMSTRUP - Relator

## VOTO

Os presentes embargos de terceiro foram opostos para desconstituir o bloqueio que recaiu sobre o veículo VW Gol MI, ano 1997, cor verde, Placas CHD 1606, Placas CUA-6502, determinada nos autos da execução de título judicial nº 0000459-77.2014.403.6115, ajuizada em desfavor de Arisson dos Santos Spercel.

De início, não conheço do recurso de apelação datado de 19/07/2018, posto que interposto em duplicidade.

A controvérsia cinge-se à verificação da ocorrência ou não de fraude à execução na alienação do automóvel em questão ao ora embargante, diante a existência de contrato de compra e venda anterior ao registro, junto ao órgão de trânsito, do bloqueio judicial imposto na demanda subjacente, e do fato de que o devedor/executado assinou a autorização de transferência para que o embargante transferisse o veículo para seu nome, somente depois de realizado o registro do gravame.

Pois bem. Nos termos do art. 792, inc. IV, do CPC/2015 (correspondente ao art. 593, inc. III, do CPC/73), constitui fraude à execução a alienação de bens pelo devedor, durante a tramitação de um processo capaz de reduzi-lo à insolvência, sem a reserva de bens suficientes em seu patrimônio, para garantir o débito objeto da cobrança.

Veja-se, a propósito o inteiro teor do disposto no art. 792 do NCPC:

“Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução:

I - quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver;

II - quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do art. 828;

III - quando tiver sido averbado, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude;

IV - quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência;

V - nos demais casos expressos em lei.”

A jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, com o fito de resguardar os interesses de terceiros adquirentes de boa-fé, passou a reconhecer que, nas hipóteses de execução de título extrajudicial, não basta a citação do devedor para caracterizar a fraude à execução, exigindo-se também o registro da penhora do bem alienado ou a demonstração, pelo credor, da má-fé do adquirente, para que a alienação se torne ineficaz perante ele. Esse entendimento restou consolidado pela Corte Superior na Súmula 375, *in verbis*:

“O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.”

Além disso, por ocasião do julgamento do REsp nº 956.943/PR, em 20/08/2014, pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, o tema voltou a debate, tendo sido reafirmado, naquela oportunidade, a orientação já sumulada. Ou seja, inexistindo registro da penhora na matrícula do imóvel, milita em favor do adquirente a presunção de que desconhecia a existência de ação, cabendo ao credor fazer prova da má-fé.

No referido julgado, ocorrido em sede de recurso repetitivo (art. 543-C, do CPC/73), discutido o ônus da prova da intenção do adquirente, inclusive, levando em conta que o comprador poderia acautelar-se obtendo certidões dos cartórios nos distribuidores judiciais que lhe permitisse verificar a existência de demanda envolvendo o imóvel negociado, mesmo não registrada a penhora, prevaleceu o entendimento de que é do credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento da demanda capaz de levar o alienante a insolvência, não podendo o credor, que não agiu com cautela registrando o gravame, ser beneficiado com a inversão do ônus da prova. Aludido julgado restou assim ementado:

“PROCESSO CIVIL. RECURSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC. FRAUDE DE EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. SÚMULA N. 375/STJ. CITAÇÃO VÁLIDA. NECESSIDADE. CIÊNCIA DE DEMANDA CAPAZ DE LEVAR O ALIENANTE À INSOLVÊNCIA. PROVA. ÔNUS DO CREDOR. REGISTRO DA PENHORA. ART. 659, § 4º, DO CPC. PRESUNÇÃO DE FRAUDE. ART. 615-A, § 3º, DO CPC.

1. Para fins do art. 543-c do CPC, firma-se a seguinte orientação:

1.1. É indispensável citação válida para configuração da fraude de execução, ressalvada a hipótese prevista no § 3º do art. 615-A do CPC.

1.2. O reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem ou da prova de má-fé do terceiro adquirente (Súmula n. 375/STJ).

1.3. A presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova.

1.4. Inexistindo registro da penhora na matrícula do imóvel, é do credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento de demanda capaz de levar o alienante à insolvência, sob pena de tornar-se letra morta o disposto no art. 659, § 4º, do CPC.

1.5. Conforme previsto no § 3º do art. 615 do CPC, presume-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens realizada após a averbação referida no dispositivo.

2. Para a solução do caso concreto:

2.1. Aplicação da tese firmada.

2.2. Recurso especial provido para se anular o acórdão recorrido e a sentença e, consequentemente, determinar o prosseguimento do processo para a realização da instrução processual na forma requerida pelos recorrentes.”

(REsp 956943/PR, 2007/0124251-8, Relator Ministra Nancy Andrighi, Relator para Acórdão, Ministro João Otávio Noronha, DJe 01/12/2014)

*In casu*, para comprovar suas alegações, no sentido de ser proprietário do referido veículo, o embargante anexou à inicial cópia de “*contrato de compra e venda de automóvel*”, datado de 30 de julho de 2016, pelo qual teria adquirido o veículo em questão pelo valor de R\$ 8.500,00 (oito mil e quinhentos reais) de “*Celso Ricardo Ferracini*” (“*C. R. Ferracini & Cia Ltda-EPP*”, nome fantasia “*BINGO AUTOMÓVEIS*”), não havendo no referido instrumento reconhecimento das firmas do comprador e vendedor. Deixou de apresentar também recibo de pagamento do preço avençado.

Do Certificado de Registro de Veículo, em nome do proprietário, Arisson dos Santos Spercel, devedor na ação subjacente, consta ter sido preenchida e assinada a “*Autorização para Transferência de propriedade de Veículo ATPV*”, para que o embargante passasse o veículo para o seu nome em 01/08/2017, data do reconhecimento da firma do titular da propriedade do aludido bem.

De outra banda, o extrato de “*Dados de Consulta a Bloqueios RENAJUD*”, de 15/08/2017, juntado pelo embargante, dá conta de que a inclusão do bloqueio sobre o veículo em questão ocorreu em 26/06/2017.

Além disso, em consulta ao extrato informatizado do processo subjacente - ação de ressarcimento de danos decorrentes de acidente automobilístico, aforada contra Arisson dos Santos Spercel em 24/03/2014 -, constata-se que a sentença que o condenou ao pagamento de indenização por danos materiais, no importe de R\$ 11.252,00 (onze mil e duzentos e cinquenta e dois reais), transitou em julgado em 12/05/2015, tendo ocorrido sua intimação para pagamento dos valores apurados em conta de liquidação, aos 20/07/2015.

Nessa esteira, observa-se, num primeiro momento, inexistir qualquer comprovante de pagamento da aquisição realizada pelo ora embargante, não tendo sido reconhecidas as firmas no instrumento particular de compra e venda firmado entre ele e Celso Ricardo Ferracini, de forma a conferir veracidade à alegação do autor no sentido de que adquiriu o veículo em questão, em julho de 2016.

Ademais, o documento de transferência de veículo foi preenchido e assinado pelo legítimo proprietário em 01/08/2017, após o bloqueio judicial obstando fosse transferido, e sua respectiva inclusão no RENAJUD, em 26/06/2017.

Ora, no que tange à propriedade de veículos automotores, o art. 134 do Código de Trânsito Brasileiro dispõe que, em caso de transferência da propriedade do veículo, deverá ser encaminhada ao órgão executivo de trânsito do Estado, no prazo de 30 (trinta) dias, cópia autenticada do comprovante de transferência de propriedade, devidamente assinado e datado.

Na espécie, cuidando-se de instrumento particular de contrato de compra e venda, sem reconhecimento de firmas do vendedor e do comprador do veículo, ausente comprovantes idôneos do pagamento do preço avençado e, não comunicada a venda ao DETRAN, no prazo obrigatório de 30 (trinta) dias, não resta comprovada, com a certeza necessária, sequer a aquisição do veículo em discussão, muito menos que a alienação ocorreu antes da constrição na ação subjacente.

De qualquer modo, o que se percebe é que, desde a época em que o embargante alega ter comprado referido bem, pelo contrato particular de julho/2016, já havia impedimento para sua alienação, pois o legítimo proprietário tinha conhecimento da dívida em execução, incidindo, na espécie, o disposto no inc. VI, do art. 792, do NCPD.

E, como assinalado anteriormente, a autorização para transferência do veículo, somente foi outorgada em 01/08/2017, após a inserção no órgão de trânsito, do bloqueio imposto na demanda subjacente, restando, portanto, configurada a fraude à execução.

Saliente ainda que, nos moldes do § 2º, do art. 792, do CPC/2015, compete ao terceiro adquirente adotar as cautelas necessárias para aquisição de bem não sujeito a registro, o que não foi observado pelo ora embargante, uma vez que mera consulta do nome do proprietário do veículo resultaria na obtenção de informação sobre a existência de demanda pendente contra ele desde 24/03/2014, em fase de cumprimento de sentença.

Reitere-se que, o contrato de compra e venda não prova a data da aquisição do veículo, pois as assinaturas de comprador e vendedor não foram devidamente reconhecidas e inexistente, também, qualquer comprovante do pagamento do preço estipulado. Dessa forma, não há meio idôneo para atestar essa suposta venda, em julho de 2016, e, ainda, afastar o fato de que, a autorização para transferência do veículo, único documento válido para transferir a propriedade veicular, na forma do Código de Trânsito Brasileiro, foi assinada pelo proprietário e devedor na ação subjacente, em 01/08/2017, após o bloqueio do veículo e sua inclusão no órgão de trânsito.

Nesse diapasão, ementas dos seguintes julgados, *verbis*:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PENHORA DE VEÍCULO. FRAUDE À EXECUÇÃO. OCORRÊNCIA. § 2º DO ART. 792 DO CPC. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 375 DO STJ. BEM MÓVEL NÃO SUJEITO A REGISTRO. MANUTENÇÃO DA CONSTRIÇÃO INCIDENTE SOBRE O VEÍCULO. SENTENÇA MANTIDA.

(...)

2. De acordo com o artigo 792, § 2º, do CPC, é dever do terceiro adquirente a comprovação de que adotou as cautelas necessárias para aquisição do bem não sujeito a registro, e não tendo a adquirente adotado as cautelas mínimas necessárias, aliado ao fato de que a aquisição do veículo não restou provada por meio idôneos e, se efetivamente realizada, ocorreu após a constrição judicial que recaiu sobre o automóvel, impõe-se o reconhecimento da fraude à execução, com a improcedência do pedido dos Embargos de Terceiros.

Apelação Cível desprovida.

(TJDFT, ApCiv0008648-83.2017.8.07.0007, Quinta Turma Cível, Relator Desembargador Angelo Passareli, j. 28/11/2018)

APELAÇÃO. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIROS. AÇÃO DE CONHECIMENTO. PEDIDO DE DESCONSTITUIÇÃO DE SEQUESTRO DE VEÍCULO. BEM ADQUIRIDO POSTERIORMENTE À CONSTRIÇÃO. AUSÊNCIA DE DILIGÊNCIA NO MOMENTO DA COMPRA. DESCONSTITUIÇÃO DA RESTRIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Ao terceiro adquirente de boa-fé é facultado o uso dos embargos de terceiro para defesa da posse. Cediço que a transferência de bem móvel se dá por meio da mera tradição, isto é, com a entrega por aquele que é legitimado para tanto a outrem, com a intenção de desvinculá-lo de seu patrimônio, inteligência dos arts. 1.226 e 1.267 do Código Civil. Nesse aspecto, de acordo com o artigo 792, § 2º, do CPC, é dever do terceiro adquirente a comprovação de que adotou as cautelas necessárias para aquisição do bem não sujeito a registro.

2. Evidenciado nos autos que a realização do negócio jurídico de compra e venda de veículo foi posterior à inclusão de restrição do veículo junto ao RENAJUD, não há que se falar em desconstituição do sequestro incidente sobre o bem. Ademais, se o comprador do automóvel não tomou as devidas cautelas para sua aquisição, não poderá ser considerado terceiro de boa-fé.

3. Recurso conhecido e desprovido.

(TJDFT, ApCiv 0709755-87.2018.8.07.0007, Segunda Turma Cível, Relatora Desembargadora Sandra Reves, j. 12/06/2019)

Condeno o embargante ao pagamento de honorários advocatícios a favor da embargada, que fixo em R\$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do § 2º, do art. 85, do NCPC, cuja execução ficará suspensa de acordo com o disposto no art. 98, § 3º, do mesmo diploma processual, uma vez que o autor é beneficiário da Justiça Gratuita.

Diante do exposto, *DOU PROVIMENTO* à apelação da União Federal, para reformar a r. sentença recorrida e julgar improcedente o pedido deduzido nestes embargos de terceiro, determinando o bloqueio do veículo VW Gol MI, ano 1997, cor verde, Placas CHD 1606, o qual, ao que constava por ocasião da interposição do recurso, ainda se encontrava em nome do executado Arisson dos Santos Spercel, impondo ao embargando o pagamento de honorários advocatícios, na forma da fundamentação supra.

É o voto.

Juiz Federal Convocado ERIK GRAMSTRUP - Relator



## **AGRAVO DE INSTRUMENTO**

**5023612-61.2017.4.03.0000**

Agravante: UNIÃO FEDERAL

Agravado: SANDI ORGANIZAÇÃO DE EVENTOS SOCIAIS LIMITADA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/01/2020

### **EMENTA**

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PEDIDO DE REDIRECIONAMENTO. POSSIBILIDADE. QUESTÃO DISTINTA DA AFETADA PELO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (RESP 16451333/SP - TEMA 981).

1. Não se pode desconsiderar que a egrégia Primeira Seção do E. Superior Tribunal de Justiça afetou o Recurso Especial nº 1.643.944/SP (Tema Repetitivo 981) para uniformizar o entendimento da matéria referente ao pedido de redirecionamento da Execução Fiscal quando fundada na hipótese de dissolução irregular da sociedade empresária executada ou de presunção de sua ocorrência (Súmula 435/STJ).

2. No entanto, salvo melhor juízo, o REsp nº 1.643.944/SP, refere-se ao sócio com poderes de administração da sociedade, na data em que configurada a sua dissolução irregular ou a presunção de sua ocorrência (Súmula 435/STJ), mas que não fazia parte do quadro societário na data em que ocorrido o fato gerador do tributo não adimplido.

3. No caso, a exequente requereu o redirecionamento da execução, haja vista que, desde a ocorrência do fato gerador o sócio fazia parte do quadro societário, conforme pode ser observado na Ficha Cadastral emitida pela JUCESP. Assim, não houve alteração do quadro societário de modo que motivasse o sobrestamento do feito até a decisão a ser proferida nos Recurso Especial nº. 1.643.944/SP.

4. Agravo de instrumento parcialmente provido

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar parcial provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

### **RELATÓRIO**

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra decisão proferida nos seguintes termos:

“Para analisar eventual reconhecimento de dissolução irregular da pessoa jurídica, ora executada, conforme formulado às fls. retro, mister se faz confrontar os seguintes fatos: se os sócios indicados para figurar no polo passivo, pela exequente, são administradores/gerentes das respectivas socie-

dades, bem como se na época do inadimplemento já integravam o quadro social da pessoa jurídica. Todavia, considerando a lista de recursos encaminhados pela E. Vice-Presidência do TRF da 3ª Região ao C. STJ, de nºs 2015.03.00.003927-6, 2015.03.00.008232-7 e 2015.03.00.005499-0, nos termos do parágrafo 1º do artigo 1.036 do Novo CPC, tratando-se de Recursos Afetados pela Vice-Presidência, cujo tema controverso se refere 'à identificação do sócio-gerente contra quem pode ser redirecionada a Execução Fiscal em caso de dissolução irregular, isto é, se contra o responsável à época do fato gerador ou à época do encerramento ilícito das atividades empresariais' e; atendendo à ordem da Vice-Presidência a este Juízo de sobrestamento dos processos que tratem dessas matérias, determino o sobrestamento deste feito, devendo-se encaminhar os autos ao arquivo sobrestado até julgamento dos citados recursos afetados. Intime-se a exequente para que tenha ciência desta decisão, bem como após o pronunciamento definitivo da questão, requeira o que for de direito para o prosseguimento do feito. No silêncio, remetam-se os autos ao arquivo sobrestado."

Inconformada, a agravante interpõe o presente recurso, aduzindo em síntese, que o sócio com poderes de administração era responsável pela empresa tanto à época do fato gerador, bem como à época da dissolução da empresa.

Foi deferida a antecipação dos efeitos da tutela recursal, para determinar o regular processamento da execução fiscal.

Foi determinada a intimação da agravada por edital para apresentação de contraminuta. No entanto, não houve manifestação da agravada.

É o relatório.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

### **VOTO**

Não se pode desconsiderar que a egrégia Primeira Seção do E. Superior Tribunal de Justiça afetaram os Recursos Especiais nºs 1377019/SP (Tema Repetitivo 962) e 1.643.944/SP (Tema Repetitivo 981) para uniformizar o entendimento da matéria referente ao pedido de redirecionamento da Execução Fiscal quando fundada na hipótese de dissolução irregular da sociedade empresária executada ou de presunção de sua ocorrência (Súmula 435/STJ).

No entanto, salvo melhor juízo, o REsp nº 1.643.944/SP, refere-se ao sócio com poderes de administração da sociedade, na data em que configurada a sua dissolução irregular ou a presunção de sua ocorrência (Súmula 435/STJ), mas que não fazia parte do quadro societário na data em que ocorrido o fato gerador do tributo não adimplido.

No caso, a exequente requereu o redirecionamento da execução, haja vista que, desde a ocorrência do fato gerador o sócio fazia parte do quadro societário, conforme pode ser observado na Ficha Cadastral emitida pela JUCESP.

Assim, não houve alteração do quadro societário de modo que motivasse o sobrestamento do feito até a decisão a ser proferida no Recurso Especial nº. 1.643.944/SP.

Deste modo, é possível o prosseguimento do feito.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao agravo de instrumento, para determinar o prosseguimento do feito com a análise do pleito de redirecionamento da execução fiscal.

É como voto.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

## **AÇÃO RESCISÓRIA**

### **5001261-60.2018.4.03.0000**

**Autor:** INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS  
**Réu:** JOSE MANOEL DA SILVA  
**Relator:** DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO  
**Disponibilização do Acórdão:** DIÁRIO ELETRÔNICO 03/01/2020

### **EMENTA**

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 966, IV, DO CPC. NÃO IDENTIFICADA TRÍPLICE IDENTIDADE DAS AÇÕES: PARTES, PEDIDO E CAUSAS DE PEDIR. PRETENSÕES DISTINTAS. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO E APOSENTADORIA ESPECIAL. INOCORRÊNCIA DE COISA JULGADA. AÇÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE.

1 - Para a caracterização da ofensa à coisa julgada, impõe-se verificar se as duas ações possuem identidade de partes, pedido e causa de pedir.

2 - Da análise dos elementos de convicção coligidos na presente ação rescisória, não se evidencia a alegada ofensa à coisa julgada. Isso porque as duas ações propostas pelo ora réu veicularam pedidos distintos, pois a pretensão objeto da primeira ação referiu-se à concessão de benefício de aposentadoria por tempo de contribuição mediante o reconhecimento de tempo rural e especial, enquanto na segunda ação foi deduzido pedido de concessão de aposentadoria especial, mediante o reconhecimento da natureza especial de outros períodos.

3 - A identidade entre as lides ficou adstrita apenas ao pedido envolvendo o reconhecimento da natureza especial da atividade desempenhada no período de 01/11/1993 a 05/03/1997, uma vez que os períodos de 18/04/1979 a 30/09/1984, de 01/10/1984 a 31/05/1989, de 01/06/1989 a 31/10/1990, de 01/11/1990 a 31/01/1991 e de 01/02/1991 a 31/10/1993 já haviam sido reconhecidos administrativamente como especiais, sendo, por conseguinte, considerados incontroversos, ao passo que o período posterior a 05/03/1997 foi requerido como especial apenas na segunda demanda. E, mesmo com relação ao período de 01/11/1993 a 05/03/1997, não há que se falar em ofensa à coisa julgada, pois ele fora reconhecido como especial na primeira demanda. Logo, ao ser computado como especial no segundo processo, não houve qualquer afronta ao quanto decidido anteriormente.

4 - Embora as partes sejam as mesmas em ambas as ações, cumpre observar que o pedido e a causa de pedir da segunda demanda são diversos, o que não constitui impeditivo para a propositura de nova ação. Portanto, não sendo idênticas as duas ações, não restou caracterizada a violação da coisa julgada a ensejar a rescisão do julgado nos moldes do art. 966, IV, do CPC.

5 – Ação Rescisória improcedente.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Seção, por maioria, decidiu julgar improcedente a ação rescisória, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

## RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Trata-se de ação rescisória ajuizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS em 31/01/2018, com fulcro no artigo 966, IV (ofensa à coisa julgada), do CPC, em face de José Manoel da Silva, objetivando rescindir a r. decisão terminativa proferida no processo nº 0015876-58.2014.4.03.9999, que deu provimento à apelação da parte autora (ora réu) a fim de julgar procedente o pedido de concessão de aposentadoria especial.

O INSS alega, em síntese, que a r. decisão proferida na ação originária ofendeu a coisa julgada formada anteriormente no feito nº 0003822.02.2005.403.6111, que tramitou perante a 2ª Vara Federal de Marília/SP, a qual fez coisa julgada no sentido de que o ora réu tem direito ao reconhecimento da atividade especial apenas no período de 01/11/1993 a 05/03/1997, e não de 18/04/1979 a 26/11/2009, como estabelecido na decisão rescindenda. Por esta razão, requer a rescisão do v. acórdão rescindendo, para que, em juízo rescisório, seja a ação originária extinta sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, V, do CPC.

Foi deferida parcialmente a antecipação da tutela, tão-somente para determinar a suspensão da execução da r. decisão rescindenda.

Regularmente citado, o réu apresentou contestação, alegando a inexistência de ofensa à coisa julgada, visto que as duas ações ajuizadas por ele possuíam pedidos e causa de pedir distintas. Aduz que na primeira demanda (processo nº 0003822-02.2005.4.03.6111) foi requerido o reconhecimento do tempo de serviço rural de 22/11/1970 a 31/12/1974 e do tempo de serviço especial de 01/11/1993 a 05/03/1997 para a concessão da aposentadoria por tempo de serviço/contribuição, ao passo que na segunda ação (processo nº 00015876-58.2014.4.03.9999) foi postulada a concessão de aposentadoria especial mediante o reconhecimento do tempo especial de 18/04/1979 até 17/07/2012. Afirma ainda que, quando do ajuizamento da ação originária, em nenhuma oportunidade o INSS alegou a ocorrência de eventual litispendência ou coisa julgada. Por tais razões, requer seja a presente demanda julgada improcedente.

Foi concedida a justiça gratuita à parte ré.

O INSS apresentou réplica.

A parte autora e o INSS apresentaram suas razões finais.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela improcedência da ação rescisória.

Após ter sido devidamente intimada, a parte ré regularizou sua representação processual.

Em cumprimento à determinação, judicial, o Juízo Federal da 2ª Vara de Marília-SP promoveu a juntada de cópia integral dos autos do processo nº 0003822.02.2005.4.03.6111.

É o Relatório.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

## VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Inicialmente, cumpre observar que a r. decisão rescindenda transitou em julgado em 01/02/2016. Por consequência, tendo a presente demanda sido ajuizada em 31/01/2018, conclui-se que não foi ultrapassado o prazo decadencial de 02 (dois) anos para a propositura da ação rescisória, previsto no artigo 975 do CPC de 2015.

Pretende o INSS a desconstituição da r. decisão proferida no processo nº 0015876-58.2014.4.03.9999, que deu provimento à apelação da parte autora (ora réu) a fim de julgar procedente o pedido de concessão de aposentadoria especial, ao argumento de ofensa à coisa julgada formada anteriormente no feito nº 0003822.02.2005.4.03.6111, que tramitou perante a 2ª Vara Federal de Marília/SP.

O INSS fundamenta sua pretensão com base no artigo 966, IV, do CPC, o qual assim dispõe:

“Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:  
(...)  
IV - ofender a coisa julgada;”

O instituto da coisa julgada foi erigido como direito e garantia fundamental no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal. Por seu turno, o Código de Processo Civil de 1973 (vigente quando do ajuizamento da demanda) esclarecia em seu artigo 467 ser a coisa julgada material *“a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”*.

Trata-se, em suma, de garantia que visa manter a estabilidade das relações jurídicas decididas pelo Judiciário, tornando-as insuscetíveis de revisão mediante recurso ordinário ou extraordinário.

Acerca da coisa julgada, assim dispõe o artigo 337, §§1º a 4º:

“Art. 337.  
(...)  
§ 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.  
§ 2º Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.  
§ 3º Há litispendência quando se repete ação que está em curso.  
§ 4º Há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado.”

Desse modo, para a caracterização da ofensa à coisa julgada, impõe-se verificar se as duas ações possuem identidade de partes, pedido e causa de pedir.

*In casu*, a primeira ação previdenciária (processo nº 0003822-02.2005.4.03.6111) foi ajuizada pelo ora réu em 01/09/2005 perante o Juízo da 2ª Vara Federal de Marília-SP, objetivando a concessão de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição a partir de 05/06/1998, mediante o reconhecimento de atividade rural no período de 22/11/1970 a 31/12/1974 e de atividade especial no período de 01/11/1993 a 05/03/1997, sendo que o período de 01/01/1975



a 12/09/1978 já havia sido reconhecido administrativamente como tempo rural e os períodos de 18/04/1979 a 30/09/1984, de 01/10/1984 a 31/05/1989, de 01/06/1989 a 31/10/1990, de 01/11/1990 a 31/01/1991 e de 01/02/1991 a 31/10/1993 já haviam sido reconhecidos administrativamente como especiais, conforme se observa das fls. 04 daqueles autos (ID 90621550 – fls. 6).

A sentença proferida na primeira ação julgou procedente o pedido inicial, para reconhecer o tempo rural e especial nos períodos pleiteados na inicial, bem como para conceder a aposentadoria por tempo de serviço/contribuição a contar do requerimento administrativo - 05/06/1998 (ID 90622946 – fls. 181/204).

Após a interposição de recurso por parte do INSS, foi proferida decisão terminativa pelo Exmo. Desembargador Federal David Dantas (ID 90622949 - fls. 65/78), dando parcial provimento à remessa oficial e à apelação do INSS, para fixar os critérios dos honorários advocatícios e para estabelecer a forma de aplicação da correção monetária e dos juros de mora, mantendo, no mais, a r. sentença quanto ao reconhecimento de atividade rural e especial e à concessão da aposentadoria por tempo de serviço/contribuição. Referida decisão transitou em julgado em 19/01/2015 para a parte autora (ora réu) e em 29/01/2015 para o INSS.

Por seu turno, em 23/07/2012, o ora réu ajuizou a segunda ação perante o Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Pompeia (processo nº 0015876-58.2014.4.03.9999), objetivando a concessão de aposentadoria especial a contar da data do requerimento administrativo (01/12/2009) mediante o reconhecimento do tempo de serviço especial no período de 18/04/1979 a 17/07/2012.

A r. sentença julgou improcedente o pedido, tendo a parte autora (ora réu) interposto recurso de apelação. Tendo os autos sido encaminhados a esta E. Corte, foi proferida decisão terminativa pelo então Exmo. Juiz Federal Convocado Valdeci dos Santos, dando provimento à apelação, para reconhecer como especial o período de 18/04/1979 a 26/11/2009, bem como para conceder a aposentadoria especial a partir de 01/12/2009 (ID 1636343 – fls. 81/89). Referida decisão transitou em julgado em 01/02/2016.

Da análise dos elementos de convicção coligidos na presente ação rescisória, não se evidencia a alegada ofensa à coisa julgada. Isso porque as duas ações propostas pelo ora réu veicularam pedidos distintos, pois a pretensão objeto da primeira ação referiu-se à concessão de benefício de aposentadoria por tempo de contribuição mediante o reconhecimento de tempo rural e especial, enquanto na segunda ação foi deduzido pedido de concessão de aposentadoria especial, mediante o reconhecimento da natureza especial de outros períodos.

A identidade entre as lides ficou adstrita apenas ao pedido envolvendo o reconhecimento da natureza especial da atividade desempenhada no período de 01/11/1993 a 05/03/1997, uma vez que os períodos de 18/04/1979 a 30/09/1984, de 01/10/1984 a 31/05/1989, de 01/06/1989 a 31/10/1990, de 01/11/1990 a 31/01/1991 e de 01/02/1991 a 31/10/1993 já haviam sido reconhecidos administrativamente como especiais, sendo, por conseguinte, considerados incontroversos, ao passo que o período posterior a 05/03/1997 foi requerido como especial apenas na segunda demanda.

E, mesmo com relação ao período de 01/11/1993 a 05/03/1997, não há que se falar em ofensa à coisa julgada, pois ele fora reconhecido como especial na primeira demanda. Logo, ao ser computado como especial no segundo processo, não houve qualquer afronta ao quanto decidido anteriormente.

Assim, embora as partes sejam as mesmas em ambas as ações, cumpre observar que o pedido e a causa de pedir da segunda demanda são diversos, o que não constitui impeditivo para a propositura de nova ação.

Portanto, não sendo idênticas as duas ações, não restou caracterizada a violação da coisa julgada a ensejar a rescisão do julgado nos moldes do art. 966, IV, do CPC.

Nesse sentido, já decidiu a E. Terceira Seção desta Corte, em precedentes análogos ao presente, consoante arestos a seguir colacionados:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO E APOSENTADORIA ESPECIAL. TRÍPLICE IDENTIDADE DAS AÇÕES: PARTES, PEDIDO E CAUSAS DE PEDIR. PRETENSÕES DISTINTAS. INOCORRÊNCIA DE COISA JULGADA. DESAPOSENTAÇÃO NÃO CARACTERIZADA. TERMO INICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. OBSERVÂNCIA DO ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. TAXA DE JUROS EM 1%. INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO DE NORMA JURÍDICA. SUCUMBÊNCIA MÍNIMA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

I - O fenômeno da coisa julgada se caracteriza pela existência, entre duas causas, da tríplice identidade de partes, pedido e causa de pedir, sendo que uma das causas encontra-se definitivamente julgada, em face do esgotamento dos recursos possíveis.

II - O então autor, no primeiro feito (autos n. 0002387-58.2012.403.6301, que tramitou perante o Juizado Especial Federal Cível de São Paulo), objetivava a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, com DIB em 24.10.2011 (DER), mediante o reconhecimento do exercício de atividade especial nos períodos de 08.08.1987 a 02.07.1998 e 24.05.1999 a 19.08.2011, de modo que a apreciação realizada pela sentença de id's 2750383 (pgs. 79/85), confirmada pelos acórdãos de id's 2750383 (pgs. 106/112, 123/125 e 139/140) ficou adstrita a esses fatos, concluindo, por fim, pela procedência parcial do pedido para declarar a especialidade dos lapsos de 08.08.1987 a 02.07.1998 e 24.05.1999 a 21.03.2011 e conceder o benefício requerido desde a DER. No segundo feito (autos nº 5002696-81.2017.403.6183), que constitui objeto da presente ação rescisória, o então requerente pretendeu a revisão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição que lhe fora concedido para que fosse alterado para aposentadoria especial, em razão do cumprimento de tempo de serviço de natureza especial por período superior a 25 (vinte e cinco), desde a DER (24.10.2011).

III - Embora a r. decisão rescindenda tenha reconhecido como especial o período laborado de 01.06.1984 a 22.05.1987, que não constava da parte dispositiva da decisão judicial relativamente à primeira ação, cabe ponderar que tal período não foi objeto do pedido deduzido no processo primevo, uma vez que já havia sido reconhecida sua especialidade no âmbito administrativo (id 1533969 – pág. 20). Portanto, a rigor, não se verificou controvérsia acerca do interregno acima mencionado, razão pela qual não se pode tomá-lo como fato diverso para fins de descaracterização da coisa julgada.

IV - Na primeira ação foi vindicada expressamente a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição enquanto na segunda foi requerido o deferimento da aposentadoria especial. Malgrado se possa qualificar a aposentadoria especial como uma espécie de aposentadoria por tempo de contribuição, as suas diferenças se evidenciam na concretização dos respectivos direitos, na medida em que a apuração do valor da aposentadoria por tempo de contribuição leva em conta o fator previdenciário, enquanto na aposentadoria especial este é desconsiderado, resultando, via de regra, em renda mensal mais vantajosa nesta última modalidade.

V - A pretensão material formulada na ação subjacente é diversa daquela apresentada no Juizado Especial Federal, não restando demonstrada a identidade das demandas, apta a ensejar ofensa à coisa julgada, de modo a inviabilizar a abertura da via rescisória.

VI - No âmbito administrativo, mesmo que o segurado tivesse formulado pedido pela concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, uma vez reconhecido o exercício de atividade especial por período igual ou superior a 25 (vinte e cinco) anos, o INSS tem o dever de oferecer

ao segurado o direito de opção (aposentadoria por tempo de contribuição ou aposentadoria especial), mediante a apresentação dos demonstrativos financeiros de cada um deles, sendo que, se os benefícios forem do mesmo grupo (caso dos autos), a DER será mantida, nos termos do art. 688, *caput*, e §2º, I, da Instrução Normativa INSS/PRES Nº 77, de 21 de janeiro de 2015. VII - A situação fática em análise não se encaixa na figura da “desaposentação”, que pressupõe a continuação do exercício de atividade remunerada pelo segurado, posteriormente à concessão de sua aposentadoria, visando obter, no futuro, novo benefício com renda mensal mais vantajosa. No caso em comento, não há admissão de período laborativo após a DIB da aposentadoria por tempo de contribuição, mas sim o reconhecimento de período de atividade especial suficiente para a concessão.

VIII - O ora demandante não apontou qualquer documento que indicasse, de forma categórica, a exposição do então autor a agentes nocivos posteriormente ao termo inicial do benefício fixado pela r. decisão rescindenda (DIB na data de entrada do requerimento administrativo). De qualquer forma, o termo inicial do benefício em questão, estabelecido judicialmente, não pode estar subordinado ao futuro afastamento ou extinção do contrato de trabalho, a que faz alusão o art. 57, §8º da Lei 8.213/91, uma vez que estaria a se dar decisão condicional, vedada pelo art. 492, parágrafo único, do CPC, pois somente com o trânsito em julgado haverá, de fato, direito ao benefício de aposentadoria ora vindicado, não se vislumbrando, portanto, violação à norma jurídica indicada.

IX - Considerando a expressa declaração de inconstitucionalidade relativamente à aplicação do art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública, penso que a r. decisão rescindenda, ao determinar a observância dos critérios do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267, de 02 de dezembro de 2013, do Conselho da Justiça Federal, que contemplam o INPC como fator de atualização monetária, não violou qualquer norma jurídica. Todavia, quanto aos juros de mora, ante a constitucionalidade reconhecida pelo E. STF do disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, e não havendo possibilidade de se aplicar a Súmula n. 343 do Excelso Pretório, impõe-se a desconstituição do julgado neste ponto, para que seja observado o índice de remuneração da caderneta de poupança.

X - Ante sucumbência mínima sofrida pela parte ré, deve o autor responder, por inteiro, pelos honorários advocatícios, nos termos do art. 86, parágrafo único, do CPC, os quais fixo em R\$ 1.000,00 (um mil reais).

XI - Ação rescisória cujo pedido se julga parcialmente procedente. Ação subjacente cujo pedido se julga parcialmente procedente.

(TRF 3ª Região, 3ª Seção, AR - AÇÃO RESCISÓRIA - 5009476-25.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal SERGIO DO NASCIMENTO, julgado em 11/03/2019, Intimação via sistema DATA: 15/03/2019)

**DIREITO PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO. AGRAVO (ART. 557 DO CPC). APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. DOLO E COISA JULGADA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA DECIDIDA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER**

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. O ajuizamento de nova demanda, por si só, não configura dolo da parte autora, devendo restar configurada a existência de má-fé da segurada, e que tal atitude tenha influenciado na formação da convicção do magistrado, ou ainda, dificultado a atuação da parte ré.

3. A juntada de novos documentos acerca da condição de trabalhadora rural da demandante é alteração substancial da própria causa de pedir da nova ação (CPC, art. 282, III), a afastar

a caracterização da objeção de coisa julgada (CPC, arts. 267, V e 301, VI).

4. Mantida a decisão agravada, eis que inexistente ilegalidade ou abuso de poder na decisão impugnada, e porque seus fundamentos estão em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria.

5. Recebimento dos embargos de declaração como agravo.

6. Agravos a que se nega provimento.”

(TRF 3ª Região, AR 0071750-38.2003.4.03.0000, Terceira Seção, Rel. Des. Fed Souza Ribeiro, e-DJF3 Judicial 1 26/08/2014).

“PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. INÉPCIA DA INICIAL. ART. 485, III, CPC. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. CAUSA DE PEDIR REMOTA. DISTINÇÃO. OFENSA À COISA JULGADA. NÃO CONFIGURAÇÃO. RESCISÓRIA IMPROCEDENTE.

1 - A existência de ofensa à coisa julgada é verificada de forma objetiva, sem que o julgador perquiria a respeito da intenção (dolo), que é de ordem subjetiva, de quem a provocou.

2 - Inépcia da inicial que se apresenta em razão da ausência de fundamentos específicos a justificar o julgamento da ação com base no inciso III do art. 485 do Código de Processo Civil.

3 - A segunda ação trouxe inovações a respeito do período laborativo invocado (que se estendeu até a distribuição formalizada em 2002), destoando, portanto, quanto à causa de pedir, pois, a primeira demanda se fundava no exercício da atividade laborativa somente até 1992 (três anos antes do requerimento judicial).

4 - A distinção também se apresenta quanto à natureza do trabalho realizado após o casamento da ré que, na última ação afirmava ter sido sempre como diarista, enquanto que na anterior destacava-se o labor rurícola na condição de segurada especial.

5 - Conquanto tenha insistido no pedido de aposentadoria por idade rural, o novo processo não repisava os mesmos fundamentos e a mesma causa de pedir.

6 - As iniciais colacionadas, que têm como partes Luzia Catalano de Sene no polo ativo e o INSS na figura de réu, não apresentam identidade em relação ao fato gerador do direito pretendido (causa de pedir remota).

7 - Processo julgado extinto, sem resolução do mérito, na parte que se refere ao inciso III do art. 485 do CPC. Julgado improcedente o pedido rescisório fundado no inciso IV do mesmo dispositivo processual. Tutela antecipada revogada.”

(TRF 3ª Região, AR nº 2006.03.00.008433-5/SP, Terceira Seção, Rel. Des. Fed. Nelson Bernardes, DOE 10/06/2013)

“PROCESSUAL CIVIL - OFENSA À COISA JULGADA NÃO CARACTERIZADA - AÇÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE.

- Descabido o pleito de “prazo em dobro”, vez que a prerrogativa de que trata o §5º do artigo 5º da Lei nº 1.060/50 é restrita ao defensor público ou “quem exerça cargo equivalente” e, portanto, não se estende ao defensor constituído do requerente.

- A boa fé é presumida e não há nos autos provas de que o autor tem a intenção de causar dano processual ao ajuizar a presente ação.

- Inexiste identidade na causa de pedir nas duas ações, posto que na primeira, o pedido de aposentadoria está fundado no fato de ser o autor trabalhador rural, possuir a idade legal e ter tentado o benefício administrativamente sem sucesso. E a pretensão está embasada nos artigos 11, “caput” e 48 da Lei nº 8.213/91. Já o pedido formulado na segunda ação, além de o autor respaldar a sua pretensão na presença dos requisitos legais à obtenção do benefício, discute também a admissibilidade da prova testemunhal e a existência da prova material. E o pedido está amparado nos “arts. 11, “caput”, nº VII; 18, I, “b”, 48 e 127, da Lei nº 8.213/91; art. 32, da Lei nº 9.099/95; 131,332, do C.P.C.; art. 5º, da L.I.C.C., e, ART. 5º, II; XXXV; LV;

LVI; 201, I e 202, I, da Constituição Federal.”

- À evidência, não há que se falar em violação literal de dispositivo de lei (art. 267, V, CPC) e ofensa à coisa julgada a ensejar a rescisão do julgado com fulcro nos incisos IV e V do artigo 485 do Código de Processo Civil.

- Deferido ao requerido os benefícios da justiça gratuita.

- Rejeitado o pedido de condenação da parte autora nas penas da litigância de má-fé.

- Ação rescisória improcedente.”

(TRF 3ª Região, AR nº 2000.03.00.010813-1/SP, Terceira Seção, Rel. Des. Fed. Leide Polo, DOE 27/10/2010)

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. AJUIZAMENTO DE OUTRA AÇÃO COM O MESMO PEDIDO APÓS O CUMPRIMENTO DE NOVO PRAZO DE ATIVIDADE RURAL. CAUSA DE PEDIR DIVERSA. COISA JULGADA NÃO CARACTERIZADA.

I - Não obstante as partes serem as mesmas e serem idênticos os pedidos formulados nas duas demandas, a causa de pedir não é idêntica, uma vez que na primeira demanda a causa de pedir se funda no trabalho rural exercido até 26.04.1995, enquanto que na segunda ação a causa de pedir tem por fundamento o trabalho rural exercido até 08.11.2001.

II - Observe-se, ainda, que no primeiro feito não havia início de prova material enquanto que no segundo a respectiva inicial veio instruída com cópia da certidão de casamento da ora ré, constando anotada a profissão de lavrador de seu marido (fls. 56), alterando-se, também, sob este ponto de vista a causa de pedir.

III - Ação rescisória cujo pedido se julga improcedente.”

(TRF 3ª Região, AR nº 2005.03.00.077460-8/SP, Terceira Seção, Rel. Des. Fed. Sérgio Nascimento, DJF3 28/05/2008.)

“PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. MATÉRIA PRELIMINAR REJEITADA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ARTIGO 485, INCISO IV, DO CPC. DESCARACTERIZAÇÃO DA COISA JULGADA. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE DE CAUSA DE PEDIR. NA PRIMEIRA AÇÃO AFIRMOU SER BÓIA-FRIA E, NA SEGUNDA, RURÍCOLA EM REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. PEDIDOS IGUAIS.

(...)

- Duas demandas manejadas pela mesma parte autora contra o INSS, para fins de obtenção de aposentadoria por idade a rurícola. Na primeira, afirmou labuta campesina como bóia-fria. Na segunda, que a prestação laboral deu-se em regime de economia familiar (artigo 11, inciso VII, § 1º, da Lei 8.213/91).

- Não identidade de causa de pedir (fatos sobre os quais a pretensão deduzida de aposentação restou amparada) nas ações.

- “Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido” (artigo 301, § 2º, do CPC).

- Descaracterização do instituto da coisa julgada. Inaplicabilidade, na hipótese, do artigo 485, inciso IV, do Código de Processo Civil.

- Pedido da ação rescisória julgado improcedente.”

(TRF 3ª Região, AR nº 2003.03.00.004492-0/SP, Terceira Seção, Rel. Des. Fed. Vera Jucovsky, DJU 18/05.2007)

Por fim, vale dizer que a r. decisão rescindenda expressamente determinou a obrigatoriedade de dedução dos valores recebidos pelo ora réu a título de outro benefício inacumulável após o termo inicial de sua aposentadoria. Logo, por ocasião da execução do julgado rescindendo,



deverá ser realizada a compensação dos valores recebidos a título da aposentadoria concedida na primeira demanda após a concessão da aposentadoria especial.

Impõe-se, por isso, a improcedência da presente ação rescisória e, por consequência, a revogação da decisão que concedeu a tutela antecipada.

Ante o exposto, julgo improcedente a ação rescisória.

Condeno o INSS ao pagamento de verba honorária, fixada em R\$ 1.000,00 (mil reais), de acordo com a orientação firmada por esta E. Terceira Seção.

Oficie-se o MM. Juízo de origem do processo originário, comunicando o inteiro teor desta presente decisão.

É como voto.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

## **AGRAVO EM SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA**

**5026383-75.2018.4.03.0000**

Requerente: ESTADO DE SÃO PAULO

Requerido: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP

Interessados: CARLOS ALBERTO ALVES, CLAUDINEI DONIZETI CECCATO, EDMAR DA SILVA FELICIANO, JOSE REINALDO ESPANHOL, WILSON MARQUES DE ALMEIDA, AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL, UNIÃO FEDERAL, CESP - COMPANHIA ENERGÉTICA DE SÃO PAULO

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/01/2020

### **EMENTA**

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM SUSPENSÃO DE LIMINAR. AÇÃO POPULAR. PREJUDICIALIDADE. NÃO CARACTERIZAÇÃO. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA SUPERVENIENTE DE OBJETO. REJEIÇÃO. DECISÃO JUDICIAL. SUSPENSÃO DA RENOVAÇÃO DE CONTRATO DE CONCESSÃO DE USINA HIDRELÉTRICA. INVIABILIZAÇÃO DE LEILÃO DE AÇÕES QUE OBJETIVAVA A PERCEPÇÃO DE RECURSOS PARA O ERÁRIO. COMPROVADA OFENSA À ECONOMIA E ORDEM PÚBLICAS. AGRAVO CONHECIDO E DESPROVIDO.

– Impugnada a decisão liminar originária em agravos de instrumento e apelação nos quais não há provimento jurisdicional colegiado de órgão desta Corte. Inexistência de prejudicialidade que obste o julgamento de agravo interno em suspensão de liminar.

– Rejeitada preliminar de ausência superveniente de interesse no julgamento do recurso, uma vez que a consumação da renovação do contrato de concessão objeto da ação originária ocorreu em decorrência da decisão suspensiva impugnada.

– A suspensão da eficácia de provimentos jurisdicionais por ato da Presidência do respectivo Tribunal é “*prerrogativa legalmente disponibilizada ao Poder Público, dentre outros legitimados, em defesa do interesse público, toda vez que se vislumbre, concretamente, perigo de grave lesão aos valores atinentes à ordem, à economia, a saúde ou à segurança públicas*”, objetivando “*a suspensão da eficácia das liminares e das sentenças proferidas contra entidades públicas e privadas que desempenham de alguma forma função pública*” (Elton Venturi, *Suspensão de Liminares e Sentenças Contrárias ao Poder Público*, Malheiros, 3ª ed., 2017, p. 35).

– Sob análise, decisão que suspendeu os efeitos de capítulo da sentença que, em ação popular, concedeu a tutela provisória para sustar o processo de renovação do contrato de concessão da Usina Hidrelétrica de Porto Primavera, condicionando-a à realização de audiência pública no Município de Rosana.

– Cumprimento da tutela provisória que se traduziria em significativos riscos à economia e à ordem públicas, porquanto a decisão judicial inviabilizou, às vésperas do leilão designado para tanto, a alienação acionária da CESP – Companhia Energética do Estado de São Paulo, rompendo a relação de previsibilidade que balizava, até o momento, os eventuais investimentos a serem realizados pelos agentes privados na privatização.

- Desdobramentos fáticos ulteriores que confirmam os elementos trazidos na decisão impugnada, porquanto a realização do leilão, inicialmente previsto para arrecadar 1,36 bilhão de reais, implicou na percepção, pelo Estado de São Paulo, de quantia significativamente maior, de R\$ 1,7 bilhão.
- Argumentos do agravante que se rejeitam, uma vez que a decisão impugnada não analisou o mérito da demanda, mas se cingiu aos limites da suspensão de liminar, ponderando os impactos do decidido para os bens jurídicos legislativamente tutelados.
- Dano que se depreendeu da petição inicial não apenas do aspecto propriamente patrimonial da operação, mas também da circunstância de que a ausência dos recursos percebidos com a alienação colocava em risco o caminho politicamente escolhido pelo Estado para conferir continuidade à prestação dos serviços públicos.
- Ofensas à economia e ordem pública caracterizadas. Necessidade de manutenção da suspensão anteriormente deferida, em sede monocrática, que se depreende dos autos.
- Agravo conhecido e desprovido.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, O Órgão Especial, por unanimidade, conheceu do agravo e rejeitou as preliminares, nos termos do voto da Desembargadora Federal Presidente THEREZINHA CAZERTA (Relatora). Votaram os Desembargadores Federais BAPTISTA PEREIRA, ANDRÉ NABARRETE, MARLI FERREIRA, NEWTON DE LUCCA, FÁBIO PRIETO, MAIRAN MAIA, NERY JÚNIOR, ANDRÉ NEKATSCHALOW, HÉLIO NOGUEIRA, SOUZA RIBEIRO, LUIZ STEFANINI (convocado para compor quórum), NINO TOLDO (convocado para compor quórum como suplente do Des. Fed. PAULO FONTES), DAVID DANTAS (convocado para compor quórum), NELSON PORFIRIO (convocado para compor quórum) e VALDECI DOS SANTOS (convocado para compor quórum). Quanto ao mérito, o Órgão Especial, negou provimento ao agravo, nos termos do voto da Desembargadora Federal Presidente THEREZINHA CAZERTA (Relatora), com que votaram os Desembargadores Federais BAPTISTA PEREIRA, MARLI FERREIRA, NEWTON DE LUCCA, FÁBIO PRIETO, MAIRAN MAIA, NERY JÚNIOR, ANDRÉ NEKATSCHALOW, HÉLIO NOGUEIRA, SOUZA RIBEIRO, LUIZ STEFANINI (convocado para compor quórum), NINO TOLDO (convocado para compor quórum como suplente do Des. Fed. PAULO FONTES), DAVID DANTAS (convocado para compor quórum) e VALDECI DOS SANTOS (convocado para compor quórum). Vencidos os Desembargadores ANDRÉ NABARRETE e NELSON PORFIRIO (convocado para compor quórum), por fundamento diverso, que davam provimento ao agravo. Ausente, ocasionalmente, o Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (convocado para compor quórum). Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Federais DIVA MALERBI, PEIXOTO JÚNIOR, CECÍLIA MARCONDES, PAULO FONTES, CARLOS MUTA, CONSUELO YOSHIDA e WILSON ZAUHY, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Presidente

### **RELATÓRIO**

A Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA, Presidente do Tribunal Regional Federal da 3.<sup>a</sup> Região (Relatora). Agravo (Id. 7806322) interposto por Carlos Alberto Alves e Wilson Marques de Almeida contra decisão monocrática que deferiu, em parte, pedido de

suspensão de tutela provisória “para determinar, até que sobrevenha a análise da questão, no mérito recursal, por órgão julgador deste Tribunal Regional Federal, a suspensão dos efeitos da tutela provisória que, proferida pelo juízo da 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Presidente Prudente nos autos de reg. nº 5001635-73.2018.4.03.6112, sustou o processo de renovação de concessão da UHE de Porto Primavera e o condicionou à realização de audiência pública no Município de Rosana” (Id. 7272498).

Na origem, refere-se o pedido à Ação Popular nº 5001635-73.2016.4.03.6112, à época em trâmite na 2.ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Presidente Prudente, e na qual se pleiteava, em síntese, a suspensão da renovação do contrato de concessão da Usina Hidrelétrica de Porto Primavera, condicionando-a à realização de audiências públicas nos municípios afetados pelo empreendimento.

Em 27.4.2018, a tutela provisória foi deferida para determinar a paralisação da renovação do contrato até que se realizasse, ao menos, uma audiência pública presencial no município de Rosana, decisão que foi suspensa no Agravo de Instrumento nº 5009062-27.2018.4.03.0000, em que concedida a medida liminar “de maneira que o processo de renovação do contrato de concessão da UHE Primavera tenha imediato e regular prosseguimento” (Id. 3083980).

Ocorre que, em 18.10.2018, o juízo *a quo* prolatou sentença na qual julgou procedentes, em parte, os pedidos veiculados na Ação Popular, deferindo a antecipação dos efeitos da tutela para “determinar a suspensão do processo de renovação do contrato de concessão da UHE Porto Primavera-SP até que seja realizada ao menos uma audiência pública presencial no Município de Rosana” (Id. 7249240):

“Ante o exposto, julgo procedente em parte a ação popular para:

- a) declarar a nulidade do ato praticado pela ANEEL consubstanciado na audiência pública 18/2018, por modalidade intercâmbio documental com vistas a obter subsídios para o aprimoramento da minuta do contrato de concessão da Usina Hidrelétrica – UHE Porto Primavera, nos termos do Decreto nº 9.271/2018, na qual foi cerceada a participação popular; e
- b) determinar a suspensão do processo de renovação do contrato de concessão da UHE Porto Primavera-SP, até que seja realizada ao menos uma audiência pública presencial no Município de Rosana-SP.

Presentes os requisitos legais, DEFIRO a medida liminar para determinar a suspensão do processo de renovação do contrato de concessão da UHE Porto Primavera-SP, até que seja realizada ao menos uma audiência pública presencial no Município de Rosana-SP”.

Daí o pedido de suspensão de liminar (Id. 7249237), em que o Estado de São Paulo requer a suspensão dos efeitos decorrentes da tutela provisória deferida na sentença em epígrafe, fazendo-o, em específico, para viabilizar a realização de leilão agendado para o dia 19.10.2018 – data imediatamente posterior à da prolação da decisão, portanto –, ato “por meio do qual o Estado de São Paulo busca alienar a totalidade das ações de sua propriedade representativas do controle societário da empresa CESP - Companhia Energética do Estado de São Paulo S/A”.

Sustenta-se, a esse respeito, que, “A grave lesão à ordem pública, economia e segurança é manifesta”, porque “Nos últimos dois anos houve queda real das receitas e, em 2016, uma queda nominal das receitas totais, de 0,7%, com queda real de 8,0% do ICMS e de 6,3% do IPVA, principais fontes de receita do Estado” e, nesse sentido, “O ano de 2018, que se iniciou com boas expectativas em relação ao crescimento econômico, vai se encaminhando para mais um período de frustração da atividade econômica, com as projeções de crescimento do PIB em torno de 1,35%”, motivo pelo qual “a Administração tem realizado inúmeros esforços

*para garantir a solidez fiscal e financeira que tem sido a marca do Estado na última década”, sendo que “Uma das ações neste contexto é a Alienação do controle da CESP”.*

Afirma-se, nesse sentido, que a alienação *“tem potencial para gerar receita de mais de R\$ 1,4 Bilhão, que diante do cenário desafiador em que nos encontramos, são essenciais para que o Estado consiga cumprir com seu elevado nível de despesa previsto para o ano, em particular para uma recuperação das despesas de investimento”.*

Assim, argumenta-se que *“a persistência dos efeitos da liminar implicará numa possível perda de receita na ordem de R\$ 1,4 bilhões”,* ressaltando-se, em momento anterior da inicial, que:

“A designação de tal leilão demandou, naturalmente, a avaliação patrimonial da empresa. No cômputo dos respectivos ativos incluiu-se a concessão da UHE Porto Primavera - SP, cujo prazo de vigência, no momento, encerra-se em 2028. Por força do disposto no Decreto federal nº 9.271, de 25/1/2018, todavia, prevê-se que a eventual vencedor do referido leilão faculte-se a celebração de novo contrato de concessão, por 30 anos, mediante pagamento de outorga de R\$ 1,369 bilhão. É evidente que todas essas variáveis norteariam, decisivamente, a oferta de lance no leilão designado para 19 de outubro p.f.. Ao se tornar incerta a celebração da nova concessão, bem assim o pagamento mesmo da outorga de R\$ 1,369 bilhão, a decisão ora impugnada acaba por, indireta mas claramente, inviabilizar a realização do citado leilão designado para as 14 horas de 19/10/2018. Em outras palavras, a venda do controle societário da CESP sem clareza quanto à possibilidade de se celebrar nova concessão torna-se virtualmente inviável, ante o risco existente para os potenciais investidores”.

Fatos postos, “o Estado de São Paulo requer a suspensão dos efeitos da decisão a que se vem aludindo até o trânsito em julgado do mérito da ação”.

Proferida a *decisão ora recorrida* (Id. 7272498) pela qual deferido, em parte, o pedido inicial, “para determinar, até que sobrevenha a análise da questão, no mérito recursal, por órgão julgador deste Tribunal Regional Federal, a suspensão dos efeitos da tutela provisória que, proferida pelo juízo da 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Presidente Prudente nos autos de reg. nº 5001635-73.2018.4.03.6112, sustou o processo de renovação de concessão da UHE de Porto Primavera e o condicionou à realização de audiência pública no Município de Rosana.” – à qual agregada, à vista de Petição de Carlos Alberto Alves e Wilson Marques de Almeida (Id. 7286821), as razões da Decisão de Id. 7391994, fundamentada nos argumentos de que “há um microsistema legal que abrange a suspensão dos efeitos de decisões liminares contra o Poder Público - que não é recurso, anote-se -, no qual presente expressa autorização normativa à hipótese [de deferimento liminar], veiculada pelo artigo 4º, § 1º, da Lei nº 8.437/92” e que “não cabe na presente via análise quanto a se a administração incorreu ou não em erro no processo de privatização, mas apenas se os efeitos da decisão que nele negativamente repercutiu são significativos, a ponto de justificar a viabilidade de sua suspensão”.

No *agravo* (Id. 7806322) *objeto deste julgamento*, sustentam os recorrentes que “a referida decisão foi proferida sem vistas ao Ministério Público Federal, que, aliás, havia opinado pela procedência parcial do pedido em primeira instância, e sem vista aos autores da Ação Popular”.

Ainda, argumenta-se que “em que pese a farta jurisprudência que afasta por completo a possibilidade de apreciação do mérito em sede de pedido de suspensão de liminar, a ilustre Desembargadora Presidente do TRF da 3ª Região não apenas analisou o mérito, como enfrentou matérias que não estão relacionadas ao interesse público primário tutelado pela suspensão de segurança contra a Fazenda Pública”, de modo que “Além de extrapolar sobremaneira os limites



legais para a concessão da suspensão de liminar contra a Fazenda Pública, [a decisão] representa gravíssima supressão de instância, na medida em que revisita a matéria própria do recurso sem competência constitucional ou infraconstitucional para tanto”.

Ademais, pontua-se que “o projeto de privatização da CESP, empresa da qual o Estado de São Paulo é acionista majoritário, não pode ser considerado um interesse público primário” – mas apenas secundário; ainda, “parece no mínimo impróprio que o Poder Judiciário não possa apreciar e reprimir ilegalidades com o objetivo de preservar a imagem empresarial de uma pessoa”, ressaltando-se que “O argumento de que a decisão ora suspensa repercute negativamente nos resultados dos leilões de privatização e geram perda no valor de mercado das ações das empresas é um *sofisma*”, porque “O que atrapalha a boa imagem da companhia é justamente sua conduta em desconformidade com a lei, nos termos da decisão proferida pelo MM. Juízo da 2ª Vara Federal de Presidente Prudente/SP”.

Sustenta-se, em continuidade, que “se o problema da eficiência empresarial da CESP poderá ser resolvido com uma simples mudança de acionista majoritário, é possível afirmar que os prejuízos experimentados pelas empresas decorrem da inabilidade operacional da atual gestão jurídica de direito privado”, sendo que “A incompetência administrativa pode gerar prejuízo aos interesses públicos, mas de forma alguma poderia ser utilizada como artifício processual para a suspensão de uma decisão desfavorável aos interesses dos gestores inábeis”.

Ademais, “os efeitos da sentença exarada pelo juiz natural somente podem ser suspensos por decisão monocrática do desembargador relator escolhido mediante livre distribuição após a interposição do recurso de apelação pelos interessados”, porque “a CESP é sociedade de economia mista, pessoa jurídica de direito privado que não se enquadra no conceito de Fazenda Pública, e, portanto, não se sujeita a remessa necessária das decisões contrárias aos seus interesses” e, ainda, “a suspensão de medida liminar jamais poderá abranger dispositivo de sentença com caráter de cognição exauriente, já que essa aplicação do instrumento processual *representaria uma burla ao juiz natural e à unicidade recursal*”.

Por fim, argumentando que “manutenção do leilão nos moldes atuais representa um risco enorme, já que a empresa privada, terceira interessada de boa-fé, poderá adquirir uma empresa que, em razão de decisão judicial, poderá ter o contrato de concessão anulado ou modificado”, requer-se que seja dado “provimento ao Agravo Regimental, revogando a decisão da Desembargadora Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, a fim de que seja *mantida a sentença*”, ou subsidiariamente, que “a concessão da suspensão de segurança seja concedida apenas em relação ao conteúdo liminar da decisão, mantendo intacto o dispositivo em relação aos itens sobre os quais o juízo já exerceu cognição exauriente, uma vez que incompatível com o instrumento manejado pela Fazenda Pública proferida pelo MM. Juízo 2ª Vara Federal de Presidente Prudente/SP”.

Juntada manifestação pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (Id. 12313033), na qual sustenta que “a *r. decisão recorrida encontra-se amplamente fundamentada, tendo levado em consideração o grave risco de lesão à ordem pública e econômica do Estado de São Paulo*”, motivo pelo qual “no agravo regimental interposto, os Autores populares deveriam demonstrar em que medida a grave lesão à ordem pública e econômica estaduais não restaram caracterizada”, sendo que “tal providência não foi alcançada no recurso em tela, devendo ser mantida a liminar concedida pela i. Presidência deste E. Tribunal, que brilhantemente ponderou o risco aos interesses envolvidos no cumprimento da sentença [...]”.

Parecer do Ministério Público Federal (Id. 12967801), que se manifesta pelo “*provimento do agravo interno* apresentado pelos requeridos, para que o pedido de suspensão de liminar seja indeferido, nos moldes descritos, caso não haja retratação”.

Juntadas contrarrazões pelo Estado de São Paulo (Id. 29798726), nas quais argumenta que “A tutela concedida na sentença inviabilizava, na prática, a alienação do controle societário da CESP – Companhia Energética do Estado de São Paulo S/A, já que a avaliação patrimonial da empresa contemplou a concessão da UHE Porto Primavera nos respectivos ativos e sua consequente renovação por trinta anos”, sendo que “Se no momento em que foi formulado o pedido de suspensão o risco era potencial, no presente *momento o dano é certo e determinado, já que o leilão já ocorreu, tendo sido o controle da empresa arrematado pela quantia aproximada de R\$ 1,7 bilhão, com ágio de 2.09%*”, de modo que “Restabelecer os efeitos da tutela suspensa implicará num prejuízo financeiro bilionário imediato, isso sem falar nos transtornos incalculáveis para reversão do processo de alienação da empresa”.

Afirma-se, ainda, que “Estado de São Paulo sempre deu ampla publicidade ao procedimento de alienação, tendo realizado, inclusive, duas audiências públicas, das quais várias entidades de classe, investidores e escritórios de advocacia participaram, dentre eles, *o que patrocina esta demanda*”, razões pelas quais “Reitera-se, ainda, a litispendência observada com o ajuizamento anterior de ação popular idêntica na Justiça Estadual (processo nº 1042311-34.2017.8.26.0053, em curso na 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital)” e requer-se “seja negado provimento ao recurso”.

Juntadas contrarrazões pela Companhia Energética de São Paulo – CESP (Id. 30375030), nas quais sustenta que “houve a perda do objeto do presente recurso, pois já realizada a venda, consumando-se o ato, de modo que não há como ser levada a efeito a pretensão de anulação do Edital SF 001/2018, bem como diante do ágio de 2,09% sobre o preço mínimo”; ademais “a decisão recorrida encontra-se devidamente fundamentada, tendo levado em consideração o grave risco de lesão à ordem pública e econômica do Estado de São Paulo”, motivo pelo qual requer “que o recurso regimental seja julgado extinto por perda do objeto ou negado provimento”.

Decisão (Id. 50982586):

“Vistos.

Retire-se o feito de pauta, baixando-se os autos em diligência.

À vista do noticiado pela Companhia Energética de São Paulo – CESP em suas contrarrazões (Id. 30375027), no sentido de que sobreveio fato superveniente ao ajuizamento desta Suspensão de Liminar, notadamente de que “em 19.10.2018, foi realizada sessão pública pela Comissão de Licitação que procedeu a abertura dos envelopes de credenciamento e proposta de preço dos participantes que apresentaram a documentação exigida nos termos do Edital SF. 001/2018 (Alienação de Ações do Capital Social da CESP - Companhia Energética de São Paulo 2018); e, ainda, que “próprio Contrato de Compra e Venda de Ações da Companhia foi celebrado em 10/12/2018”, “Tendo sido consumada a alienação de controle acionária, fato publicado, nos termos da ICVM 358 e disponibilizado no sítio eletrônico da Companhia”, às partes atuantes neste feito para manifestação a respeito, inclusive no que diz respeito ao interesse no prosseguimento deste processo.

Intimem-se.

Em seguida, oportunize-se vista ao Ministério Público Federal.

Com as manifestações, conclusos.

*Desembargadora Federal Therezinha Cazerta*”

Petição (Id. 54293816), pelo qual o Estado de São Paulo informa que “o interesse de agir na suspensão de liminar concedida na sentença de primeiro permanece inalterado”.

Petição (Id. 56390039), pela qual a Companhia Energética de São Paulo sustenta que a “notícia da CESP quanto ao fato superveniente ocorrido após ao pedido de suspensão pelo Estado de São Paulo não modificou o interesse de agir no prosseguimento da mencionada ação, na medida em que a liminar dada em sentença na ação popular na origem foi somente suspensa por conta do ajuizamento do pedido de suspensão”.

Petição (Id. 58521282), em que Carlos Alberto Alves e outros manifestam-se no sentido de que “não há que se falar em perda do objeto ou do interesse no Agravo Regimental em razão da ocorrência do leilão, uma vez que o que se busca, em sede de provimento final, é restabelecer a sentença proferida pelo juízo de primeiro grau”.

Petição (Id. 62098996), em que a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL sustenta que “o fato superveniente, qual seja, a realização do leilão para alienação de ações do capital social da CESP e a celebração do contrato de compra e venda de ações da companhia, demonstra a necessidade de manutenção da r. decisão que deferiu o pedido formulado pelo Estado de São Paulo para determinar a suspensão dos efeitos da tutela provisória concedida pelo Juízo da 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Presidente Prudente”.

Manifestação (Id. 65569900), em que o Ministério Público Federal reitera “os termos do parecer Id. 12967802, diante das alegações trazidas pelas partes, no sentido de que remanesce interesse no julgamento do presente feito, notadamente porque a alienação do controle acionário da CESP - Companhia Energética de São Paulo somente foi possível em decorrência de decisão precária, que não tem o condão de convalidar a nulidade do procedimento renovatório, por inobservância dos princípios constitucionais da garantia de participação popular e da informação”.

Determinada a inclusão do processo na pauta de julgamentos do Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região (Id. 89950492).

*É o relatório.*

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Presidente

## VOTO

A Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA, Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (Relatora). Preliminarmente – e mesmo que o ponto não tenha sido trazido, ao menos explicitamente, pelas partes –, mencione-se, por cautela, que não se aplicam aos autos a hipótese de precedentes existentes tanto no Superior Tribunal de Justiça, quanto no Tribunal Regional Federal da 3.ª Região, de que o julgamento de agravo de instrumento ou apelação em que impugnado o provimento liminar subjacente enseja a prejudicialidade do pedido de suspensão, ante o efeito substitutivo do recurso (art. 1.008, do CPC).

Confirmam-se, a propósito:

“AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO (CF, ART. 105, I, f). USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE TUTELA ANTECIPADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. JULGAMENTO. EFEITO SUBSTITUTIVO DO RECURSO. ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. EMERGÊNCIA DA COMPETÊNCIA DO STJ. RECLAMAÇÃO PROCEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. 1. Em virtude do efeito substitutivo (CPC, art. 512), uma vez julgado o mérito do recurso pelo Tribunal *a quo*, o *decisum* dali decorrente, no que tiver sido objeto do apelo, substitui a decisão recorrida, ainda que a pretensão recursal não tenha sido acolhida.

2. Da interpretação sistemática do art. 4º, §§ 4º, 5º e 6º da Lei 8.437/92, do art. 25 da Lei 8.038/90 e do art. 1º da Lei 9.494/97, tem-se que o julgamento colegiado do agravo de instrumento manejado contra a decisão que deferiu liminar ou tutela antecipada, com o esgotamento da instância ordinária, faz cessar a competência da Presidência do Tribunal de Justiça e inaugura a do Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Corte competente para conhecer de eventual recurso especial, para o processamento e julgamento de pedido de suspensão da execução da liminar ou da tutela antecipada.

3. Comprovada a usurpação da competência desta Corte Superior, dá-se provimento ao presente agravo interno, para julgar procedente a reclamação, cassando-se a decisão reclamada” (STJ, Corte Especial, AgRg na Rcl 6953/BA, rel. Ministro Raul Araújo, 11.12.2014)

“AGRAVO REGIMENTAL - SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - AGRAVO DE INSTRUMENTO - JULGAMENTO - PREJUDICIALIDADE - AGRAVO IMPROVIDO.

1. Suspensão de segurança e agravo regimental julgados prejudicados.

2. Interposição de novo agravo regimental.

3. Efeito substitutivo do recurso (artigo 512, do CPC).

4. O julgamento do agravo de instrumento interposto contra a liminar ou antecipação de tutela enseja a perda de objeto do pedido de suspensão.

5. Precedentes do STJ e desta Corte Regional.

6. Agravo regimental improvido.”

(TRF3, Órgão Especial, Processo nº 0018314-18.2013.4.03.0000, Órgão Especial, rel. Desembargador Federal Presidente, 25.2.2016)

Isso porque, no caso sob análise, consulta quanto aos recursos distribuídos nesta Corte e relacionados ao processo de origem, a Ação Popular nº 5001635-73.2018.4.03.6112, indica a existência da apelação correspondente – autuada, portanto, sob mesmo número – bem como dos Agravos de Instrumento nº 5009062-27.2018.4.03.0000 e nº 5011408-48.2018.4.03.0000.

Quanto à Apelação nº 5001635-73.2018.4.03.6112, consta que os autos foram distribuídos nesta Corte, ausentes decisões ali proferidas em segundo grau de jurisdição.

Por sua vez, relativamente ao Agravo de Instrumento nº 5009062-27.2018.4.03.0000, trata-se de recurso interposto para impugnar tutela provisória incidental anteriormente deferida no decorrer do processamento da Ação Popular – distinta, portanto, da que se tem sob análise, que advém da sentença prolatada no feito subjacente – e que foi suspensa por decisão liminar proferida nos seguintes termos:

“[...]”

Ademais, parece-me que o agravante atendeu aos ditames da legislação aplicável ao realizar as audiências que têm como fundamento legal o art. 39, *caput*, da Lei 8.666/93, sendo também aplicável à espécie o comando implícito do art. 21, da Lei 8.987/95.

Conforme se pode verificar, uma primeira audiência pública foi realizada nesta Capital em julho de 2.017, seguindo-se, contudo, a suspensão do processo de privatização para avaliação de pertinência e ajustes. Após, em 2.018, o processo foi retomado, tendo sido realizada nova audiência pública, em 01.02.2018, também nesta Capital.

Se faz oportuno atentar que a legislação não disciplina o número de audiências públicas que devem ser realizadas, nem tampouco a sua duração ou, ainda, o seu formato, havendo, em tese, liberdade de ação administrativa dentro dos limites legais.

Não se desconhece que seria salutar a realização de ao menos uma audiência pública no Município de Rosana; mas, não se pode olvidar que não é permitido ao Judiciário pronunciar-se sobre o mérito administrativo, tal como parece almejam os autores populares.

No mais, cumpre levar em conta que a simples demora na renovação da concessão da CESP, na forma como determinada pela decisão agravada, atrasará consideravelmente a análise regulatória da renovação da concessão, a ser realizada no âmbito da ANEEL.

De efeito, a extensão do contrato de concessão da UHE Porto Primavera, por 30 anos, geraria mais renda ao Governo do Estado de São Paulo e há um cronograma de privatização a ser seguido, conforme indica o “site” <http://vendacesp.com.br/>, circunstâncias que justificam a urgência para fins do pedido de antecipação da tutela recursal, deduzido neste agravo.

Diante do exposto, defiro a antecipação da tutela recursal para suspender a decisão agravada, de maneira que o processo de renovação do contrato de concessão da UHE Primavera tenha imediato e regular prosseguimento.

Comunique-se a presente decisão ao MM. Juízo “a quo”.

Intimem-se os agravados, nos termos do artigo 1.090, inciso II, do Código de Processo Civil.

Dê-se vista ao Ministério Público Federal.

Int.

São Paulo, 18 de maio de 2018.

MARCELO SARAIVA

Desembargador Federal.”

Com a superveniência de sentença na ação principal, reconheceu-se, por decisão (Id. 79676097), a prejudicialidade do recurso que, por isso, foi arquivado.

Por fim, quanto ao Agravo de Instrumento nº 5011408-48.2018.4.03.0000, trata-se de recurso interposto contra a tutela provisória incidental deferida na Ação Popular nº 5001635-73.2018.4.03.6112, constando, em referidos autos, também decisão monocrática terminativa que reconheceu a prejudicialidade da impugnação ante a prolação de sentença nos autos sub-jacentes (Id. 40606063).

Não há, portanto, provimentos jurisdicionais colegiados por órgão deste Tribunal Regional Federal da 3.<sup>a</sup> Região que tenham analisado o mérito da decisão cujos efeitos constituem o objeto desta Suspensão de Liminar, motivo pelo qual não há que se falar – ao menos na presente seara – em prejudicialidade que inviabilize a análise do regimental.

Ainda em sede preliminar, constam nos autos contrarrazões apresentadas pela CESP – Companhia Energética de São Paulo, em que a recorrida sustenta que “*como o recurso busca a suspensão do processo de renovação do contrato de concessão da UHE Porto Primavera-SP, não se mostra mais útil ou necessária, inexistindo razão para o seu prosseguimento*”, porque “*já realizada a venda, consumando-se o ato, de modo que não há como ser levada a efeito a pretensão de anulação do Edital SF 001/2018, bem como diante do ágio de 2,09% sobre o preço mínimo*”, sendo que “*o próprio Contrato de Compra e Venda de Ações da Companhia foi celebrado em 10/12/2018*” (Id. 30375030).

Quanto ao ponto, e nos termos de manifestações nestes autos, provenientes do Estado de São Paulo (Id. 54293818), da própria CESP (Id. 56390040), dos recorrentes (Id. 58521282) e da ANEEL (Id. 62098996), há interesse no julgamento do recurso – mesmo que desenvolvimentos supervenientes à decisão recorrida tenham levados à efetivação do negócio –, uma vez que é a determinação inicial que sustenta, até a presente data, referido ajuste.

Com efeito, o Contrato de Compra e Venda das ações da CESP foi efetivado, via leilão, tendo-se como pressuposto o deferimento da suspensão de liminar, que vige desde então, de modo que o eventual reconhecimento, nesta fase, da prejudicialidade do recurso, impediria que o mérito de uma determinação judicial recorrida – e que, reitere-se, produz efeitos – fosse analisado pelo Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3.<sup>a</sup> Região.



Ante o exposto, inexistente prejudicialidade na hipótese, rejeito o argumento de perda de objeto apresentado em sede de contrarrazões (Id. 30375030), prosseguindo-se, portanto, à análise da questão de fundo.

No mérito, a suspensão da eficácia de provimentos jurisdicionais por ato da Presidência do respectivo Tribunal é *“prerrogativa legalmente disponibilizada ao Poder Público, dentre outros legitimados, em defesa do interesse público, toda vez que se vislumbre, concretamente, perigo de grave lesão aos valores atinentes à ordem, à economia, a saúde ou à segurança públicas”*, objetivando *“a suspensão da eficácia das liminares e das sentenças proferidas contra entidades públicas e privadas que desempenham de alguma forma função pública”* (Elton Venturi, *Suspensão de Liminares e Sentenças Contrárias ao Poder Público*, Malheiros, 3ª ed., 2017, p. 35).

Trata-se de regime jurídico constituído a partir da subsistência de dispositivos legais que regulam as distintas situações nas quais o manejo do pedido de suspensão mostra-se cabível, sendo adequada a menção, a esse respeito, ao que dispõem os artigos 15, da Lei nº 12.016/09, 25, da Lei nº 8.038/1990, 4º, da Lei nº 8.437/1992, 12, da Lei nº 7.347/1985, 1º, da Lei nº 9.494/1997, e 16, da Lei nº 9.507/1997 – respectivamente aplicáveis ao mandado de segurança, em primeiro e segundo grau de jurisdição, às medidas cautelares contra o Poder Público, à ação civil pública, à tutela antecipada contra a Fazenda Pública e ao *habeas data*:

“Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.

§ 1º. Indeferido o pedido de suspensão ou provido o agravo a que se refere o *caput* deste artigo, caberá novo pedido de suspensão ao presidente do tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.

§ 2º. É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 10 deste artigo, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo.

§ 3º. A interposição de agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o poder público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo.

§ 4º. O presidente do tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida.

§ 5º. As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o presidente do tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original”

“Art. 25 - Salvo quando a causa tiver por fundamento matéria constitucional, compete ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça, a requerimento do Procurador-Geral da República ou da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar ou de decisão concessiva de mandado de segurança, proferida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal.

§ 1º - O Presidente pode ouvir o impetrante, em cinco dias, e o Procurador-Geral quando não for o requerente, em igual prazo.

§ 2º - Do despacho que conceder a suspensão caberá agravo regimental.

§ 3º - A suspensão de segurança vigorará enquanto pender o recurso, ficando sem efeito, se a decisão concessiva for mantida pelo Superior Tribunal de Justiça ou transitar em julgado”

“Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.

§ 2º O Presidente do Tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, em setenta e duas horas. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)

§ 3º Do despacho que conceder ou negar a suspensão, caberá agravo, no prazo de cinco dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte a sua interposição. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)

§ 4º Se do julgamento do agravo de que trata o § 3º resultar a manutenção ou o restabelecimento da decisão que se pretende suspender, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)

§ 5º É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 4º, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)

§ 6º A interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)

§ 7º O Presidente do Tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar, se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)

§ 8º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)

§ 9º A suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)”

“Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

§ 1º A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato.

§ 2º A multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento”

“Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.”

“Art. 16. Quando o habeas data for concedido e o Presidente do Tribunal ao qual competir o conhecimento do recurso ordenar ao juiz a suspensão da execução da sentença, desse seu ato caberá agravo para o Tribunal a que presida”

Sob a ótica da doutrina moderna, sem que se cogite existir “tratamento distinto dos regimes de suspensão dos provimentos das ações de mandado de segurança e das demais ações movidas contra o Poder Público”, vislumbra-se “indiscutível uniformidade procedimental quanto aos pedidos de suspensão de provimentos contrários ao interesse público”, “compreendida a existência de um verdadeiro microsistema legal que rege os pedidos de suspensão”, ausente “sentido em continuar a buscar distinção das hipóteses de cabimento a partir do tipo de processo em que incidem os pedidos, ou mesmo a partir da espécie de decisão cuja eficácia se deseja sustar” (Elton Venturi, *Suspensão de Liminares e Sentenças Contrárias ao Poder Público*, Malheiros, 3ª ed., 2017, pp. 35 e 373).

Nesse âmbito, exsurge comum às modalidades sob análise, consoante jurisprudência de há muito consolidada neste sentido, a constatação de que “o pedido de suspensão não possui natureza de recurso, ou seja, não propicia a devolução do conhecimento da matéria para eventual reforma”, tratando-se, assim, de “um instrumento processual de cunho eminentemente cautelar, que tem por finalidade a obtenção de providência absolutamente drástica, excepcional e provisória”, “restringindo-se à comprovação de seus pressupostos e sem adentrar no efetivo exame do mérito da causa principal, cuja competência cabe tão-somente às instâncias ordinárias” (STJ, Corte Especial, AgRg na SLS 201/MA, rel. Ministro Edson Vidigal, 10.4.2006).

Em síntese, e como acima relatado, foi ajuizada, em primeiro grau de jurisdição, a Ação Popular nº 5001635-73.2018.4.03.6112, na qual sustentada a existência de irregularidades no processo de renovação da concessão da Usina Hidrelétrica de Porto Primavera.

Em específico, os autores requerem “a nulidade do ato praticado pela ANEEL consubstanciado na audiência pública 18/2018, por modalidade intercâmbio documental com vistas a obter subsídios para o aprimoramento da minuta do contrato de concessão da Usina Hidrelétrica – UHE Porto Primavera, nos termos do Decreto nº 9.271/2018, na qual foi cerceada a participação popular”, bem como “obrigação de realizar audiências públicas presenciais nos municípios diretamente afetados pela UHE Porto Primavera e seu reservatório ou, subsidiariamente, ao menos no Município de Rosana SP, que abriga a sede da Usina de Porto Primavera e cuja população é a mais afetada” (Id. 7249241).

Prolatada sentença em que julgados parcialmente procedentes os pedidos, foi também deferida a tutela provisória “para determinar a suspensão do processo de renovação do contrato de concessão da UHE Porto Primavera-SP, até que seja realizada ao menos uma audiência pública presencial no Município de Rosana-SP” (Id. 7249240), cujos efeitos, portanto, são objeto da análise que segue.

De início, ressalte-se, quanto ao afirmado pelos recorrentes no regimental, no sentido de que “A referida decisão [aqui impugnada] foi proferida sem vistas ao Ministério Público Federal, que, aliás, havia opinado pela procedência parcial do pedido em primeira instância, e sem vista aos autores da Ação Popular” (Id. 7806325), que a inviabilidade de se conferir vistas prévias ao *parquet* ou mesmo aos autores da ação subjacente decorre, como é praxe nos casos de suspensão de liminar, da urgência que frequentemente se faz presente em tais hipóteses, tornando premente a análise jurisdicional a respeito.

No caso concreto, a Suspensão de Liminar nº 5026383-75.2018.4.03.0000 foi ajuizada às 18:17 de 18.10.2018, com expresso indicativo de urgência, uma vez que a decisão do juízo de

primeiro grau prejudicava, em tese, a realização de leilão marcado para ocorrer em 19.10.2018, às 14h – contexto fático que, evidentemente, inviabilizava o contraditório prévio a respeito do trazido aos autos, sem prejuízo de, como se faz neste momento, proceder-se à análise dos argumentos dos recorrentes quanto ao anteriormente determinado.

Sob discussão, conforme acima delimitado, se existem os motivos ensejadores da suspensão de eficácia de decisão de primeiro grau na hipótese em que se defere, em sede liminar, provimento jurisdicional que suspende processo de renovação de contrato de concessão de usina hidrelétrica – condicionando-o à realização de audiência pública presencial – na véspera de leilão em que se objetivava a alienação de ações da Companhia Energética do Estado de São Paulo – CESP, à época sob controle do Estado de São Paulo, que geria o empreendimento.

Dessa forma, o que aqui se questiona não é propriamente a correção da medida judicial em seu aspecto jurídico relativamente ao que consta nos autos subjacentes, ou, ainda, se é o caso de se julgar procedentes ou não os pedidos ali deduzidos – mas, fundamentalmente, se os impactos decorrentes do provimento liminar induzem a enquadramento que enseje a suspensão de sua eficácia por provimento jurisdicional tomado pela Presidência do Tribunal.

Não é, portanto, objeto de consideração desta suspensão de liminar definir se o processo administrativo de concessão da Usina Hidrelétrica de Porto Primavera adequou-se aos parâmetros legais quanto à necessidade de realização de audiências públicas nos municípios afetados; nem se os atos já realizados pela empresa pública nesse respeito seriam suficientes para promover a democratização do debate quanto ao ato concessório.

O cerne do que aqui se discute, assim, não diz respeito propriamente à situação do processo de concessão da Usina de Porto Primavera, mas ao modo como a sua suspensão implicava em efeitos deletérios à alienação da Companhia Energética de São Paulo – CESP, tendo-se em conta, em específico, que a decisão que paralisou a concessão foi tomada na véspera do leilão pelo qual operacionalizada a compra e venda acionária.

Refira-se, nesse sentido, aos elementos que, à época em que proferida a decisão aqui impugnada, corretamente a embasaram:

“Nos presentes autos, cinge-se a controvérsia à análise se presentes os motivos ensejadores da suspensão de eficácia de decisão na hipótese em que se defere, em primeiro grau de jurisdição, pela via da tutela provisória em sede de sentença, a suspensão do processo de renovação de contrato de concessão, condicionando a sua continuidade à realização de audiência pública presencial, a qual, no entendimento do juízo *a quo*, era cabível à hipótese.

Em síntese, e nos termos do relatado acima, ajuizou-se ação popular distribuída à 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Presidente Prudente, lá se noticiando que restaram encetadas as providências no sentido de se renovar o contrato de concessão da Usina Hidrelétrica de Porto Primavera, atualmente outorgada à CESP – Companhia Energética de São Paulo, condição posta, segundo os autores, para a sua privatização.

Entretanto, diante da existência de supostas ilegalidades no procedimento de concessão, notadamente no que concerne à ausência ou insuficiência de audiências públicas com a população afetada, pleiteou-se a suspensão do processo de renovação do contrato da unidade energética, condicionando a sua continuidade à apresentação de um calendário de audiências públicas, ou, então à realização de referido ato no Município de Rosana, sede da usina em questão.

Concedida a medida liminar pelo juízo *a quo*, determinando-se a suspensão da renovação até que se realizasse referida audiência, na modalidade presencial, em Rosana, restou interposto o Agravo de Instrumento nº 5009062-27.2018.4.03.0000, em que deferida “a antecipação da tutela recursal para suspender a decisão agravada, de maneira que o processo de renovação do contrato de concessão da UHE Primavera tenha imediato e regular prosseguimento”.

Ocorre que, regularmente processado o feito originário, sobreveio a sentença acima transcrita, em que constante determinação liminar por meio da qual condicionada a continuidade do processo de renovação da concessão à realização de “audiência pública presencial no Município de Rosana – SP”.

Daí o presente pedido de suspensão de liminar, apresentado pelo Estado de São Paulo e no qual se requer, em síntese, a sustação dos efeitos da tutela provisória deferida, removendo, destarte, a condicionante acima mencionada.

Como dito, a medida da suspensão de liminar não se destina propriamente à discussão da higidez jurídica do decidido em primeiro grau de jurisdição, mas à aferição do alcance fático de seus efeitos, detectando-se se há hipótese de afetação substantiva dos bens jurídicos legislativamente tutelados pelo presente instrumento processual.

Dessa forma, não é objeto desta análise verificar se há interesse processual dos autores populares na ação subjacente; se subsiste litispendência com feito em trâmite no âmbito estadual; se há má-fé no expediente processual mobilizado pelos requerentes originários; ou mesmo se as audiências públicas que, segundo o Estado de São Paulo, foram realizadas, atenderam às exigências legais.

Afere-se, portanto, no caso sob análise, apenas as consequências decorrentes do ato jurisdicional que, em sede de sentença, deferiu a tutela provisória para “determinar a suspensão do processo de renovação do contrato de concessão da UHE Porto Primavera-SP, até que seja realizada ao menos uma audiência pública presencial no Município de Rosana”.

Nesse particular sentido, decorre dos autos elementos concretos que indicam que a decisão proferida pelo juízo *a quo* traduziu-se em significativo impacto para as ordens pública e econômica estaduais, a ponto de, afetado um dos valores legislativamente tutelados pela via da suspensão de liminar, ser o caso do seu deferimento.

Ordem pública, nesse sentido particular, diz respeito à ideia de “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”, isto é, “a ordinária prestação das essenciais atividades estatais constitucional e legalmente estabelecidas”; economia pública, por sua vez, refere-se ao “grave comprometimento das reservas financeiras da Fazenda Pública”, em que se tem afetada “a prestação dos serviços públicos essenciais” (Elton Venturi, *Suspensão de Liminares e Sentenças Contrárias ao Poder Público*, Malheiros, 3ª ed., 2017, pp. 207 e 214/215, respectivamente).

A conjugação de ambas, nesse sentido, gera a tutela, na suspensão de liminar, às hipóteses em que do provimento jurisdicional sob análise advém o comprometimento do exercício regular das funções constitucionalmente atribuídas ao Estado.

No caso concreto, o impacto decorrente da decisão sob verificação diz respeito à realização de leilão, na Bolsa de Valores do Estado de São Paulo – BOVESPA, que tem como objetivo a alienação das ações – e, particularmente, do controle societário – da Companhia Energética do Estado de São Paulo, atualmente sob gestão do próprio Estado.

Referido procedimento se materializa no oferecimento de valores que refletem a avaliação de investidores não só quanto aos ativos atuais da sociedade empresária, mas também, por evidente, em seu potencial futuro de gerar lucro.

É dizer, a aquisição do controle acionário de uma sociedade anônima – administrada ou não pelo Estado – não é balizada, por óbvio, pelos recursos materiais e imateriais que detêm, mas pela sua capacidade de mobilizá-los na atividade empresária que, constituinte de seu objeto social, gera lucro.

Isso significa, em síntese, que investir em uma sociedade anônima – e, portanto, empresária – é algo que só faz sentido na medida em que é possível se estabelecer uma relação de previsibilidade quanto à sua capacidade atual de produzir recursos, bem como seu potencial futuro de continuar a fazê-lo, porque, repise-se, o que se adquire não é um conjunto de bens, mas a capacidade que a sociedade tem de mobilizá-los para lucrar.



É precisamente por isso que o provimento liminar tem significativo abalo no leilão a ser realizado em 19.10.2018, prestes a inviabilizá-lo, portanto.

Ao condicionar a continuidade do procedimento de renovação da concessão da Usina de Porto Primavera à realização de audiência pública na forma determinada, o juízo *a quo* rompeu essa relação de previsibilidade que balizava, até o momento, os eventuais investimentos – leiam-se, os possíveis lances – a serem realizado pelos agentes privados no leilão da CESP, porque tornou incerta a capacidade da Companhia de gerar parte significativa dos lucros que auferia. Como, repise-se, o que se adquire na aquisição do controle societário de uma sociedade anônima não são seus bens, mas sim a capacidade que ela detém de torná-los instrumentos de lucratividade, a incerteza quanto à concessão da Usina de Porto Primavera, no melhor dos cenários – em que os agentes econômicos se dispõem a realinhar suas expectativas quanto a esse novo fato –, traduz-se, no mínimo, em significativo decréscimo do valor a ser pago pela Companhia, já que o mercado precifica a incerteza, incorporando-a como um risco que impacta negativamente no interesse e, por conseguinte, no seu preço.

No caso concreto, note-se, ainda, que esse risco encontra-se suficientemente materializado no valor previsto para a outorga da concessão, que alcança 1,36 bilhão de reais.

Com relação a esse ponto, as incertezas inerentes à lógica de alienação do controle societário de uma sociedade empresária podem se traduzir tanto em acréscimo quanto a um decréscimo de tal valor, não sendo possível aferir, no momento, nem sequer se essa é realmente a perda de receita à qual estará sujeito o Estado de São Paulo, caso o leilão deixe de ser realizado.

Nada obstante, o valor superior a 1 bilhão de reais, por si só – compatível, no mais, com o grau de complexidade do empreendimento hidrelétrico –, se presta a conferir concretude ao montante passível de ser impactado pelo provimento jurisdicional liminar, que, como dito, se não fez do leilão inviável, tornou-o, na melhor das hipóteses, algo significativamente menos vantajoso para a administração pública, porque, no caso, a precificação desse risco se traduz, inevitavelmente, em uma diminuição do valor que o agente privado se dispõe a pagar pelo ativo em questão.

Conjugados, por um lado, o rompimento da previsibilidade que permitia ao investidor privado aferir a capacidade da empresa leiloadada produzir lucros, e, por outro, o tamanho da operação envolvida, permite-se reconhecer presente atingimento à ordem e economias públicas do Estado de São Paulo.

Sob os argumentos expostos acima, o que se vê é que o provimento liminar que suspendeu a renovação do contrato da Usina de Porto Primavera tornou incerta a capacidade da Companhia Energética do Estado de São Paulo de gerar lucros, o que, inviabilizou – ou, ao menos, prejudicou substancialmente – sua precificação, podendo, por consequência, atingir o leilão pelo qual se pretende arrecadar recursos para os cofres públicos com a transferência de seu controle acionário.

Convém não olvidar, outrossim, consoante pontuado na petição inicial do presente pedido suspensivo, o fato de, nos autos do Agravo de Instrumento nº 5009062-27.2018.4.03.0000, ter restado suspensa a liminar inicialmente deferida na ação popular, servindo-se o Relator do recurso em questão, entre outros fundamentos, de que “cumpre levar em conta que a simples demora na renovação da concessão da CESP, na forma como determinada pela decisão agravada, atrasará consideravelmente a análise regulatória da renovação da concessão, a ser realizada no âmbito da ANEEL”, e também que “a extensão do contrato de concessão da UHE Porto Primavera, por 30 anos, geraria mais renda ao Governo do Estado de São Paulo e há um cronograma de privatização a ser seguido, conforme indica o ‘site’, circunstâncias que justificam a urgência <http://vendacesp.com.br/> para fins do pedido de antecipação da tutela recursal, deduzido neste agravo”.

De mesmo modo, e igualmente conforme destacado pela Procuradoria Geral do Estado, ocorrera anteriormente o ajuizamento “de ação popular idêntica na Justiça Estadual (processo nº 1042311-34.2017.8.26.0053, em curso na 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca

da Capital)”, “sendo certo que a ação popular já foi sentenciada,  *julgada totalmente improcedente* (doc. Anexo)”.

Nesse sentido, e tendo-se em conta o notório cenário de crise econômica que assola o país nos últimos anos – com a consequente diminuição na arrecadação de impostos de competência estadual, como demonstrado pelo requerente em sua inicial – tem-se que o provimento jurisdicional acabou por inviabilizar a solução politicamente encontrada para prover o erário com os recursos necessários à continuidade da prestação de serviços públicos, qual seja, a venda de empresa de sua propriedade.

Ademais, cumpre mencionar que, independentemente da avaliação que se faça quanto à conveniência político administrativa de referida privatização, fato é que esse foi o caminho escolhido pelo órgão competente para tanto, por meio das vias institucionais adequadas – quais sejam, a interlocução entre os Poderes Executivo e Legislativo –, não cabendo ao Judiciário imiscuir-se no ponto.

Dessa forma, de rigor o deferimento do provimento liminar, afastando-se o risco gerado pela tutela provisória anteriormente deferida, fazendo-o pela via da remoção dos condicionantes postos à renovação da concessão da unidade energética de Porto Primavera, reestabelecendo-se, assim, a previsibilidade anteriormente posta quanto à capacidade da Companhia Energética do Estado de São Paulo de gerar lucros, e viabilizando-se, dessa forma, o leilão anteriormente agendado – apto, no mais, a gerar significativa quantidade de recursos ao erário, a serem mobilizados na consecução de seu fim público.

Oportuno registrar apenas, tendo-se em conta a extensão do pleito aqui formulado, almejando que a suspensão perdure “até o trânsito em julgado da decisão de mérito”, a pertinência do parcial acolhimento do pedido em tela, para que persista a sustação apenas até a análise, no mérito, por Turma julgadora no âmbito deste Tribunal, da questão subjacente a esta suspensão, momento em que, em razão da substitutividade recursal (art. 1.008, CPC), resta esvaziada a competência desta Presidência para conhecer de eventual pleito de teor semelhante – se a decisão paradigma não mais é de primeiro grau de jurisdição, mas advém desta própria Corte Federal, caberia ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal conhecer de eventual renovação do pleito suspensivo.

Ante o exposto,  *defiro* o pedido inicial, fazendo-o para determinar, até que sobrevenha a análise da questão, no mérito recursal, por órgão julgador deste Tribunal Regional Federal, a suspensão dos efeitos da tutela provisória que, proferida pelo juízo da 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Presidente Prudente nos autos de reg. nº 5001635-73.2018.4.03.6112, sustou o processo de renovação de concessão da UHE de Porto Primavera e o condicionou à realização de audiência pública no Município de Rosana.

Comuniquem-se, com urgência, o Relator do Agravo de Instrumento nº 5009062-27.2018.4.03.0000 e o juízo da 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Presidente Prudente. Intimem-se.

Publique-se.

Após, ao Ministério Público Federal.

Decorrido o prazo legal sem a interposição de recursos, archive-se.”

É precisamente da retomada da decisão impugnada e, por consequência, da distinção que ali se reafirmou extensamente – entre, por um lado, a concessão da UHE de Porto Primavera, objeto da Ação Popular nº 5001635-73.2018.4.03.6112, e, por outro, os efeitos decorrentes da decisão judicial na privatização da CESP, questão afeta a esta suspensão de liminar – que decorrem argumentos hígidos no sentido da manutenção do decidido na suspensão de liminar.

Isso porque, como extensamente demonstrado e fundamentado na decisão acima, o deferimento da tutela provisória na ação subjacente teve como consequência a existência de impactos diretos às ordens pública e econômica estaduais, na medida em que poderia

inviabilizar, à época, a alienação do controle societário da Companhia Energética do Estado de São Paulo – CESP.

Com efeito, a decisão, proferida na véspera do leilão societário, realizado na BOVESPA, tornou incerta a concessão da Usina Hidrelétrica de Porto Primavera, suspendendo o processo de sua renovação e o condicionando à realização de audiência pública presencial. Como referida concessão é parte fundamental do modo como a CESP auferia lucros, a determinação liminar teve como consequência inviabilizar uma avaliação segura, por parte de eventuais investidores, a respeito do interesse em se adquirir ou não a companhia, resultando, na prática, em situação que tornava inviável a alienação ou, ao menos, significativamente menos vantajosa ao Estado.

Referida circunstância deve ser coadunada, ainda, com o fato de que o valor previsto para a outorga da concessão, à época, era de 1,36 bilhão de reais – estimativa que restou superada, uma vez que, conforme consta nas contrarrrazões ajuizadas pelo Estado de São Paulo (Id. 54293818), “*tendo ocorrido o leilão, o controle da empresa já foi arrematado pela quantia aproximada de 1,7 bilhões*” -, valor de vulto considerando-se, em particular, o cenário de crise econômica que assola o país nos últimos anos, de modo que, na prática, o que a decisão judicial fez foi inviabilizar o caminho politicamente escolhido pela administração estadual para mobilizar os recursos necessários ao exercício de seu múnus público.

Retomados e reafirmados os fundamentos da decisão recorrida, é o caso de se cotejar o decidido e os argumentos trazidos no recurso (Id. 7806322), verificando em que medida eles são capazes de impactar o anteriormente determinado.

Primeiro, sustentam os agravantes que a decisão foi além dos limites da suspensão de liminar, porque “*a ilustre Desembargadora Presidente do TRF da 3ª Região não apenas analisou o mérito, como enfrentou matérias que não estão relacionadas ao interesse público primário tutelado pela suspensão de segurança contra a Fazenda Pública*”; ainda, “*não cabe ao eminente Desembargador Presidente a reforma da decisão proferida pelo juízo a quo seja por error in iudicando, seja por error in procedendo*”, uma vez que “*Esta análise caberá apenas ao órgão constitucionalmente competente para a análise do recurso*”.

Reafirme-se, a esse respeito, distinção feita na determinação recorrida, pela qual se construiu fronteira clara entre, por um lado, os aspectos meritórios da ação subjacente – a exemplo da exigibilidade de se realizar audiências públicas em concessões tais como a da Hidrelétrica de Porto Primavera; ou, ainda, em que medida o ato realizado pelo concedente seria ou não suficiente para satisfazer referido requisito – e o que pertine à suspensão de liminar – ou seja, os efeitos que decorreram da decisão, em particular para a alienação do controle societário da CESPE.

É de se ressaltar, nessa direção, que o aspecto propriamente de fundo da demanda – reitere-se, a necessidade e pertinência da audiência pública para a concessão – não se traduziu em argumento favorável ou desfavorável à suspensão de liminar, porquanto não a pertine, adstringindo-se o decidido, nessa direção, na estrita análise dos impactos decorrentes da liminar para os bens legislativamente tutelados pela presente medida suspensiva, notadamente as ordens econômica e pública estaduais.

Segundo, argumentam os recorrentes que “*a lesão supostamente decorrente da decisão liminar da 2ª Vara Federal de Presidente Prudente/SP se refere a interesse público secundário e, em maior medida, interesse privado dos acionistas da CESP*”; ainda, que “*A própria agravada afirma que o dano é ‘possível’ em sua peça sem especificar ou comprovar de que forma isso atinge a economia pública*”; e que “*os efeitos da sentença exarada pelo juiz natural somente podem ser suspensos por decisão monocrática do desembargador*

*relator escolhido mediante livre distribuição após a interposição do recurso de apelação pelos interessados”.*

Quanto a referidos pontos, cabe destacar, de início, que a lesão identificada no provimento recorrido e ocasionada pela decisão de primeira instância foi expressamente relacionada não apenas ao aspecto patrimonial da operação propriamente dito – que teve muito mais o papel de dar uma dimensão do grau do dano –, mas também ao fato de que a ausência de referidos recursos, em um contexto de crise econômica, colocava em risco o caminho politicamente escolhido pelo Estado para conferir continuidade à prestação de serviços públicos:

“Nesse sentido, e tendo-se em conta o notório cenário de crise econômica que assola o país nos últimos anos – com a consequente diminuição na arrecadação de impostos de competência estadual, como demonstrado pelo requerente em sua inicial – tem-se que o provimento jurisdicional acabou por inviabilizar a solução politicamente encontrada para prover o erário com os recursos necessários à continuidade da prestação de serviços públicos, qual seja, a venda de empresa de sua propriedade.

Ademais, cumpre mencionar que, independentemente da avaliação que se faça quanto à conveniência político administrativa de referida privatização, fato é que esse foi o caminho escolhido pelo órgão competente para tanto, por meio das vias institucionais adequadas – quais sejam, a interlocução entre os Poderes Executivo e Legislativo –, não cabendo ao Judiciário imiscuir-se no ponto”.

Quanto à ausência de comprovação do dano, mencione-se que a suspensão de liminar é via processual com contornos próprios, em que não há dilação probatória, aspecto que, no mais, diz respeito à ação subjacente, na qual presentes os instrumentos próprios à análise daquilo que trazem às partes ao juízo. Nesse sentido, a análise feita no momento em que proferida a decisão recorrida – e cuja higidez se mantém –, foi de que a ausência de certeza a respeito da manutenção da concessão da Usina Hidrelétrica de Porto Primavera implicaria em decréscimo no valor oferecido pela Companhia Energética do Estado de São Paulo, na prática ou inviabilizando o leilão, ou reduzindo significativamente os benefícios dele colhidos.

Referida circunstância, por sua vez, foi interpretada como uma afetação à economia pública na medida em que a perda do significativo valor – estimado em 1,369 bilhão de reais e que, ao cabo, totalizou 1,7 bilhão de reais – traduzia-se, potencialmente, em “grave comprometimento das reservas financeiras da Fazenda Pública”, em que se tem afetação “a prestação dos serviços públicos essenciais” (Elton Venturi, *Suspensão de Liminares e Sentenças Contrárias ao Poder Público, Malheiros*, 3ª ed., 2017, pp. 207 e 214/215, respectivamente).

Vê-se, dessa forma, que o ponto foi devidamente fundamentado na decisão, utilizando-se dos elementos que são disponibilizados pela via da suspensão de liminar, que, no mais, adstringe-se aos efeitos da decisão recorrida, e tem eficácia limitada à prolação de decisão colegiada de órgão jurisdicional desta Corte na via ordinária, na qual referidos aspectos, ameadados nos autos subjacentes, poderão ser analisados de forma mais exauriente.

Por fim, quanto ao argumento de que os efeitos decorrentes da sentença só poderiam ser suspensos por Desembargador Federal Relator de recurso nesta Corte – a exemplo do que ocorreu nestes autos, em tutela provisória incidental, suspensa no Agravo de Instrumento nº 5009062-27.2018.4.03.0000 –, referida interpretação se dissocia da legislação aplicável à suspensão de liminar, que, transcrita na decisão recorrida, expressamente autoriza que a providência ocorra tanto em relação a decisões interlocutórias, quanto a sentenças.

A esse respeito, e exemplificadamente, o art. 4º, *caput* e § 1º, da Lei nº 8.437/1992, aplicável à hipótese uma vez que o feito subjacente se consubstancia em uma ação popular:

“Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. § 1º Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.

Por fim, quanto ao argumento do Ministério Público Federal (Id. 12967801), na direção de que “a *realização de audiência pública presencial no Município de Rosana pouco retardará o cronograma de privatização*”, reafirme-se que o contexto da suspensão de liminar aqui analisada não é o presente, mas o que remonta à época em que realizado o pedido pelos requerentes. Nessa direção, uma vez que a decisão jurisdicional foi prolatada às vésperas do leilão, inviabilizando-o, a realização de audiência pública presencial no município implicaria, naquele momento, na impossibilidade de se realizar o ato, materializando prejuízos às ordens econômica e pública, como acima argumentado.

Reafirmados, portanto, os argumentos da decisão recorrida, que se mantém hígida; bem como não se verificando, dos pontos trazidos no agravo, elementos capazes de infirmá-la, é o caso de se negar provimento ao regimental, mantendo-se a decisão recorrida.

Ante o exposto, conheço do agravo, rejeito as preliminares arguidas e, no mérito, nego provimento ao regimental.

*É o voto.*

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Presidente



## **AGRAVO DE INSTRUMENTO**

**5031720-45.2018.4.03.0000**

Agravante: DAVI DA ROCHA PAES

Agravados: JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO - JUCESP, C.D. RICO DE LIMA COMÉRCIO LTDA., CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 21/01/2020

### **EMENTA**

AGRAVO INTERNO. ANULAÇÃO DE REGISTRO DE EMPRESA. DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. SUSPENSÃO DE ANOTAÇÕES NEGATIVAS EM ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. ABSTENÇÃO DE COBRANÇA. ALEGAÇÃO DE FRAUDE. PLAUSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

I. O agravante sustentou que seu documento de identidade foi subtraído e, consequentemente, utilizado para a prática de fraude, sendo efetuada abertura de empresa e empréstimo com a Caixa Econômica Federal.

II. Compulsando os documentos juntados aos autos, verifica-se plausibilidade na alegação da parte. Há registro de Boletim de Ocorrência, as assinaturas na carteira de identidade e no contrato com a CEF são aparentemente diversas e houve a emissão de nova identidade em data anterior à utilização da antiga nos contratos firmados.

III. Até a apuração de eventual fraude, há urgência para o agravante, que tem o nome inscrito nos órgãos de proteção ao crédito e pode ter seus bens constritos. Não haverá risco para a instituição financeira que, caso não reste configurada a fraude, poderá retomar a cobrança da dívida.

IV. Num exame sumário dos fatos, adequado a esta fase processual, presentes os requisitos para a concessão da medida pleiteada, porquanto presentes a lesão grave ou de difícil reparação que poderiam derivar da decisão agravada.

V. Agravo interno a que se dá provimento.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

### **RELATÓRIO**

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Davi da Rocha Paes contra decisão que, em sede de “*ação anulatória de registro de empresa c/c declaração de inexistência de débito c/c indenização por danos morais*”, indeferiu a tutela de urgência que visava a suspensão das anotações negativas nos órgãos de proteção ao crédito e a abstenção da Caixa Econômica Federal de praticar qualquer ato de cobrança, constrição patrimonial ou negativação do ora agravante.

O agravante sustenta, em síntese, que foi vítima de fraude e figura indevidamente como sócio da empresa C.D. Rico de Lima Comércio Ltda. Alega que houve fraude na assinatura do ato constitutivo da sociedade empresária e na contratação de empréstimo com a Caixa Econômica Federal. Aduz que *“é notória a discrepância existente entre as assinaturas, evidenciando a fraude no instrumento de constituição da sociedade empresária. O recorrente não é sócio de nenhuma empresa, jamais tendo firmado contrato para este fim.”*. Neste contexto, aduz ser indevida a cobrança efetuada pela CEF e a inscrição de seu nome nos órgãos de proteção ao crédito. Pleiteia a reforma da r. decisão.

O pedido de antecipação da tutela recursal foi deferido.

Com contraminuta.

*É o relatório.*

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

### VOTO

Ao analisar o pedido de tutela antecipada, foi proferida a seguinte decisão:

No caso em tela, o agravante sustenta que seu documento de identidade foi subtraído e, consequentemente utilizado para a prática de fraude, sendo efetuada abertura de empresa e empréstimo com a Caixa Econômica Federal.

Compulsando os documentos juntados aos autos, verifico plausibilidade na alegação da parte. Há registro de Boletim de Ocorrência, as assinaturas na carteira de identidade e no contrato com a CEF são aparentemente diversas e houve a emissão de nova identidade em data anterior à utilização da antiga nos contratos firmados.

Ademais, até a apuração de eventual fraude verifico que há urgência para o agravante que tem o nome inscrito nos órgãos de proteção ao crédito e pode ter seus bens constritos. Porém, não haverá risco para a instituição financeira que, caso não reste configurada a fraude, poderá retomar a cobrança da dívida.

Neste cenário, em um exame sumário dos fatos adequado a esta fase processual, verifico presentes os requisitos para a concessão da medida pleiteada, porquanto presentes a lesão grave ou de difícil reparação que poderiam derivar da decisão agravada.

Diante do exposto, *defiro* a 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, devendo, portanto, ser mantida integralmente.

Diante do exposto, mantenho a decisão acima transcrita e, por isto, *dou provimento ao agravo de instrumento*.

*É como voto.*

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

## **AGRAVO DE INSTRUMENTO**

**5010176-64.2019.4.03.0000**

Agravante: ALEXANDRINI ADVOGADOS ASSOCIADOS  
Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS  
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA  
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/12/2019

### **EMENTA**

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXECUÇÃO INDIVIDUAL. ACP. VERBA HONORÁRIA. CABIMENTO. CRITÉRIOS. FIXAÇÃO POR EQUIDADE. ARTIGO 85, § 8º, DO CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1. Recurso conhecido, nos termos do parágrafo único, do artigo 1.015 do CPC.
2. Na fase de cumprimento de sentença, o pagamento de honorários de sucumbência, quando devidos, como é o caso dos autos, deve incidir sobre o proveito econômico obtido, que, no meu entendimento, corresponde à diferença do valor postulado pelo credor na petição de cumprimento de sentença e o definido como devido pelo Juízo, ou seja, a diferença entre o valor cobrado e aquele que se verificou efetivamente devido.
3. Portanto o entendimento majoritário da Corte Superior, é no sentido de dimensionar a verba honorária em cumprimento de sentença, como acima reproduzido, todavia, esta 10ª Turma orientou-se no sentido diverso, considerando como base de cálculo dos referidos honorários a diferença entre o valor calculado pela Autarquia e o homologado pelo Juízo.
4. Assim, reafirmo meu entendimento pessoal sobre a verba honorária calculada na diferença entre o valor executado e o reconhecido como efetivamente devido, que se tornou minoritário nesta E. Turma, e entendo prudente acompanhar o entendimento de meus pares ao qual adiro, com a ressalva já formulada.
5. No caso dos autos a diferença entre o valor apresentado pelo INSS (R\$ 9.567,80 - ID 10276662) e o valor apurado pela Contadoria do Juízo (R\$ 14.741,01 - ID 10894595) e homologado pelo R. Juízo *a quo* é de R\$ 5.173,21, de forma que os honorários advocatícios devem ser fixados em favor da parte agravante, no valor correspondente a 10% (dez por cento) sobre a diferença entre o valor apontado como excesso pelo INSS e o excesso efetivamente constatado, nos termos do artigo 85, § 2, do Código de Processo Civil.
6. Agravo de instrumento provido.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Turma, por unanimidade, decidiu dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

## RELATÓRIO

A Senhora Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Trata-se de agravo de instrumento interposto por Alexandrini Advogados Associados em face de r. decisão que, no PJE - cumprimento de sentença -, objetivando a execução individual do título executivo judicial proferido nos autos da ACP 001123782.2003.4.03.6183, acolheu parcialmente a impugnação do INSS determinando o prosseguimento da execução pela conta elaborada pela Contadoria do Juízo, no valor de R\$ 14.741,01, em 03/2018, deixando de fixar verba honorária, por entender se tratar de mero acerto de cálculos.

Sustenta o agravante, em síntese, a incidência de honorários advocatícios no caso dos autos, nos termos do artigo 85, parágrafo 7º, do CPC, bem como entendimento do E. STJ no REsp. 1648498- RS. Requer o provimento do recurso com a reforma da decisão agravada.

Intimado, nos termos do artigo 1.019, II, do CPC, o INSS/agravado não apresentou resposta ao recurso.

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

## VOTO

A Senhora Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Conheço do recurso, nos termos do parágrafo único, do artigo 1.015 do CPC.

O R. Juízo *a quo* acolheu parcialmente a impugnação ao cumprimento de sentença apresentada pelo INSS determinando o prosseguimento da execução pela conta elaborada pela Contadoria do Juízo, no valor de R\$ 14.741,01, em 03/2018, deixando de fixar verba honorária, por entender se tratar de mero acerto de cálculos.

É contra esta decisão que o agravante se insurge.

Razão lhe assiste.

Analisando o PJE originário, verifico se tratar de cumprimento de sentença objetivando a execução individual do título executivo judicial proferido nos autos da ACP 001123782.2003.4.03.6183. Consoante entendimento do E. STJ é cabível a fixação de honorários advocatícios nas execuções individuais advindas de ação civil pública ou ação coletiva:

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. CABIMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM EXECUÇÕES DE SENTENÇAS ORIUNDAS DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. REVISÃO DO VALOR DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. RAZÕES RECURSAIS INSUFICIENTES. AGRAVO DESPROVIDO.

1. É cabível a fixação de honorários advocatícios nas execuções individuais advindas de ação civil pública ou ação coletiva.
2. A revisão do valor arbitrado para os honorários advocatícios fixados com base no art. 20, § 4º, do CPC/1973 esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.
3. Razões recursais insuficientes para a revisão do julgado.
4. Agravo interno desprovido.

(3ª Turma STJ - AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 969.604 - MT (2016/0218626-4) RELATOR : MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE)”

O NCPC, acerca da verba honorária, assim dispõe em seu artigo 85:

“Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

§ 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisorio ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:

I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;

III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;

IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;

V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.

(...)

§ 7º. Não serão devidos honorários no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública que enseje expedição de precatório, desde que não tenha sido impugnada”. (...)

Na fase de cumprimento de sentença, o pagamento de honorários de sucumbência, quando devidos, como é o caso dos autos, deve incidir sobre o proveito econômico obtido, que, no meu entendimento, corresponde à diferença do valor postulado pelo credor na petição de cumprimento de sentença e o definido como devido pelo Juízo, ou seja, a diferença entre o valor cobrado e aquele que se verificou efetivamente devido.

Neste sentido, é o entendimento do E. STJ:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPUGNAÇÕES AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PREVENÇÃO. ART. 71, § 4º, DO RISTJ. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO, E REQUERIMENTO PELA PARTE ATÉ O INÍCIO DO JULGAMENTO DO RECURSO. PREVENÇÃO DE NATUREZA RELATIVA. SÚMULA 7/STJ. INAPLICABILIDADE. COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM AÇÃO DE CONHECIMENTO. SENTENÇA QUE DECLARA QUITADA A DÍVIDA E CONDENA OS RÉUS EM REPETIR O INDÉBITO. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO VALOR DECLARADO QUITADO. PROVEITO ECONÔMICO DA DEMANDA.

1. A competência traçada pelo art. 71 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça - RISTJ é de natureza relativa, porquanto regulada por regimento interno, de sorte que deve ser suscitada após a distribuição do feito até o início do julgamento, consoante disposição do parágrafo 4º do referido dispositivo regimental. Precedentes.



2. Versando o mérito do recurso especial acerca da interpretação do título executivo, sem a incursão nos elementos fático-probatórios dos autos, ressoa inaplicável o óbice contido na Súmula 7/STJ.

3. O juízo de liquidação pode interpretar o título formado na fase de conhecimento, com o escopo de liquidá-lo, extraindo-se o sentido e alcance do comando sentencial mediante integração de seu dispositivo com a sua fundamentação, uma vez que a mera interpretação do título nada acrescenta a ele e nada é dele retirado, apenas aclarando o exato alcance da tutela antes prestada.

4. Os honorários advocatícios, consoante a remansosa jurisprudência desta Corte Superior, devem ter como parâmetro o proveito econômico almejado pela parte demandante.

5. Dessa sorte, no caso dos autos, a interpretação do comando sentencial que melhor se harmoniza com a sua fundamentação e com o ordenamento jurídico, seja no aspecto processual seja no substancial, é a que também insere na base de cálculo dos honorários advocatícios o valor da dívida declarado quitado, mercê de refletir com exatidão o proveito econômico alcançado com a propositura da demanda.

6. Agravo regimental não provido.”

(Acórdão Número 2012.02.73332-0 201202733320 Classe AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – 1360424 Relator(a) LUIS FELIPE SALOMÃO Origem STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Órgão julgador QUARTA TURMA Data 25/02/2014 Data da publicação 11/03/2014 Fonte da publicação DJE DATA:11/03/2014).

Acrescento, também, os recentes julgados do E. STJ:

“(…)

V – Embargos de Declaração acolhidos, com atribuição de excepcionais efeitos infringentes, para dar parcial provimento ao recurso especial da servidora, fazendo incidir o reajuste de 28,86% sobre o pró labore de êxito por ela recebido, independentemente de esse percentual ter sido incorporado ao vencimento básico, e, por consequência, redimensionar a verba honorária, devida nos embargos à execução, para 10% (dez por cento) sobre a diferença entre o valor executado e o reconhecido como efetivamente devido.” (Acórdão Número 2016.03.24119-0 Classe EDRESP - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL - 1643811 Relator(a) REGINA HELENA COSTA Origem STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Órgão julgador PRIMEIRA TURMA Data 05/09/2019 Data da publicação 11/09/2019).

“(…) Quanto aos honorários advocatícios, “segundo a orientação desta Corte de Justiça, nos embargos à execução, os honorários advocatícios devem ser arbitrados de forma equitativa, nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil/1973, não ficando adstrito o juiz aos limites estabelecidos no § 3º, mas aos critérios naquele previstos, tendo como base de cálculo a diferença entre o valor executado e o reconhecido como efetivamente devido” (AgInt no AREsp 759.244/RJ, 1ª T., Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 05.02.2018).

“(…)

4. “Segundo a orientação desta Corte de Justiça, nos embargos à execução, os honorários advocatícios devem ser arbitrados de forma equitativa, nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil/1973, não ficando adstrito o juiz aos limites estabelecidos no § 3º, mas aos critérios naquele previstos, tendo como base de cálculo a diferença entre o valor executado e o reconhecido como efetivamente devido” (AgInt no AREsp 759.244/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe 05/02/2018). Nesse mesmo sentido: AgInt no REsp 1.465.953/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 26/09/2018; REsp 1.671.930/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe 30/06/2017.” (Acórdão Número 2018.03.01441-6 Classe AIRES - AGRAVO INTERNO

NO RECURSO ESPECIAL – 1780380 Relator(a) SÉRGIO KUKINA Origem STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Órgão julgador PRIMEIRA TURMA Data 24/06/2019 Data da publicação 27/06/2019).

Portanto o entendimento majoritário da Corte Superior, é no sentido de dimensionar a verba honorária em cumprimento de sentença, como acima reproduzido, todavia, esta 10ª Turma orientou-se no sentido diverso, considerando como base de cálculo dos referidos honorários a diferença entre o valor calculado pela Autarquia e o homologado pelo Juízo.

Assim, reafirmo meu entendimento pessoal sobre a verba honorária calculada na diferença entre o valor executado e o reconhecido como efetivamente devido, que se tornou minoritário nesta E. Turma, e entendo prudente acompanhar o entendimento de meus pares ao qual adiro, com a ressalva já formulada.

No caso dos autos a diferença entre o valor apresentado pelo INSS (R\$ 9.567,80 - ID 10276662) e o valor apurado pela Contadoria do Juízo (R\$ 14.741,01 - ID 10894595) e homologado pelo R. Juízo *a quo* é de R\$ 5.173,21, de forma que os honorários advocatícios devem ser fixados em favor da parte agravante, no valor correspondente a 10% (dez por cento) sobre a diferença entre o valor apontado como excesso pelo INSS e o excesso efetivamente constatado, nos termos do artigo 85, § 2, do Código de Processo Civil.

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO para fixar os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre a diferença entre os valores acima referidos.

É o voto.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

### **VOTO VISTA**

Cuida-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que rejeitou impugnação ao cumprimento de sentença.

A e. Relatora Desembargadora Federal Lucia Ursaia, embora tenha ressalvado entendimento pessoal em sentido contrário, acolheu o entendimento prevalente nesta 10ª Turma para dar parcial provimento ao agravo para fixar a verba honorária da fase de execução em 10% sobre a diferença entre o valor efetivamente apurado e aquele apresentado pela autarquia.

Passo a examinar a questão.

Acompanho a e. Relatora pela conclusão.

Com a devida vênia ao entendimento esposado pela Relatora neste agravo, entendo que a tese firmada pelo STJ em nada destoa daquela firmada pela Décima Turma no AI 5028163-50.2018.4.03.0000, transitado em julgado em 25.10.2019.

Aparentemente, trata-se de mera questão terminológica. Enquanto a E. Relatora utiliza a expressão “diferença entre o valor *executado* e o reconhecido como efetivamente *devido*” temos preferido utilizar os termos valor *alegado* e valor *apurado*.

Isto porque reservamos a expressão valor “executado” exclusivamente àquele montante apresentado pelo exequente, que move a execução.

De outro lado, a expressão valor “alegado” serve indistintamente às partes tanto para o valor inicialmente apresentado pelo exequente quanto para o valor apontado como devido pelo executado.

Longe de se tratar de preciosismo, o emprego correto destes termos tem repercussão matemática no cálculo dos honorários advocatícios, nos termos do Art. 86 do CPC, *in verbis*:

“Art. 86. Se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas.

Parágrafo único. Se um litigante sucumbir em parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e pelos honorários.”

Explico: quando o referido dispositivo fala em distribuição proporcional da verba honorária, naturalmente afasta a possibilidade de utilização de uma mesma base de cálculo para ambas as partes.

Isto porque distribuição proporcional significa que cada qual será condenado na parte em que fora vencido.

Para exemplificar a questão com números mais palatáveis, imagine-se o seguinte cenário: o exequente cobra dívida de R\$ 500.000,00 ao passo que o executado alega que o valor correto é R\$ 200.000,00. Ao final da liquidação acolhe-se o cálculo do contador em R\$ 400.000,00.

Neste cenário nenhuma das partes aproximou-se do *quantum debeatur* a ponto de se dizer que decaiu em parte mínima do pedido. De outro lado, para uma das partes (executado) a diferença de cálculos é 50% de desconto do valor apurado (R\$ 400.000,00 comparado aos R\$ 200.000,00 alegado).

Por outro lado, a diferença para o cálculo do exequente é de 25% de acréscimo do valor apurado. (R\$ 400.000,00 para R\$ 500.000,00).

A pergunta que não cala: embora uma das partes tenha alegado valor bem mais próximo que a outra, seria justo que ambas fossem hipoteticamente condenadas à mesma verba honorária, partindo da mesma base de cálculo?

Evidente que não.

Daí porque, aplicado o Art. 86 do CPC, temos que, na hipótese de sucumbência parcial, cada parte responde pelo montante em que fora vencida. Neste exemplo, a base de cálculo do exequente (que esteve mais próximo do *quantum debeatur*) é de R\$ 100.000,00 e a base de cálculo de quem esteve mais distante, o executado, é de R\$ 200.000,00.

Nestes termos, à luz do Art. 86 do CPC, o conceito de proveito econômico é calculado de forma diferente para cada uma das partes, observada a proporcionalidade em que cada uma fora vencida.

No caso concreto assim dispõe a decisão agravada:

“Trata-se de impugnação ao cumprimento de sentença na qual o INSS, nos termos do art. 535 do CPC, aduz que a conta *apresentada pela parte exequente* no montante de R\$14.889,45 para 03/2018 contém excesso de execução. Sustenta, em suma, que a parte exequente não observou o julgado pelo STF nas ADIN’s 4357 e 4425 quanto à aplicabilidade da Resolução CJF nº 134/2010 e a Lei 11.960/09 no que tange à correção monetária. *Entende* que o valor devido é R\$9.567,80 para 03/2018 (docs. 7210178).

(...)

Em vista do exposto, *acolho parcialmente* as arguições do INSS, e determino o prosseguimento da execução pela conta de liquidação elaborada pela Contadoria Judicial (doc. 10894595), no valor de R\$14.741,01 (catorze mil, setecentos e quarenta e um reais e um centavo) atualizado para 03/2018.

Tratando-se de mero acerto de cálculos, deixo de fixar verba honorária.”

Vê-se, portanto, que o exequente decaiu em parte mínima do pedido, sendo correta a condenação do INSS em 10% sobre a diferença entre o valor alegado/apresentado pela autarquia de R\$ 9.567,80 e o valor efetivamente apurado de R\$ 14.741,01, totalizando um excesso de execução alegado, mas não encontrado de R\$ 5.173,21, sobre o qual incide o percentual de 10% de honorários advocatícios.

Ante o exposto, pela conclusão, acompanho o voto da E. Relatora.

É o voto.

## **AGRAVO DE INSTRUMENTO**

**5019343-08.2019.4.03.0000**

Agravante: NESTLÉ BRASIL LTDA.

Agravado: INMETRO - INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/01/2020

### **EMENTA**

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. SUSPENSÃO DO PROTESTO. SUSPENSÃO/EXCLUSÃO DO CADIN. IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO NO BOJO DO PRÓPRIO FEITO EXECUTIVO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Embora haja precedentes desta Corte Recursal reconhecendo a competência do juízo da execução fiscal para analisar o pedido de suspensão do protesto quando decorrente de inscrição em dívida ativa com cobrança ajuizada, inviável que a discussão se dê no bojo do próprio feito executivo.

2. Necessário o ajuizamento de demanda própria, de caráter cognitivo, a fim de nela discutir a legalidade do protesto. Essa matéria, ainda que possa ter alguma relação com a execução - já que se refere ao mesmo débito -, não está compreendida nos limites da lide executiva, cujo objeto diz com a satisfação do crédito e não com a legalidade do protesto.

3. O mesmo raciocínio se estende ao pedido de suspensão/exclusão do cadastro de inadimplentes, que demanda prova do preenchimento dos requisitos legais, questão essa fora do escopo da demanda executiva.

4. Ainda que eventual negativa por parte do Fisco - o que não há sequer notícia nos autos - estivesse fundamentada na existência do processo executivo, isso não significa que a discussão possa ser nele travada, devendo o executado, se for o caso, manejar a ação adequada para ver atendida a sua pretensão.

5. Não se conhece do recurso no que concerne aos pedidos de suspensão da exigibilidade do crédito e de expedição de Certidão Positiva com Efeito de Negativa (artigos 151, inciso II, e 206 do Código Tributário Nacional), tendo em vista que não foram objeto da decisão agravada, sob pena de supressão de instância.

6. Agravo parcialmente conhecido e desprovido.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Turma, por unanimidade, conheceu em parte do agravo de instrumento e, nessa parte, por maioria, negou-lhe provimento, nos termos do voto do Relator, vencida a Des. Fed. CECILIA MARCONDES, que lhe dava provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator



## RELATÓRIO

*O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator):* Trata-se de agravo de instrumento interposto por *Nestlé Brasil Ltda.*, inconformada com a decisão proferida por meio do ID 18369244 dos autos da execução fiscal nº 5001210-30.2018.4.03.6182, ajuizada pelo *Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia - INMETRO* e em trâmite perante o Juízo da 2ª Vara de Execuções Fiscais Federal de São Paulo/SP, que indeferiu os pedidos de suspensão do título protestado e de suspensão/exclusão do cadastro de inadimplentes.

Alega o agravante, em síntese, que:

a) garantido o juízo, não há óbice para o deferimento do pleito de suspensão do registro junto ao CADIN, a teor do que dispõem os artigos 206 do CTN e 7º, inciso I, da Lei nº 10.522/2002 (ID 85171518 - Pág. 6).

b) é de competência do Juízo da execução fiscal analisar os pedidos acessórios, sobretudo em razão dos princípios da celeridade e da economia processual (ID 85171518 - Pág. 5);

c) não há que se falar em ausência de competência da Vara Especializada, haja vista que os títulos protestados são provenientes dos débitos que se encontram em discussão na execução fiscal e, portanto, de competência deste Juízo, nos termos do artigo 109, inciso I, da Constituição Federal (ID 85171518 - Pág. 8);

d) a jurisprudência deste Tribunal Regional Federal da Terceira Região vai ao encontro da sua pretensão.

A parte contrária apresentou contraminuta, oportunidade em que pugnou pelo desprovetimento do recurso (ID 90150802).

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

## VOTO

*O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator):* Versam os autos de origem sobre execução fiscal ajuizada pelo INMETRO em face de *Nestlé Brasil Ltda.*, para a cobrança de multa administrativa.

O recorrente ofereceu seguro garantia, objetivando a suspensão da dívida ativa. Em sede de tutela antecipada de urgência, postulou a expedição de Certidão Positiva com Efeito de Negativa, bem como a suspensão do título protestado e do registro no CADIN.

O MM. Magistrado de primeiro grau indeferiu os dois últimos pedidos, ao fundamento de que extrapolava a sua competência jurisdicional, devendo a parte executada utilizar-se da via judicial própria.

Dessa decisão foi interposto o presente agravo de instrumento, no qual o agravante requer seja declarada a competência do Juízo *a quo* para julgar os pedidos de suspensão do título protestado e da inscrição no CADIN e, conseqüentemente, seja suspensa a dívida ativa e expedida certidão de regularidade fiscal.

Com efeito, penso que o problema deve ser enfrentado sob duas vertentes: a da necessidade ou não do ajuizamento de demanda própria para discutir a questão do protesto; e a da competência para o processamento e o julgamento dessa mesma demanda.

Relativamente a esse último ponto, certo é que o pedido de suspensão do protesto guarda relação com a validade e a exigibilidade da dívida cobrada na ação de execução fiscal, o que poderia atrair a competência da vara especializada em execuções fiscais, ainda que não haja previsão expressa no Provimento CJF3R nº 25/2017 (que revogou o Provimento CJF3R nº 56/1991).

Como bem salientou a eminente Desembargadora Federal Cecília Marcondes, em caso análogo (AI 5031037-08.2018.4.03.0000, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 08/04/2019), não se trata de afirmar a competência absoluta da vara especializada para a apreciação do pedido de sustação de protesto, mas de não haver prejuízo processual às partes caso a matéria seja apreciada pelo juízo especializado, tratando-se de questão residual que poderia ser solucionada por este, sem prejuízo da competência da vara comum.

Na mesma linha, há outros precedentes desta Corte Recursal reconhecendo a competência do juízo da execução fiscal para analisar o pedido de suspensão do protesto quando decorrente de inscrição em dívida ativa com cobrança ajuizada. Confira-se:

“PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PEDIDO DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO FISCAL PARA ANALISÁ-LO.

- *A ação de execução por meio da qual a dívida protestada é cobrada encontra-se sob jurisdição do juízo a quo (artigo 109, inciso I, da CF). Cabe-lhe, portanto, examinar o pleito da respectiva sustação.*

- Agravo de instrumento provido, a fim de reformar a decisão agravada e reconhecer a competência do juízo *a quo* para examinar o pedido de suspensão do título protestado e consequentes efeitos.”

(AI 5023514-76.2017.4.03.0000, Relator Desembargador Federal ANDRE NABARRETE NETO, TRF3 - 4ª Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 11/07/2018) (grifei)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. SUSPENSÃO DO PROTESTO DA CDA. EXPEDIÇÃO DE CPEN. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES FISCAIS. CABIMENTO.

1. O protesto da CDA restou positivado no ordenamento jurídico com a inclusão do parágrafo único ao art. 1º da LEI Nº 9.492/1997, efetivado pela Lei nº 12.767/2012.

2. O C. Supremo Tribunal Federal, apreciando a constitucionalidade deste dispositivo, firmou a seguinte tese: “O protesto das Certidões de Dívida Ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política”.

3. *Tanto a sustação do protesto como a expedição de CPEN são temas que circundam a validade e a exigibilidade da CDA, não havendo qualquer prejuízo processual para as partes que tais questões sejam analisadas pelo juízo da execução fiscal.*

4. Assim, deve ser reformada a decisão agravada para o fim de declarar a competência do Juízo *a quo* para julgar o pedido de suspensão do título protestado e de expedição de CPEN, sendo inviável analisar tais temas neste recurso, sob pena de se configurar indevida supressão de instância.

5. Agravo de instrumento provido.”

(AI 5018687-85.2018.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, TRF3 - 6ª Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 04/04/2019) (grifei)

Entretanto, considero inviável que a discussão se dê no bojo da própria execução fiscal.

Nesse ponto, reputo necessário o ajuizamento de demanda própria, de caráter cognitivo, a fim de nela discutir a legalidade do protesto. Essa matéria, ainda que possa ter alguma relação com a execução - já que se refere ao mesmo débito -, não está compreendida nos limites da lide executiva, cujo objeto diz com a satisfação do crédito e não com a legalidade do protesto.

Por oportuno, trago à colação o seguinte entendimento jurisprudencial:

“CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE TÍTULO DE CRÉDITO CUMULADA COM CANCELAMENTO DE PROTESTO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONJUNTO PROBATÓRIO. IRREGULARIDADE DOS PROTESTOS DOS TÍTULOS. INOCORRÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA. HONORÁRIOS RECURSAIS. NÃO CABIMENTO. RECURSO IMPROVIDO.

[...]

3. *Importa anotar que o protesto de título trata-se de procedimento legítimo reservado ao credor, de forma a possibilitar a satisfação do seu crédito, razão pela qual só pode ser obstado por inequívoca demonstração de sua irregularidade. Precedentes.*

4. *Nesse sentido, para a sustação ou o cancelamento dos protestos faz-se necessário que, demonstre-se a existência de elementos probatórios que indiquem a nulidade dos títulos objeto da presente lide.*

[...]

13. Recurso improvido.”

(AP 0009964-21.2006.4.03.6100, Relator Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA, TRF3 - Primeira Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/06/2018) (grifei)

O mesmo raciocínio se estende ao pedido de suspensão/exclusão do cadastro de inadimplentes, que demanda prova do preenchimento dos requisitos legais, questão essa fora do escopo da demanda executiva.

Ainda que eventual negativa por parte do Fisco - o que não há sequer notícia nos autos - estivesse fundamentada na existência do processo executivo, isso não significa que a discussão possa ser nele travada, devendo o executado, se for o caso, manejar a ação adequada para ver atendida a sua pretensão.

Sobre o tema, cite-se:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. OBJETO. PEDIDO DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO, EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO NEGATIVO E EXCLUSÃO DO NOME DO DEVEDOR NO CADIN.

A ação de execução fiscal é o processo judicial mediante o qual se cobra forçadamente a dívida ativa da Fazenda Pública.

A ação de execução visa restaurar os direitos do credor lesado independente da vontade do devedor.

*Os atos praticados no processo de execução tem por objetivo a satisfação do crédito, mediante pagamento ou com a expropriação dos bens do devedor.*

*O Juízo das varas especializadas não devem apreciar pedidos estranhos à lide, tais como sustação de protesto, expedição de certidão positiva com efeito negativa e exclusão do nome do devedor no CADIN.*

Cabe ao executado aforar demanda com escopo de sustar protesto de outros débitos, bem como, na referida ação, querendo garanti-los, para que seja expedição de certidão positiva com efeito de negativa e a suspender a inclusão de seu nome no CADIN.

Agravo de instrumento a que se nega provimento.”

(AI 5023672-97.2018.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA, TRF3 - 4ª Turma, Julgado em 25/04/2019) (grifei)

“EXCLUSÃO DO CADIN. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. VIA INADEQUADA.

*A execução fiscal visa a realização dos atos tendentes à satisfação do credor, sendo descabida, nesta via, a discussão relativa a cancelamento/exclusão do executado do CADIN.”*

(AG 5016651-14.2016.4.04.0000, Relator OTÁVIO ROBERTO PAMPLONA, TRF4 - Segunda Turma, Data da Decisão: 07/06/2016) (grifei)

Assim, comungo com o entendimento adotado pelo Juízo *a quo*, no sentido de que cabe ao executado recorrer à via judicial própria para tanto, razão pela qual o recurso não merece acolhida.

Por fim, deixo de conhecer do recurso no que concerne aos pedidos de suspensão da exigibilidade do crédito e de expedição de Certidão Positiva com Efeito de Negativa (artigos 151, inciso II, e 206 do Código Tributário Nacional), tendo em vista que não foram objeto da decisão agravada, sob pena de supressão de instância.

Ante o exposto, CONHEÇO EM PARTE do agravo de instrumento e, nessa parte, NEGOLHE PROVIMENTO.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES. Trata-se de agravo de instrumento interposto por NESTLÉ BRASIL LTDA. contra decisão que, em sede de execução fiscal, indeferiu os pedidos de suspensão do título protestado e de suspensão/exclusão do cadastro de inadimplentes.

Adoto o relatório do eminente Relator.

Peço vênica ao e. Relator para divergir do bem lançado voto.

O Provimento CJP3R n. 25, de setembro de 2017, trata da competência das Varas Especializadas em Execuções Fiscais:

“Art. 1º Atribuir às Varas Especializadas em Execuções Fiscais, no âmbito da Justiça Federal da 3ª Região, competência para processar e julgar:

I - as ações de execução fiscal, bem como os respectivos embargos;

II - as medidas cautelares fiscais, previstas na Lei nº 8.397, de 6 de janeiro de 1992;

III - as ações e tutelas tendentes, exclusivamente, à antecipação de garantia da execução fiscal não ajuizada, mesmo quando já aforada, no Juízo cível, ação voltada à discussão do crédito fiscal.

§ 1º Intentadas as medidas previstas nos incisos II ou III, fica o Juízo Especializado prevento para a execução fiscal correspondente ao crédito acautelado ou garantido. (...)”

Ainda que não haja expressa menção quanto ao pedido em exame - sustação de protesto de CDA e inclusão no CADIN -, entendo que eventual ação proposta com essa finalidade poderia atrair a competência da Vara Especializada, visto que o protesto é decorrente das inscrições em dívida ativa.

Não se trata aqui de afirmação quanto à competência absoluta da vara especializada

para apreciação do pedido de sustação de protesto. Apenas não vejo prejuízo às partes caso referida questão seja apreciada pelo juízo especializado em face de eventual prorrogação de competência, uma vez que o pedido em análise tampouco atrai competência absoluta de outra vara, tratando-se de questão residual que poderia ser solucionada pelo juízo especializado, sem prejuízo, contudo, da competência da vara comum.

Ademais, há pronunciamento nesta E. Corte no sentido de se atribuir ao Juízo da execução fiscal a competência para analisar o pedido de sustação de protesto quando decorrente de inscrição em dívida ativa já em fase de execução fiscal. Confira-se a ementa do referido julgado:

PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PEDIDO DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO FISCAL PARA ANALISÁ-LO.

- A ação de execução por meio da qual a dívida protestada é cobrada encontra-se sob jurisdição do juízo *a quo* (artigo 109, inciso I, da CF). Cabe-lhe, portanto, examinar o pleito da respectiva sustação.

- Agravo de instrumento provido, a fim de reformar a decisão agravada e reconhecer a competência do juízo *a quo* para examinar o pedido de suspensão do título protestado e consequentes efeitos.

(TRF3, AI 5023514-76.2017.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE, 4ª Turma, e-DJF3 Judicial 1: 11/07/2018)

Por fim e não menos importante, ainda que a análise do pleito de sustação de protesto da CDA não interfira diretamente na exigibilidade do título, entendo que a exigência de propositura de demanda específica e incidental com a mesma finalidade representaria formalidade excessiva imposta ao contribuinte.

Apenas a título elucidativo, destaco que o protesto de Certidão de Dívida Ativa possui base legal no parágrafo único do artigo 1º da Lei 9.492/97, incluído pela Lei 12.767/2012:

“Art. 1º Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.

Parágrafo único. Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas.”

Descabe realizar maiores digressões sobre a constitucionalidade desse dispositivo legal, tendo em vista que o tema já foi objeto de exame pelo Supremo Tribunal Federal, o qual, no julgamento da ADI n. 5135, firmou a seguinte tese:

“O protesto das Certidões de Dívida Ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política”. (ADI 5135, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-022 DIVULG 06-02-2018 PUBLIC 07-02-2018)

Pelas razões colocadas, declaro a competência do Juízo especializado da Vara de Execuções Fiscais para analisar o pedido formulado pela executada nos autos de origem, que objetiva



evitar o protesto da CDA e a inclusão do débito no CADIN.

Ante o exposto, *dou provimento* ao agravo de instrumento.

É o voto.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES

## **CONFLITO DE COMPETÊNCIA**

**5020324-37.2019.4.03.0000**

Suscitante: JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA FEDERAL PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP

Suscitado: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA FEDERAL CÍVEL PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO – SP

Terceiro Interessado: LEO & JETEX INDÚSTRIA TÊXTIL LTDA.

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/12/2019

### **EMENTA**

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO CONTRA DECISÃO DO INSS CONCESSIVA DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRETENSÃO PARA IMEDIATA ANÁLISE DO PLEITO ADMINISTRATIVO. ATRAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESPECIALIZADO EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA. INOCORRÊNCIA. COMPETÊNCIA DO SUSCITADO.

1. Se o mandado de segurança discute, como no caso, apenas o direito à razoável duração do processo, pelo fato de o INSS demorar na apreciação de pedido ou recurso, sem incursão no próprio mérito do benefício previdenciário concedido e impugnado na via administrativa, a competência para processar e julgar o writ não é da vara previdenciária, mas da vara cível, segundo a jurisprudência consolidada da Corte.
2. Conflito negativo de competência procedente.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, O Órgão Especial, por unanimidade, julgou procedente o presente conflito negativo, para declarar a competência do suscitado, nos termos do voto do Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator). Votaram os Desembargadores Federais HÉLIO NOGUEIRA, CONSUELO YOSHIDA, SOUZA RIBEIRO, WILSON ZAUHY, DIVA MALERBI, BAPTISTA PEREIRA, ANDRÉ NABARRETE, MARLI FERREIRA, NEWTON DE LUCCA, PEIXOTO JÚNIOR, FÁBIO PRIETO, CECÍLIA MARCONDES, MAIRAN MAIA, NERY JÚNIOR e ANDRÉ NEKATSCHALOW. Ausente, justificadamente, o Desembargador Federal PAULO FONTES. , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

### **RELATÓRIO**

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo da 10ª Vara Federal Previdenciária de São Paulo contra decisão do Juízo da 6ª Vara Federal Cível de São Paulo, que declinou da competência a favor do suscitante, no mandado de segurança 5007670-51.2019.4.03.6100, impetrado para que o INSS analise contestação/recurso or-

dinário interposto pelo impetrante à decisão que concedeu benefício de auxílio acidente a seu empregado.

Designado o suscitante para tratar, em caráter provisório, de atos e medidas urgentes, foram dispensadas informações do suscitado, diante da suficiência dos elementos contidos nos autos.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

### VOTO

Senhores Desembargadores, o mandado de segurança 5007670-51.2019.4.03.6100 foi impetrado para determinar que o INSS analise, imediatamente, recurso interposto por empresa, contra decisão que concedeu benefício de auxílio acidente a empregado, sob alegação de que, decorridos 30 (trinta) dias da interposição, não houve decisão, contrariando assim o disposto no artigo 5º, XXXIII, CF/1988 e artigo 49 da Lei 9.784/1999.

De fato, embora ao interpor recurso administrativo perante o INSS, a impetrante objetive converter benefício concedido a seu empregado, de auxílio acidente para auxílio doença, no mandado de segurança objetiva-se tão somente determinar a imediata análise do recurso pela autoridade autárquica, sob alegação de descumprimento dos prazos legais (Lei 9.784/1999).

Conforme se verifica, a impetração não adentra na análise do mérito, relativo a direito ao benefício previdenciário, limitando-se a pleitear o cumprimento de prazos pela administração, bem como do princípio da eficiência e razoável duração do processo administrativo.

Desta forma, conforme já decidido pelo Órgão Especial desta Corte em hipóteses análogas, se a pretensão formulada referir-se ao descumprimento de prazos legais pela administração, objetivando compeli-la à observância do princípio da razoável duração do processo, não há atração da competência especializada em matéria previdenciária.

Neste sentido, os seguintes precedentes:

CC 5017791-42.2018.4.03.0000, Relator Des. Fed. LUIZ STEFANINI, DJe de 23/07/2019: “CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. DOMICÍLIO DO IMPETRANTE OU DO LOCAL DA SITUAÇÃO DA AUTORIDADE IMPETRADA. OBJETO DO “WRIT” QUE VISA TÃO SOMENTE À ANÁLISE PELO INSS DO PEDIDO ADMINISTRATIVO DENTRO DO PRAZO LEGAL, SEM ADENTRAR AO MÉRITO DO DIREITO DA PARTE AO BENEFÍCIO. COMPETÊNCIA DA SEGUNDA SEÇÃO DESTE TRIBUNAL. PRECEDENTE DO ÓRGÃO ESPECIAL

1. Da narrativa exposta na petição inicial do mandado de segurança subjacente, verifica-se que o seu objeto é tão somente que o requerimento administrativo de aposentadoria por tempo de contribuição NB 184.096.040-7 seja analisado com a devida celeridade, dentro do prazo legal, alegando a impetrante que já ultrapassado há muito aquele prazo sem que o INSS conclua a análise de seu pleito.
2. Assim, por meio do “writ” a impetrante não adentra à análise do seu eventual direito ao benefício.
3. Conforme decidido pelo C. Órgão Especial desta Corte, ‘se o pedido é fundado no dever da administração de cumprir os prazos legais e de respeitar os princípios da eficiência e da razoável duração do processo administrativo, a competência para processar e julgar a causa, no âmbito deste Tribunal Regional Federal, é das Turmas da 2ª Seção’.
4. Declínio da competência para a E. Segunda Seção deste Tribunal.”

CC 5007662-41.2019.4.03.0000, Rel. Des. Fed. ANDRE NEKATSCHALOW, DJe de 14/06/2019:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. ANÁLISE DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. COMPETÊNCIA DA 2ª SEÇÃO DO TRIBUNAL.

1. Os precedentes do Órgão Especial são no sentido de que *competete à 2ª Seção do Tribunal a análise de mandado de segurança em que não se postula a concessão de benefício previdenciário, mas que se determine à autoridade impetrada a análise de requerimento administrativo, sob o fundamento de que há excessiva demora da Autarquia, com descumprimento de prazos legais e desrespeito aos princípios da eficiência e da razoável duração do processo administrativo* (TRF da 3ª Região, Órgão Especial, CC n. 0003547-33.2017.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Nery Júnior, j. 11.04.18; CC n. 0003622-72.2017.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Nelton dos Santos, j. 25.10.17; CC n. 0014775-39.2016.4.03.0000, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 10.05.17).

2. No caso dos autos, postula a impetrante a concessão de segurança para que o Gerente Executivo do Posto do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS em Guarulhos ‘analise de vez o requerimento de Aposentadoria por Idade nº 41/177.911.216-2 apresentado pela Impetrante, concedendo o mesmo se for o caso, desde o requerimento administrativo ocorrido em 03/02/2017’.

3. Conflito de competência julgado procedente para declarar a 6ª Turma da 2ª Seção do Tribunal competente para a análise do reexame necessário em mandado de segurança.”

Ante o exposto, julgo procedente o presente conflito negativo, para declarar a competência do suscitado.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

## **APELAÇÃO CÍVEL**

### **5895620-08.2019.4.03.9999**

Apelantes: LUANA DOS SANTOS DIAS, MURILO SIQUEIRA DIAS, MARCIANO SIQUEIRA DIAS

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA VANESSA MELLO

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/01/2020

### **EMENTA**

EMBARGOS À EXECUÇÃO. FIDELIDADE AO TÍTULO. MODIFICAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE CORREÇÃO MONETÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ASSENTADO PELO STF NOS AUTOS DO RE 870.947. RECURSO DA PARTE EXEQUENTE PARCIALMENTE PROVIDO.

1. É sabido que o sistema processual civil brasileiro consagra o princípio da fidelidade ao título, conforme art. 475-G do CPC/1973 e art. 509, § 4º, do NCPC, segundo o qual a execução opera-se nos exatos termos da decisão transitada em julgado. Vide EDcl no AREsp nº 270.971-RS, DJE 28/11/2013; AResp nº 598.544-SP, DJE 22/04/2015.
2. A tese sustentada pela embargante em relação à Lei nº 11.960 /2009 resta superada. Por derradeiro, assinala-se que o STF, por maioria, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, decidiu não modular os efeitos da decisão anteriormente proferida, vide, RE 870.947, rejeitando todos os embargos de declaração opostos, conforme certidão de julgamento da sessão extraordinária de 03/10/2019.
3. Considera-se que, o título exequendo determinou a aplicação do Manual vigente à época para o cálculo da correção monetária, bem como a orientação fixada pelo STF, no sentido de que a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança revela-se inconstitucional, impondo-se a reforma do *decisum* impugnado, o qual determinou a aplicação da Lei n. 11.960/09.
4. Tendo o título exequendo determinado a aplicação do Manual vigente para o compute da correção monetária, deve ser observado os termos do assentado pelo STF nos autos do RE 870.947.
5. Deve o ente autárquico arcar com os honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da diferença entre o cálculo acolhido e o valor pretendido pelo embargante, a teor do art. 85, §§ 2º e 3º, do NCPC.
6. Recurso da parte exequente parcialmente provido.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento ao recurso de apelação da parte exequente, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Juíza Federal Convocada VANESSA MELLO - Relatora



## RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação, interposto pela parte exequente, em face de sentença que julgou procedente o pedido formulado nos embargos à execução opostos pelo ente autárquico, determinando a aplicação da Lei n. 11.960/09 no cálculo da correção monetária, a partir de sua vigência. Condenou a parte embargada ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da causa, observada a gratuidade processual.

Alega o recorrente, em síntese, que deve ser afastada a TR do cálculo da correção monetária, em razão de sua inconstitucionalidade, com a aplicação do INPC, nos termos da Resolução n. 267/13, do Conselho da Justiça Federal.

Decorrido, “in albis”, o prazo para contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

Em síntese, o relatório.

Juíza Federal Convocada VANESSA MELLO - Relatora

## VOTO

É sabido que o sistema processual civil brasileiro consagra o princípio da fidelidade ao título, conforme art. 475-G do CPC/1973 e art. 509, § 4º, do NCPC, segundo o qual a execução opera-se nos exatos termos da decisão transitada em julgado. Vide EDcl no AREsp nº 270.971-RS, DJE 28/11/2013; AResp nº 598.544-SP, DJE 22/04/2015.

Assim, o Magistrado deve conduzir a execução nos limites do comando expresso no título executivo.

No caso dos autos, verifica-se que o título exequendo determinou a aplicação da Resolução n. 267/13, do Conselho da Justiça Federal, para o cálculo da correção monetária.

A tese sustentada pela embargante em relação à Lei nº 11.960/2009 e os questionamentos envolvendo o resultado das ADIs 4357 e 4.425 restaram superados. Vale lembrar ter sido declarada a inconstitucionalidade por arrastamento do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, no que diz respeito à aplicação dos juros moratórios com base na TR em débitos de natureza tributária, bem como em relação à correção monetária pela TR apenas para atualização dos precatórios, isto é, quanto ao intervalo de tempo compreendido entre a inscrição do crédito e o efetivo pagamento, limitada à parte em que o texto legal estava vinculado ao art. 100, § 12, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 62/2009.

Posteriormente, o STF, nos autos do RE 870.947, reconheceu a existência de repercussão geral no tocante à questão da validade da correção monetária e dos juros moratórios incidentes sobre condenações impostas à Fazenda Pública, segundo os índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança, Taxa Referencial - TR. De acordo com o assentado, “na parte em que rege a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública até a expedição do requisitório (i. e., entre o dano efetivo/ajuizamento da demanda e a condenação), o art. 1º-F da Lei nº 9494/97 ainda não foi objeto de pronunciamento expresso do Supremo Tribunal Federal quanto à sua constitucionalidade e, portanto, continua em pleno vigor”. Vide RE n. 870.947, em 16/4/2015, Rel. Min. Luiz Fux.

Em 20 de setembro de 2017, o STF procedeu ao julgamento do RE 870.947, definindo duas teses de repercussão geral sobre a matéria. A primeira tese aprovada, referente aos juros

moratórios e sugerida pelo relator do recurso, ministro Luiz Fux, diz que “O artigo 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no artigo 1º-F da Lei 9.494/1997 com a redação dada pela Lei 11.960/2009.” Já a segunda tese, referente à atualização monetária, tem a seguinte dicção: “O artigo 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.” Confira-se a ementa do acórdão, publicada no DJe-262 em 20/11/2017:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTE SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CRFB, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DE CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA, QUANDO ORIUNDAS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CRFB, ART. 5º, CAPUT). RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput), no seu núcleo essencial, revela que o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, os quais devem observar os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito; nas hipóteses de relação jurídica diversa da tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto legal supramencionado.

2. O direito fundamental de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) repugna o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, porquanto a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.

3. A correção monetária tem como escopo preservar o poder aquisitivo da moeda diante da sua desvalorização nominal provocada pela inflação. É que a moeda fiduciária, enquanto instrumento de troca, só tem valor na medida em que capaz de ser transformada em bens e serviços. A inflação, por representar o aumento persistente e generalizado do nível de preços, distorce, no tempo, a correspondência entre valores real e nominal (cf. MANKIW, N.G. Macroeconomia. Rio de Janeiro, LTC 2010, p. 94; DORNBUSH, R.; FISCHER, S. e STARTZ, R. Macroeconomia. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 2009, p. 10; BLANCHARD, O. Macroeconomia. São Paulo: Prentice Hall, 2006, p. 29).

4. A correção monetária e a inflação, posto fenômenos econômicos conexos, exigem, por imperativo de adequação lógica, que os instrumentos destinados a realizar a primeira sejam capazes de capturar a segunda, razão pela qual os índices de correção monetária devem consubstanciar autênticos índices de preços.
5. Recurso extraordinário parcialmente provido.”

Por derradeiro, assinale-se que o STF, por maioria, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, decidiu não modular os efeitos da decisão anteriormente proferida, rejeitando todos os embargos de declaração opostos, conforme certidão de julgamento da sessão extraordinária de 03/10/2019.

Desse modo, considerando que o título exequendo determinou a aplicação do Manual vigente para o cálculo da correção monetária, bem como a orientação fixada pelo STF, no sentido de que a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança revela-se inconstitucional, impõe-se a reforma do julgado, por ter sido determinada a aplicação da Lei n. 11.960/09 para a devida atualização.

Portanto, tendo o título exequendo determinado a aplicação do Manual vigente à época, para o compute da correção monetária deve ser observado os termos do assentado pelo STF nos autos do RE 870.947.

Deve o ente autárquico arcar com os honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da diferença entre o cálculo acolhido e o valor pretendido pelo embargante, a teor do art. 85, §§ 2º e 3º, do NCPC.

Ante o exposto, *dou parcial provimento ao recurso de apelação da parte exeqüente*, para determinar a observância do assentado pelo STF nos autos do RE 870.947, no cômputo da correção monetária, condenando o INSS ao pagamento das verbas sucumbenciais, nos termos desta fundamentação.

É como voto.

Juíza Federal Convocada VANESSA MELLO - Relatora

# **Direito Processual Penal**







## **EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE**

**0002587-95.2016.4.03.6181**

Embargante: SAMANTA DE SOUZA

Embargada: JUSTIÇA PÚBLICA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/01/2020

### **EMENTA**

PENAL. PROCESSO PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. DESCABIMENTO DE DECRETAÇÃO DA PRISÃO DOMICILIAR EM CARÁTER PREVENTIVO OU COMO FORMA DE CUMPRIMENTO ANTECIPADO DA PENA. EMBARGOS INFRINGENTES PROVIDOS.

1. O E. Relator da Apelação Criminal, Des. Fed. José Lunardelli, suscitou questão de ordem para postergar o início da execução provisória da pena imposta à ré até o trânsito em julgado, considerando as circunstâncias do caso.
2. A 11ª Turma deste TRF da 3ª Região, por maioria, decidiu rejeitar a questão de ordem, entendendo, ademais, inadmissível a prisão domiciliar em substituição à pena privativa de liberdade imposta à ré.
3. Em razão do decidido pelo Supremo Tribunal Federal, é de se indeferir a execução provisória da sentença penal condenatória (STF, ADCs ns. 43, 44 e 54, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07.11.19).
4. Embargos infringentes providos.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dou provimento aos embargos infringentes para que prevaleça o voto vencido, iniciando-se a execução da pena imposta à ré após o trânsito em julgado, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 19 de dezembro de 2019.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

### **RELATÓRIO**

Trata-se de embargos infringentes interpostos por Samanta de Souza contra a decisão às fls. 345, 347/348 e 351/352, integrada às fls. 358/360, por meio da qual a 11ª Turma deste TRF da 3ª Região, por maioria, decidiu rejeitar a questão de ordem suscitada pelo E. Des. Fed. Relator José Lunardelli, com base no art. 33, III, do Regimento Interno desta Corte, para que se postergasse o início da execução da pena imposta à ré até o trânsito em julgado, nos termos do voto condutor do E. Des. Fed. Fausto de Sanctis, acompanhado pelo E. Des. Fed. Nino Toldo.

Alega, em resumo, o que segue:

a) a ré foi denunciada por prática do crime previsto no art. 33, § 1º, I, c. c. o art. 40, I, da Lei n. 11.343/06, por 4 (quatro) vezes, na forma do art. 71 do Código Penal, porque teria comparecido a quatro agências dos Correios e postado encomendas contendo cocaína;

b) a ré foi condenada em primeira instância às penas de 6 (seis) anos e 10 (dez) meses de reclusão, regime inicial semiaberto, e 682 (seiscentos e oitenta e dois) dias-multa, no mínimo valor unitário legal;

c) a 11ª Turma deste Tribunal, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação da ré para reduzir a pena-base ao mínimo legal e reconhecer a atenuante da confissão na fração de 1/6 (um sexto), reduzindo a pena para 6 (seis) anos e 27 (vinte e sete) dias de reclusão e 606 (seiscentos e seis) dias-multa;

d) embora a ré haja respondido ao processo em liberdade, no acórdão restou determinado o cumprimento da pena tão logo exauridos os recursos ordinários, “o que já ocorreu ante a interposição de Recurso Especial no caso dos autos” (cf. fl. 365);

e) assim, em 08.08.18, a defesa peticionou requerendo a concessão de prisão domiciliar à embargante, que é mãe de criança menor de 12 (doze) anos sob sua dependência, além de estar acometida de grave enfermidade;

f) o Relator da Apelação Criminal suscitou questão de ordem “para que se postergasse o início da execução da pena imposta à ré até o trânsito em julgado” (cf. fl. 365);

g) a questão de ordem foi rejeitada, por maioria de votos;

h) foram interpostos embargos de declaração e, com a juntada do voto vencido, restou suprimida a omissão alegada;

i) os presentes embargos infringentes cabem para impugnar a decisão proferida por força da questão de ordem suscitada, pois é decisão não unânime, desfavorável à ré e decorrente de recurso de apelação criminal;

j) deve prevalecer o entendimento do E. Relator da Apelação Criminal, haja vista que há “uma situação paradoxal se analisarmos a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no habeas corpus nº 143.641/SP em conjunto com o entendimento que permite o início da execução da pena com o julgamento da apelação” (cf. fl. 366);

k) cabe ampliar a interpretação decorrente do julgamento do *Habeas Corpus* n. 143.641 do Supremo Tribunal Federal a fim de que, em casos com o dos autos, em que a recorrente esteve solta durante todo o processo e é mãe de criança em tenra idade, possa permanecer em liberdade e com o seu filho até o trânsito em julgado;

l) o Ministério Público Federal já se manifestou a respeito da possibilidade de substituir a pena por prisão domiciliar, nos termos do art. 318, V, do Código de Processo Penal;

m) caso não seja acolhido o pedido de prisão domiciliar, merece acolhimento a solução dada pelo E. Relator, “que, atento a garantir o direito da criança, suscitou questão de ordem para que se postergue o início da execução da pena imposta a ré até o trânsito em julgado” (cf. fl. 367);

n) a solução não apenas protege a filha da recorrente, mas está em conformidade com o entendimento de que a execução da pena após o exaurimento da instância recursal não é automática, dependendo da análise do caso concreto e dos requisitos da prisão preventiva, não preenchidos no presente caso;

o) a ré respondeu ao processo em liberdade, possui residência fixa e recebe benefício de auxílio-doença, a demonstrar a ausência de qualquer intenção de se furtar à execução penal;

p) a 4ª Seção deste Tribunal é competente para decidir a questão de ordem, pois, como se trata de ré solta, ainda não há autos de execução penal nos quais seja possível pleitear a prisão domiciliar, sendo temerário aguardar a prisão para, só então, postular a substituição da pena (fls. 364/369).

O Ministério Público Federal, em contrarrazões, manifestou-se pelo parcial provimento dos embargos infringentes, para que a pena privativa de liberdade seja substituída por prisão domiciliar (fls. 374/380).

É o relatório.

Encaminhem-se estes autos ao revisor, nos termos regimentais.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

### VOTO

A ré Samanta de Souza foi condenada em primeira instância às penas de 6 (seis) anos e 10 (dez) meses de reclusão, regime inicial semiaberto, e 682 (seiscentos e oitenta e dois) dias-multa, no mínimo valor unitário, por prática do crime previsto no art. 33, c. c. o art. 40, I, da Lei n. 11.343/06, por 4 (quatro) vezes, conforme o art. 71 do Código Penal. Foi-lhe concedido o direito de recorrer em liberdade, haja vista a ausência dos requisitos da custódia preventiva e porque respondera ao processo em liberdade (fls. 258/264).

A ré apelou (fls. 269/274).

Ao julgar o recurso da ré, a 11ª Turma desde TRF da 3ª Região decidiu, por unanimidade, reduzir a pena-base e aplicar a atenuante da confissão, reduzindo a pena da acusada para 6 (seis) anos e 27 (vinte e sete) dias de reclusão, regime inicial semiaberto, e 606 (seiscentos e seis) dias-multa, no mínimo valor unitário, nos termos do voto do E. Relator, Des. Federal José Lunardelli, acompanhado pelo Des. Fed. Fausto de Sanctis que, no entanto, manifestou ressalva quanto à confissão. A 11ª Turma autorizou a execução provisória da pena após o exaurimento dos recursos processados por este Tribunal e a interposição de recursos aos Tribunais Superiores, expedindo-se carta de sentença (fls. 302/311).

A ré interpôs recurso especial (fls. 318/323).

A Subsecretaria da 11ª Turma formulou consulta ao E. Relator sobre como proceder para viabilizar o início da execução provisória, pois, com relação ao regime prisional inicial fixado (semiaberto), é necessária a expedição de mandado de prisão, e no acórdão que julgou a apelação não havia determinação acerca da expedição de referido mandado (fl. 324).

A ré formulou pedido de concessão de prisão domiciliar em substituição ao regime inicial semiaberto, haja vista, em síntese, ser a genitora e responsável por criança de 1 (um) ano de idade, além de possuir grave enfermidade (insuficiência renal crônica) cujo tratamento demanda a realização de hemodiálise três vezes por semana, consoante documentação apresentada (fls. 326/339).

O E. Relator, Des. Fed. José Lunardelli, suscitou questão de ordem, nos seguintes termos, para postergar o início da execução provisória da pena imposta à ré até o trânsito em julgado:

Julgada a apelação interposta pela ré SAMANTA DE SOUZA, a e. 11ª Primeira Turma desta Corte deu parcial provimento ao recurso para, mantendo a condenação imposta pela prática do delito do artigo 33, *caput* c.c artigo 40, I, ambos da Lei 11.343/06, por quatro vezes, na forma do artigo 71 do Código Penal, reduzir a pena definitivamente fixada para 06 (seis) anos

e 27 (vinte e sete) dias de reclusão e 606 (seiscentos e seis) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, a ser inicialmente cumprida em regime semiaberto, bem como determinada a execução provisória do julgado.

Às fls. 326/336 a ré, representada pela Defensoria Pública da União, pugna pela concessão de prisão domiciliar em substituição ao regime inicial semiaberto ao qual foi condenada, com respaldo na decisão prolatada pela Suprema Corte nos autos do Habeas Corpus 143.641. Por fim, caso não sejam acolhidos os fundamentos apresentados, pugna pelo cumprimento da pena em regime domiciliar, com amparo no artigo 318, II, do Código Penal, por ser portadora de grave insuficiência renal que demanda a realização de hemodiálise três vezes por semana. Às fls. 342/343 o Ministério Público Federal opinou pelo deferimento do pleito.

Breve relatório.

Conforme consignado quando do julgamento da apelação, 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, aplicou-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal, determinando a execução provisória da pena decorrente de acórdão penal condenatório, proferido em grau de apelação.

No entanto, vindo aos autos após o julgamento apelação documentos que comprovam ser a ré genitora de uma menor nascida em 29/09/2017, entendo por revisar o quanto determinado, pelas razões que passo a expor.

No julgamento do Habeas Corpus nº 143.641/SP, proferido pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, restou determinada “a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015)”, excetuados os casos de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas devidamente justificadas.

A decisão foi proferida levando-se em conta os interesses do menor, que se vê tolhido do convívio materno em face da determinação da prisão provisória.

Temos então uma situação paradoxal. De um lado, uma decisão da Suprema Corte que determina a execução provisória da pena decorrente de acórdão penal condenatório, proferido em grau de apelação. Ou seja, a decisão autoriza o cumprimento da pena fixada em decisão sem trânsito em julgado.

Por outro lado, há uma decisão que autoriza a substituição da prisão preventiva pela domiciliar para mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda. Em outras palavras, se determinada a execução provisória em caso como o dos autos, teremos a seguinte situação: uma criança, cuja mãe foi condenada por decisão não transitada em julgado, será privada do convívio materno. Por outro lado, uma criança cuja mãe ainda aguarda o julgamento, portanto também sem condenação definitiva, poderá tê-la por perto em razão da concessão da prisão domiciliar.

A meu ver, não há diferença entre os filhos dessas rés, na medida em que a presença da mãe na sua assistência é imprescindível para ambos.

Tendo em vista que a concessão da prisão domiciliar é determinada em benefício da criança e não deve haver tratamento desigual para duas crianças na mesma situação, entendo que o benefício da prisão domiciliar deve se estender para os casos de acórdão penal condenatório, proferido em grau de apelação, até o trânsito em julgado.

No caso dos autos, restou comprovado que a ré é genitora de uma criança nascida em 29/09/2017 (fl. 337).

Assim, a concessão do benefício da prisão domiciliar seria pertinente. No entanto, considerando que a ré respondeu ao processo em liberdade, inclusive lhe sendo garantido o direito de apelar nesta condição, sem que houvesse irresignação do Ministério Público Federal, proponho que se deixe de determinar a prisão domiciliar da ré e que se postergue o início da execução da pena imposta à ré até o trânsito em julgado.

Por tais razões, suscito, com supedâneo no artigo 33, inciso III, do Regimento Interno desta Corte, QUESTÃO DE ORDEM à apreciação desta C. Turma, para que se postergue o início da execução da pena imposta à ré até o trânsito em julgado.

Dispensada a lavratura do acórdão, nos termos do art. 84, parágrafo único, inciso IV e 86 § 2º do Regimento Interno desta Corte. (fls. 347/348)

No entanto, a 11ª Turma deste Tribunal, por maioria, decidiu rejeitar a questão de ordem suscitada, nos termos do seguinte voto divergente do E. Des. Fed. Fausto de Sanctis, que restou acompanhado pelo E. Des. Fed. Nino Toldo:

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS: na sessão de 23.10.2018 divergi do e. Relator, a fim de rejeitar a Questão de Ordem por ele apresentada no sentido de que se postergasse o início da execução da pena imposta à ré até o trânsito em julgado.

Passo aos fundamentos do meu voto.

Na sessão realizada em 22.05.2018, a Décima Primeira Turma, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento ao recurso da ré SAMANTA DE SOUZA, a fim de reduzir a pena-base ao mínimo legal, fazer incidir a atenuante da confissão espontânea, restando a pena fixada definitivamente em 06 (seis) anos e 27 (vinte e sete) dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, e pagamento de 606 (seiscentos e seis) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na data dos fatos, por infração ao artigo 33, *caput*, c.c. o artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006, por quatro vezes, na forma do artigo 71 do Código Penal (fls. 304/311). O acórdão foi disponibilizado no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região em 28.05.2018 (fl. 312).

A Defensoria Pública da União interpôs o Recurso Especial acostado às fls. 318/323.

Em razão do exaurimento dos recursos no âmbito desta Corte, a Subsecretaria da Décima Primeira Turma formulou consulta à fl. 324 como proceder para viabilizar o início do cumprimento da pena imposta à acusada.

Em petição juntada às fls. 326/339, a Defensoria Pública da União requereu a concessão de prisão domiciliar em favor da acusada, em substituição ao regime semiaberto ao qual foi condenada, tendo em vista ser ela genitora de criança com menos de 01 (um) ano de idade, além de ser portadora de grave enfermidade, consistente em insuficiência renal crônica.

O Ministério Público Federal, em manifestação acostada às fls. 342/343, opinou pelo deferimento do pedido, a fim de substituir a prisão preventiva por domiciliar, nos termos do artigo 318, inciso V, do Código de Processo Penal.

Todavia, em que pesem os argumentos elencados pela Defensoria Pública da União na petição acostada às fls. 326/339, o pedido de prisão domiciliar da ré SAMANTA DE SOUZA em substituição ao regime semiaberto ao qual foi condenada não merece prosperar.

Não desconheço que o E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus Coletivo nº. 143.641/SP, de 20.02.2018, determinou a substituição de prisão preventiva por domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes ou puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, enquanto perdurar essa condição, sem prejuízo de eventual aplicação concomitante das medidas alternativas à prisão previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, e executados os casos de crimes por elas praticados mediante violência ou grave ameaça contra seus descendentes ou, ainda, em casos excepcionais.

Esse entendimento restou incorporado pelo ordenamento jurídico pátrio tendo em vista as



alterações levadas a efeito pela Lei nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018, que introduziu o artigo 318-A no Código de Processo Penal, a fim de disciplinar a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, quando aquela for imposta à gestante, bem como à mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência.

Ocorre que, *in casu*, não se trata de prisão preventiva, mas de início da execução antecipada da pena, de modo que não se aplica ao caso a decisão do STF no HC 143.641/SP ou mesmo a disciplina correlata do Código de Processo Penal acima referida.

Nesse sentido, como consignado no acórdão às fls. 308 verso/309, no tópico “Da execução provisória da pena”, o Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44 e do Habeas Corpus nº 126.292/SP externou o entendimento de que esgotados os recursos ordinários em sede de Apelação, mostra-se possível a execução provisória do decreto condenatório.

Assim, tratando-se o presente caso de execução da pena e não de prisão preventiva, entendo ser incabível sua substituição pela prisão domiciliar.

Ante o exposto, divirjo do e. Relator, a fim de NÃO ACOLHER a Questão de Ordem.

É o voto. (fls. 351/352, destaques do original)

A ré interpôs, então, os presentes embargos infringentes para que prevaleça o voto vencido do E. Des. Fed. José Lunardelli, assegurando-lhe a execução da pena após o trânsito em julgado da condenação; pede, alternativamente, que lhe seja concedida a prisão domiciliar (fls. 364/369).

Assiste-lhe razão.

Em razão do decidido pelo Supremo Tribunal Federal, é de se indeferir a execução provisória da sentença penal condenatória (STF, ADCs ns. 43, 44 e 54, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07.11.19).

No mais, não é caso de acolher o pedido de prisão domiciliar com base no art. 318, V, do Código de Processo Penal: como ponderado no voto vencido, trata-se de modalidade de prisão provisória e, no presente caso, não há razões para o decreto da custódia cautelar da acusada, que respondeu ao processo em liberdade, acompanhou regularmente a instrução criminal e pôde apelar em liberdade.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO aos embargos infringentes para que prevaleça o voto vencido, iniciando-se a execução da pena imposta à ré após o trânsito em julgado.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

## **AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL**

**0000119-72.2019.4.03.0000**

Agravante: JORGE LUIS DA SILVA (réu preso)

Agravada: JUSTIÇA PÚBLICA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/01/2020

### **EMENTA**

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. SISTEMA PENITENCIÁRIO FEDERAL. PRESÍDIO DE SEGURANÇA MÁXIMA. INCLUSÃO OU RENOVAÇÃO DO PRAZO DE PERMANÊNCIA DO PRESO. COMPETÊNCIA PARA DECIDIR SOBRE ADMISSIBILIDADE DA INCLUSÃO/PRORROGAÇÃO. JUÍZO DE ORIGEM SOLICITANTE. COGNIÇÃO ESTREITA DO JUIZ FEDERAL SOLICITADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A inclusão ou a permanência de preso em presídio de segurança máxima constitui medida excepcional, que deve ser determinada por prazo determinado. A despeito disto, sucessivas renovações do prazo são admitidas, nos termos do artigo 10, §1º, da Lei nº 11.671/2008.

2. A verificação do mérito da inclusão/prorrogação compete ao juízo responsável pela execução penal do local da condenação; é ele quem realiza o juízo de admissibilidade da necessidade da transferência do preso para estabelecimento penal federal de segurança máxima ou da renovação do período de permanência.

3. Não compete ao Juiz Federal Corregedor do presídio de segurança máxima decidir sobre a necessidade, adequação e cabimento da inclusão de preso no sistema penitenciário federal. Cabe a ele, tão somente, examinar a regularidade formal da solicitação, em cognição estreita, ou seja, analisar os requisitos relativos às condições da unidade prisional.

4. Recurso desprovido.

### **ACÓRDÃO**

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

São Paulo, 20 de janeiro de 2020.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

### **RELATÓRIO**

Trata-se de agravo em execução penal interposto pela defesa de *Jorge Luis da Silva*, em face da decisão proferida pelo Juiz Federal da 5ª Vara de Campo Grande/MS, que indeferiu o pedido formulado pela defesa, que visava o retorno do agravante ao sistema penitenciário do Estado do Mato Grosso do Sul (fls. 229/230).

Em razões recursais de fls. 240/251, a defesa requer a revogação da decisão que incluiu o agravante na Penitenciária Federal de Mossoró/RN, com a determinação do imediato retorno ao Estado de origem, com os seguintes argumentos:

a) a decisão que autorizou a permanência do agravante no sistema penitenciário federal não apresentou fundamentos suficientes e claros que comprovem a necessidade de permanência do agravante no sistema penitenciário federal, em violação ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal;

b) o cumprimento de pena em presídio federal de segurança máxima constitui regime de exceção, em razão da rigorosa limitação a todas as liberdades;

c) não ficaram demonstrados, no caso concreto, os motivos justificadores da inclusão/permanência do interno em custódia de segurança máxima, em violação ao princípio da individualização da pena; e

O Ministério Público Federal apresentou contrarrazões (fls. 286/291) requerendo o desproimento do recurso.

Em juízo de retratação, o Magistrado de primeiro grau manteve a decisão recorrida (fls. 3-vº e 293).

Remetidos os autos a esta Corte Regional, a Procuradoria Regional da República manifestou-se pelo desproimento do agravo em execução (fls. 297/300-vº).

É o relatório.

Dispensada a revisão, a teor dos artigos 34 e 236, parágrafo único, do Regimento Interno desta Corte Regional.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

## VOTO

O agravo em execução penal *não comporta provimento*.

De início, observo que trata o presente feito de agravo em execução penal interposto pela defesa de *Jorge Luis da Silva* (fls. 238/239) contra a decisão proferida pelo Juízo da 5ª Vara Federal de Campo Grande/MS (fls. 229/230), que indeferiu o pedido formulado pela defesa - objetivando o retorno do agravante ao Sistema Penitenciário do Estado do Mato Grosso do Sul - ao argumento de que a discussão acerca da inclusão ou permanência do preso no Sistema Penitenciário Federal deve ser demandada no juízo solicitante (Juízo de Direito da 1ª Vara da Execução Penal da Comarca de Campo Grande-MS - fls. 8/9).

A questão controvertida refere-se ao âmbito de atuação do Juiz Federal Corregedor do presídio de segurança máxima (juízo solicitado) no momento da análise de pedido de inclusão ou renovação do prazo de permanência de preso no sistema penitenciário federal.

Ao Juízo Federal (a quem é solicitada inclusão ou prorrogação do período de permanência em presídio de segurança máxima) não compete realizar juízo de valor sobre as razões de fato emanadas pelo juízo solicitante, mas tão-somente o exame da regularidade formal da solicitação.

Consta dos autos que *Jorge Luis* “é conhecido por figurar entre os 06 (seis) maiores traficantes de drogas do Brasil procurados pela Polícia Federal (...)” e, ainda, que *Jorge Luiz* “pertence a uma facção criminosa, e atuava no tráfico internacional de drogas, sendo responsável pela logística do tráfico na fronteira entre o Brasil e a Bolívia” (fls. 10/11).

Decorre, ainda, que o Juízo de Direito da 1ª Vara de Execuções Penais da Comarca de Campo Grande/MS, atendendo ao pedido do Gerente de Inteligência da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário - AGEPEN/MS, autorizou a transferência de *Jorge Luis* para o Sistema Penitenciário Federal e determinou a expedição de ofício ao Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN, solicitando a concessão de vaga no Sistema Penitenciário Federal (fls. 8/9).

Posteriormente, o Juízo da 5ª Vara de Execuções Penais Federais Corregedor da Penitenciária Federal de Campo Grande/MS diante de solicitação feita pelo Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN, autorizou a inclusão temporária do apenado na Penitenciária Federal de Campo Grande/MS, até sua transferência para a Penitenciária Federal em Mossoró/RN (fl. 102).

Em decisão fundamentada, o Juízo da 5ª Vara de Execuções Penais Federais de Campo Grande/MS, ao considerar que a necessidade de inclusão ou permanência do preso no Sistema Penitenciário Federal deve ser demandada no juízo solicitante (Juízo de Direito da 1ª Vara de Execução Penal de Campo Grande/MS), bem como que o Juízo Corregedor da Penitenciária de Mossoró/RN é o responsável pela decisão definitiva, indeferiu os pedidos da defesa de *Jorge Luiz* (fls. 229/230).

Desta feita, entende que a discussão acerca da necessidade ou não da inclusão (ou da permanência) de preso no sistema penitenciário federal não deve ser demandada no Juízo Federal Corregedor do Presídio Federal e sim no juízo de origem.

A defesa de *Jorge Luiz* interpôs agravo em execução, em face da decisão que indeferiu o pedido de reconsideração da inclusão do apenado no Sistema Penitenciário Federal (fls. 238/251).

Em razão da transferência de *Jorge Luis* da Penitenciária Federal de Campo Grande/MS para a Penitenciária Federal de Mossoró/RN, ocorrida em 18/12/2018, instada a se manifestar, a defesa informou que permanece seu interesse no prosseguimento do agravo em execução (fls. 281/282).

Contrarrazões a fls. 285/291, por seu desprovimento.

O Juízo Federal da 5ª Vara de Campo Grande/SP manteve a decisão agravada que autorizou a prorrogação do prazo de permanência do apenado no sistema penitenciário federal (fl. 03-vº e 293).

Desta decisão foi interposto agravo em execução (fls. 238/251).

A Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/1984) dispõe que a pena privativa de liberdade pode ser cumprida em estabelecimento penal distante do local da condenação nos seguintes termos:

Art. 86. As penas privativas de liberdade aplicadas pela Justiça de uma Unidade Federativa podem ser executadas em outra unidade, em estabelecimento local ou da União.

§ 1º A União Federal poderá construir estabelecimento penal em local distante da condenação para recolher os condenados, quando a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio condenado.

Desse modo, a transferência e a inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima são regidas pela Lei nº 11.671/2008 que, por sua vez, foi regulamentada pelo Decreto nº 6.877/2009.

Com efeito, dispõe a Lei nº 11.671/2008:

Art. 4º A admissão do preso, condenado ou provisório, dependerá de decisão prévia e fundamentada do juízo federal competente, após receber os autos de transferência enviados pelo juízo responsável pela execução penal ou pela prisão provisória.

§1º A execução penal da pena privativa de liberdade, no período em que durar a transferência, ficará a cargo do juízo federal competente.

§2º Apenas a fiscalização da prisão provisória será deprecada, mediante carta precatória, pelo juízo de origem ao juízo federal competente, mantendo aquele juízo a competência para o processo e para os respectivos incidentes.

Art. 5º São legitimados para requerer o processo de transferência, cujo início se dá com a admissibilidade pelo juiz da origem da necessidade da transferência do preso para estabelecimento penal federal de segurança máxima, a autoridade administrativa, o Ministério Público e o próprio preso.

(...)

§2º Instruídos os autos do processo de transferência, serão ouvidos, no prazo de 5 (cinco) dias cada, quando não requerentes, a autoridade administrativa, o Ministério Público e a defesa, bem como o Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN, a quem é facultado indicar o estabelecimento penal federal mais adequado.

(...)

Art. 10. A inclusão de preso em estabelecimento penal federal de segurança máxima será excepcional e por prazo determinado.

§1º O período de permanência não poderá ser superior a 360 (trezentos e sessenta) dias, renovável, excepcionalmente, quando solicitado motivadamente pelo juízo de origem, observados os requisitos da transferência.

§2º Decorrido o prazo, sem que seja feito, imediatamente após seu decurso, pedido de renovação da permanência do preso em estabelecimento penal federal de segurança máxima, ficará o juízo de origem obrigado a receber o preso no estabelecimento penal sob sua jurisdição.

§3º Tendo havido pedido de renovação, o preso, recolhido no estabelecimento federal em que estiver, aguardará que o juízo federal profira decisão.

§4º Aceita a renovação, o preso permanecerá no estabelecimento federal de segurança máxima em que estiver, retroagindo o termo inicial do prazo ao dia seguinte ao término do prazo anterior.

§5º Rejeitada a renovação, o juízo de origem poderá suscitar o conflito de competência, que o tribunal apreciará em caráter prioritário.

§6º Enquanto não decidido o conflito de competência em caso de renovação, o preso permanecerá no estabelecimento penal federal.

Depreende-se dos dispositivos acima citados que a verificação do mérito da inclusão/prorrogação compete ao juízo responsável pela execução penal do local da condenação; é ele quem realiza o juízo de admissibilidade da necessidade da transferência do preso para estabelecimento penal federal de segurança máxima.

Após receber os autos de transferência do juízo de origem (solicitante), compete ao juízo federal corregedor do presídio federal (solicitado) proferir decisão prévia e fundamentada acerca da admissão do preso e demais aspectos formais da viabilidade do recolhimento, sem realizar juízo de valor sobre a motivação emanada pelo juízo solicitante da medida.

Em outros termos, não compete ao Juiz Federal Corregedor do presídio de segurança máxima decidir sobre a necessidade, adequação e cabimento da inclusão de preso no sistema penitenciário federal. Cabe a ele, tão somente, examinar a regularidade formal da



solicitação, em cognição estreita, ou seja, analisar os requisitos relativos às condições da unidade prisional.

Assim, não há falar-se em ausência de fundamentação da decisão proferida pelo Juiz Federal da 5ª Vara de Campo Grande/MS que indeferiu o pedido que visava o retorno de *Jorge Luis* ao sistema penitenciário do Estado do Mato Grosso do Sul.

E ainda que assim não fosse, a inclusão do apenado no sistema penitenciário federal é cabível e a necessidade da medida foi suficientemente demonstrada pelas autoridades de Campo Grande/MS, com observância do contraditório.

De fato, no caso concreto, ficou consignado que *Jorge Luis* demonstra perfil de preso perigoso. Sua alta periculosidade ficou comprovada pelo requerimento da Delegacia de Polícia Federal em Corumbá/MS, que constatou que o apenado é classificado como um dos seis maiores narcotraficantes procurados pela Polícia Federal, além de constar seu envolvimento com a organização criminosa Primeiro Comando da Capital - PCC (fls. 225/227).

Não se desconhece que a inclusão ou a permanência de preso em presídio de segurança máxima constitui medida excepcional, que deve ser aplicada por prazo determinado, entretanto, sucessivas renovações do prazo são admitidas, nos termos do artigo 10, §1º, da Lei nº 11.671/2008.

Não se mostra necessário trazer fatos novos para que se renove a permanência de preso em estabelecimento penal federal, desde que persistam os mesmos motivos de interesse de segurança pública que ensejaram sua inclusão no referido sistema.

Assim, persistindo as razões que ensejaram a transferência do agravante para o presídio federal de segurança máxima, como afirmado pelo juízo de origem, notadamente em razão da periculosidade concreta do apenado, é de ser mantida a decisão que renovou a permanência do mesmo na penitenciária federal.

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo em execução penal.

É como voto.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

## RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

**0000929-23.2019.4.03.6119**

Recorrente: JUSTIÇA PÚBLICA

Recorrido: EDSON DE OLIVEIRA VENANCIO

Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA LOUISE FILGUEIRAS

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/01/2020

### EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ARTS. 241-A E 241-B, AMBOS DO ECA. LIBERDADE PROVISÓRIA. AUSENTES REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA. PRESENÇA DE MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO. RECURSO DESPROVIDO.

1. No caso em tela, não há elementos concretos nos autos aptos à decretação da prisão preventiva. Não há nos autos certidão de antecedentes criminais, o que me leva a crer que o recorrido é primário e de bons antecedentes. Atente-se, ainda, que embora o réu não tenha apresentado comprovante de residência, ficou evidenciado que o mesmo fora abordado em sua residência, até porque a localização do réu no endereço indicado é requisito essencial para a manutenção da liberdade provisória.

2. Não se vislumbra a possibilidade de reiteração criminosa. Não há provas concretas, nos autos, ou ao menos indícios seguros de que a liberdade do acusado acarretará insegurança jurídica e lesão à ordem pública (periculosidade do agente para a sociedade, ameaça a testemunhas etc). Meras especulações e a gravidade abstrata do delito não pode ser fundamento para a prisão preventiva.

3. Não há notícia do envolvimento do acusado em organização criminosa voltada para a prática de tais delitos, nem tampouco notícia de registros criminais contra ele.

4. Não sendo a prisão medida indispensável à garantia da ordem pública, da ordem social ou aos interesses da Justiça, tem-se que a concessão da liberdade provisória é inteiramente adequada, desde que aliada a algumas medidas cautelares.

5. Cumpre apontar que na decisão que concedeu a liberdade provisória ao acusado foram fixadas pelo juiz *a quo* algumas medidas alternativas à prisão, nos termos do artigo 319 do CPP, tais como a) Comparecimento quinzenal perante este Juízo Federal para informar e justificar suas atividades e sempre que for intimado para atos do processo; b) Proibição de alterar a sua residência sem prévia permissão da autoridade processante; c) Proibição de sair do país sem anuência deste Juízo, inclusive para países do Mercosul nos quais a apresentação de passaporte não é obrigatória; d) Proibição de ausentar-se, por mais de 07 (sete) dias, da cidade de sua residência, sem solicitação a este Juízo, informando o lugar em que possa ser encontrado.

6. Diante do contexto fático-probatório produzido dos autos, entendo que não há espaço para a aplicação de mais medidas cautelares diversas da prisão, tendo em vista a sua desnecessidade, até porque as medidas alternativas à prisão fixadas pelo juízo *a quo* já são suficientes.

7. Não há como fiscalizar o cumprimento das medidas cautelares requeridas pelo Ministério Público Federal além daquelas já determinadas pelo juízo *a quo*.

8. Recurso da acusação a que se nega provimento. Indeferido o pedido do parecer ministerial.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso do Ministério Público Federal, bem como indeferir o pedido do parecer ministerial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 20 de janeiro de 2020.

Juíza Federal Convocada LOUISE FILGUEIRAS - Relatora

### RELATÓRIO

Trata-se de *Recurso em Sentido Estrito* interposto pelo *Ministério Público Federal* em face da decisão proferida pelo Juízo Federal da 5ª Vara Federal de Guarulhos/SP, que concedeu liberdade provisória ao réu, *Edson de Oliveira Venâncio*.

O réu foi preso, em sua casa, no dia 28 de março de 2019, no âmbito da operação denominada “Luz na Infância IV”, acusado pela prática dos crimes previstos nos artigos 241-A e 241-B, ambos Estatuto da Criança e do Adolescente, em consequência do cumprimento de mandados de busca e apreensão expedidos pela Justiça Estadual de São Paulo, nos autos do processo digital nº 1507337.49.2019.8.26.0050, apreenderam diversos aparelhos eletrônicos, contendo fotografias e vídeos de cenas pornográficas envolvendo crianças e adolescentes.

Na decisão de fls. 16/18vº, o Juízo *a quo* entendeu que, diante da fragilidade dos elementos de informações juntados aos autos no que se refere à materialidade delitiva, bem como da própria autoria, estão ausentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva, previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Inconformado, o *Ministério Público Federal*, em suas razões, requer a reforma da decisão, alegando que as segregações cautelares decorrem da necessidade de se garantir a ordem pública. Aduz, ainda, que não constam dos autos as folhas de antecedentes criminais, não comprovou adequadamente o exercício de atividade lícita e não juntou aos autos qualquer comprovante de residência.

Contrarrazões apresentada pelo réu (fls. 37/45).

A decisão recorrida foi mantida por seus próprios fundamentos (fl. 46).

Após, subiram os autos a esta E. Corte, onde o *Ministério Público Federal* opinou pelo desprovimento do recurso, requerendo, de ofício, seja agregada às condições já impostas, a medida cautelar diversa da prisão consistente na proibição ao réu de frequentar cibercafés ou estabelecimento similares, bem como evitar que o recorrido acesse a rede mundial de computadores e os conteúdos indevidos pelos quais ora responde à ação penal, ressalvada a necessidade de acesso à rede mundial de computadores para o exercício de atividades indispensáveis.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada LOUISE FILGUEIRAS - Relatora

## VOTO

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo *Ministério Público Federal* em face da decisão que concedeu liberdade provisória ao réu *Edson de Oliveira Venâncio*.

No caso, o réu Edson de Oliveira Venâncio foi denunciado pela prática dos crimes previstos nos artigos 241-A e 241-B, ambos do ECA, no âmbito da operação denominada “Luz na Infância IV”, em consequência do cumprimento de mandados de busca e apreensão expedidos pela Justiça Estadual de São Paulo, apreenderam diversos aparelhos eletrônicos, contendo fotografias e vídeos de cenas pornográficas envolvendo crianças e adolescentes.

Fundamentou o Juízo *a quo* sua decisão da seguinte forma (fls. 16/18vº):

Trata-se de pedido de LIBERDADE PROVISÓRIA, sem pagamento de fiança, formulado pelo réu EDSON DE OLIVEIRA VENÂNCIO, preso, em sua casa, no dia 28 de março de 2019, no bojo de operação intitulada “Luz na Infância IV”, acusado da prática dos crimes previstos nos artigos 241-B “caput” e 242-A “caput”, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente. Aduziu, em síntese, que não estão presentes no caso os requisitos legais que autorizam a manutenção da prisão preventiva, previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, notadamente porque o acusado a) exerce atividade laborativa lícita, de vendedor de produtos de borracharia; b) possui residência fixa; c) é primário e portador de bons antecedentes. Destacou, ainda, que o acusado nunca obstruiu a instrução processual, sendo certo que não é correto considerar a gravidade em abstrato do crime para fins de justificar tal medida cautelar, devendo, nesse ponto, ser considerada a presunção de inocência que milita em seu favor, dada a fragilidade das provas colacionada aos autos. Ao final, postulou concessão da liberdade provisória. Subsidiariamente, substituição da prisão cautelar por medidas diversas da prisão, nos termos do artigo 321 do CPP (fls. 02/10).

O Ministério Público Federal, instado a se manifestar, pronunciou-se pelo indeferimento do pedido. Em linhas gerais, destacou que a) a defesa do réu não trouxe aos autos elementos por meio dos quais se possa verificar alteração do conjunto fático-probatório que justificou a prisão preventiva; b) a gravidade em concreto dos fatos exige a prisão para a garantia da ordem pública; c) não constam dos autos folha de antecedentes criminais do acusado; d) as pesadas penas a que o acusado está sujeito ao final do processo levam à conclusão de que irá se ocultar, devendo-se resguardar a instrução processual; e) não constam dos autos comprovante de residência e de atividade lícita; f) os crimes em foco são cometidos na própria residência, de modo que se faz necessário garantir a ordem pública; g) ainda que houvesse a comprovação nos autos de residência fixa e ocupação lícita, ainda assim, dada a gravidade do caso, seria necessária a manutenção da medida extrema (fls. 14/15).

É O RELATÓRIO DO NECESSÁRIO.

DECIDO.

(...)

Com efeito, o acusado foi preso, em sua residência, no dia 28 de março de 2019, no bojo de operação intitulada “Luz na Infância IV”, acusado da prática dos crimes previstos nos artigos 241-B “caput” e 242-A “caput”, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente, porquanto, ao dar cumprimento de mandados de busca e apreensão expedidos pela Justiça Estadual de São Paulo, nos autos do processo digital n. 1507337-49.2019.8.26.0050, oriundo do IP n. 4017015/2019, os agentes policiais da Delegacia de Polícia de Defesa da Mulher, com apoio do 9º Distrito de Guarulhos, em busca domiciliar, apreenderam diversos aparelhos eletrônicos (descritos no auto de exibição/apreensão, de fls. 10/11), nos quais teriam sido localizados registros de endereços eletrônicos de sites; mídias (DVDs), entre outros aparelhos eletrônicos, contendo cenas de sexo e imagens pornográficas envolvendo crianças e adolescentes.

Contudo, superados mais de 45 (quarenta e cinco) dias da prisão do acusado, não aportaram

nos autos laudos periciais relativos a tais aparelhos eletrônicos e objetos apreendidos, nem mesmo constam dos autos outros elementos de informações por meio dos quais se possam concluir, com certa margem de segurança, pela existência da materialidade delitiva, tudo se resumindo às declarações dos agentes policiais responsáveis pela prisão e fotos do relatório policial que teriam sido tiradas dos equipamentos apreendidos (fls. 03/17, dos autos principais). Soma-se a isso o fato de que o Núcleo de Perícias Criminais da Capital e Grande São Paulo, responsável pela realização das perícias, em resposta a ofício deste Juízo, requisitando envio dos laudos, informou a impossibilidade de cumprimento imediato, justificando a demora pela ausência de servidores, grande volume de trabalho e debilidade na infraestrutura daquele órgão (fls. 64/66, dos autos principais). Por outro lado, verifica-se que, durante o interrogatório policial, o acusado negou a prática dos crimes, afirmando que, não obstante, eventualmente, acessasse sites pornográficos, não eram objeto de suas buscas aqueles que envolviam pornografia infantil, destacando, inclusive, ser contrário a tais condutas em razão de ser pai e avô (fls. 06-v, dos autos principais).

Nesse contexto, dada à inquestionável fragilidade dos elementos de informações até agora colacionada aos autos no tocante à materialidade delitiva, bem como da própria autoria, há de se concluir que estão ausentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva, medida extrema que, como dito, dada sua natureza excepcional de ultima ratio, só se justifica quando se fazem claros os requisitos constantes no artigo 312 do CPP, entre os quais, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

Destarte, nesse contexto, não vislumbro a necessidade e a adequação, extraordinárias em nosso sistema processual penal, relacionadas à manutenção do decreto da custódia provisória em desfavor do réu. Tudo isso considerado, ao menos por ora - registro que a prisão de caráter cautelar pode ser novamente decretada sempre que se constatar que voltaram a existir os motivos que lhe conferem legitimidade -, ACOLHO, parcialmente, manifestação da defesa e revogo a prisão preventiva do réu EDSON DE OLIVEIRA VENÂNCIO.

Por outro lado, pelo exposto, com fulcro no poder geral de cautela, já admitido na jurisprudência e atualmente decorrente do parágrafo único do art. 387 do CPP, com a reforma da Lei nº 11.719/2009, entendo que devem ser fixadas medidas cautelares em substituição à prisão preventiva, como forma de garantir a instrução processual bem como eventual aplicação da lei penal.

(...)

Assim sendo, o acusado deverá se apresentar neste Juízo (5ª Vara Federal de Guarulhos/SP), no prazo de 24 (vinte e quatro) horas após sua soltura, para prestar compromissos, assim como entregar seu passaporte (brasileiro ou de outra nacionalidade se tiver), ficando estabelecidas as seguintes condições, nos termos do art. 319 do CPP:

- a) Comparecimento quinzenal perante este Juízo Federal para informar e justificar suas atividades e sempre que for intimado para atos do processo;
- b) Proibição de alterar a sua residência sem prévia permissão da autoridade processante;
- c) Proibição de sair do país sem anuência deste Juízo, inclusive para países do Mercosul nos quais a apresentação de passaporte não é obrigatória;
- d) Proibição de ausentar-se, por mais de 07 (sete) dias, da cidade de sua residência, sem solicitação a este Juízo, informando o lugar em que possa ser encontrado;

Fica consignado que a não observância destes requisitos ou mesmo a não localização nos endereços indicados poderá redundar na consequente expedição de mandado de prisão.

Oficie-se às autoridades competentes comunicando que o denunciado não poderá deixar o país (art. 320 do CPP).

Expeça-se o alvará de soltura clausulado e termo de compromisso, devendo assinalar as medidas cautelares diversas da prisão impostas.

Ciência ao Ministério Público Federal.

Int.



A prisão cautelar exige a presença de dois pressupostos, quais sejam, o *fumus commissi delicti* consistente na plausibilidade do direito de punir, caracterizada pela prova da materialidade e indícios de autoria e, o *periculum libertatis* consistente no perigo concreto que a permanência dos suspeitos em liberdade acarretaria para a investigação criminal, efetividade do direito penal e segurança social.

Recaem sobre o recorrido duas imputações de prática delitiva, o que ensejou a expedição de mandado de busca e apreensão em sua residência em 29.03.2019.

No caso em tela, reputo que não há elementos concretos nos autos aptos à decretação da prisão preventiva.

Como se sabe, a prova da materialidade, indícios de autoria ou a gravidade abstrata do crime, por si sós, não são suficientes para um decreto preventivo.

Não há nos autos certidão de antecedentes criminais, o que me leva a crer que o recorrido é primário e de bons antecedentes. Atente-se, ainda, que embora o réu não tenha apresentado comprovante de residência, ficou evidenciado que o mesmo fora abordado em sua residência, até porque a localização do réu no endereço indicado é requisito essencial para a manutenção da liberdade provisória.

Não vislumbro aqui a possibilidade de reiteração criminosa. Não há provas concretas, nos autos, ou ao menos indícios seguros de que a liberdade do réu, ora recorrido, acarretará insegurança jurídica e lesão à ordem pública (periculosidade do agente para a sociedade, ameaça a testemunhas etc).

No mais, sobre o ponto específico da alegação de resguardo da ordem pública, bem como o comprometimento da instrução criminal e o êxito da aplicação da lei penal, a jurisprudência iterativa do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que: “(...) *inexistência de elementos concretos de perturbação ao regular andamento do processo, ou de fatos que representem risco à aplicação da lei penal. Razões que não autorizam a prisão cautelar. Ofensa ao art. 5º, LVII, da CF. Precedentes. É ilegal o decreto de prisão preventiva baseado em suposta exigência do clamor público e da credibilidade da justiça, para restabelecimento da ordem social abalada pela gravidade do fato, bem como aquele fundado na conveniência da instrução criminal ou na garantia de aplicação da lei penal, sem elementos concretos de perturbação ao regular andamento do processo ou de risco de fuga do acusado*” (HC 98776, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 08/09/2009, DJe-195 DIVULG 15-10-2009 PUBLIC 16-10-2009 EMENT VOL-02378-03 PP-00546).

Da mesma forma, não há notícia do envolvimento do denunciado em organização criminosa voltada para a prática de tais delitos, nem tampouco notícia de novos registros criminais contra ele após a descoberta do delito apurado nesta sede.

O pedido de prisão preventiva formulado pela acusação fundamenta-se na tese de que a segregação cautelar é imprescindível à garantia de ordem pública, bem como para evitar reiteração criminosa.

No entanto, as alegações do *Ministério Público Federal* não passam de especulações, sem nenhuma prova concreta de que o acusado possa voltar a praticar o delito ou que esteja praticando “*outros crimes mais graves e violentos*”.

A prisão preventiva não pode ter como fundamento a gravidade em abstrato do delito supostamente praticado ou a mera probabilidade do acusado voltar a delinquir.

Nesse sentido:

*HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRONÚNCIA. CUSTÓDIA MANTIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE CONCRETA FUNDAMENTAÇÃO. MOTIVAÇÃO FULCRADA EM CONJECTURAS E NA GRAVIDADE DO DELITO. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA NÃO DEMONSTRADA. EXCESSO DE PRAZO. TESE PREJUDICADA. PRECEDENTES DO STJ.*

1. Na hipótese, o julgador, tanto no decreto de prisão preventiva como na sentença de pronúncia - confirmada pelo Tribunal *a quo* -, não elencou qualquer fato concreto apto a justificar a custódia excepcional em relação ao paciente, mas tão-somente se apoiou em juízos de mera probabilidade e na gravidade do delito.

2. A gravidade em abstrato do delito, dissociada de qualquer outro elemento concreto e individualizado, não tem, de per si, o condão de justificar a custódia cautelar. É imprescindível, portanto, que custódia cautelar seja complementada por motivação válida e aliada a um dos requisitos legalmente previstos.

3. Outrossim, argumentos abstratos, desprovidos de qualquer suporte fático, sobre a necessidade de resguardar a integridade física das testemunhas, não podem respaldar a prisão provisória.

4. O exame da tese defensiva de excesso de prazo no julgamento popular, em razão do reconhecimento da ilegalidade do decreto judicial constitutivo de liberdade, encontra-se prejudicado.

5. Precedentes do STJ.

6. Ordem concedida para revogar a prisão cautelar do ora paciente, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de eventual decretação de prisão preventiva devidamente fundamentada.

(HC 200500307602, LAURITA VAZ, STJ - QUINTA TURMA, DJ DATA:20/06/2005 PG:00323 ..DTPB:.)

Desta sorte, não se verificam motivos para a revogação da liberdade provisória, uma vez que não há dados que permitam inferir que haja alta probabilidade de reiteração das condutas imputadas, de modo a causar ameaça à ordem pública, tampouco atitudes que revelem a intenção de obstar a aplicação da lei penal.

Desse modo, não sendo a prisão medida indispensável à garantia da ordem pública, da ordem social ou aos interesses da Justiça, tem-se que a concessão da liberdade provisória é inteiramente adequada, desde que aliada a algumas medidas cautelares.

Cumpre apontar que na decisão que concedeu a liberdade provisória ao acusado foram fixadas pelo juiz *a quo* algumas medidas alternativas à prisão, nos termos do artigo 319 do CPP, tais como a) Comparecimento quinzenal perante este Juízo Federal para informar e justificar suas atividades e sempre que for intimado para atos do processo; b) Proibição de alterar a sua residência sem prévia permissão da autoridade processante; c) Proibição de sair do país sem anuência deste Juízo, inclusive para países do Mercosul nos quais a apresentação de passaporte não é obrigatória; d) Proibição de ausentar-se, por mais de 07 (sete) dias, da cidade de sua residência, sem solicitação a este Juízo, informando o lugar em que possa ser encontrado;

A par disso, o *Ministério Público Federal* opinou em seu parecer pela manutenção da liberdade dos acusados desde que impostas mais medidas cautelares alternativas à prisão, tais como a) proibição ao réu de frequentar cibercafés ou estabelecimento similares; b) evitar que o recorrido acesse a rede mundial de computadores e os conteúdos indevidos pelos quais ora responde à ação penal, ressalvada a necessidade de acesso à rede mundial de computadores para o exercício de atividades indispensáveis.

Diante do contexto fático-probatório produzido dos autos, entendo que não há espaço para a aplicação de mais medidas cautelares diversas da prisão, tendo em vista a sua

desnecessidade, até porque as medidas alternativas à prisão fixadas pelo juízo *a quo* já são suficientes.

Além disso, não há como fiscalizar o cumprimento das medidas cautelares requeridas pelo Ministério Público Federal além daquelas já determinadas pelo juízo *a quo*.

Por fim, vale ressaltar, por oportuno, a ausência de elementos de informações nos autos acerca da materialidade delitiva, bem como da própria autoria do crime, como bem asseverou o magistrado *a quo*.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso do Ministério Público Federal, bem como indefiro o pedido do parecer ministerial.

É o voto.

Juíza Federal Convocada LOUISE FILGUEIRAS - Relatora

# **Direito Tributário**







## **APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO**

**0000146-91.2010.4.03.6104**

Apelante: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Apelada: UNIFISA - ADMINISTRADORA NACIONAL DE CONSÓRCIOS LTDA.

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSON DI SALVO

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/01/2020

### **EMENTA**

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - CONSÓRCIO - SUCESSÃO - ARTIGO 133 DO CTN - NÃO OCORRÊNCIA - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA - REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDA PARA REDUZIR OS HONORÁRIOS FIXADOS.

1. Discute-se se a embargante seria sucessora de Consórcio Nacional Litoral S/C Ltda. em sua atividade empresarial.

2. Para a caracterização da responsabilidade prevista no artigo 133 do Código Tributário Nacional faz-se necessária a prova da aquisição do fundo de comércio ou de estabelecimento comercial, industrial ou profissional, a indicar a figura da sucessão de atividade empresarial, coisa distinta da mera sucessão da empresa (tratada no art. 132 do CTN).

3. Desde a edição da Lei n. 8.177, de 1º.03.1991, os grupos de consórcio submetem-se à autorização e à fiscalização do Banco Central do Brasil, a quem incumbe a normatização de suas operações.

4. Por definição do artigo 1º, *caput*, do Regulamento anexo à Circular n. 2.766, de 03.07.1997, do Banco Central do Brasil, “consórcio é uma reunião de pessoas físicas e/ou jurídicas, em grupo fechado, promovida pela administradora, com a finalidade de propiciar a seus integrantes a aquisição de bem, conjunto de bens ou serviço turístico por meio de autofinanciamento” e o § 5º do artigo 1º do mesmo diploma normativo dispõe que “um grupo é autônomo em relação aos demais, possuindo patrimônio próprio, que não se confunde com o da administradora”.

5. Posteriormente, foi editada a Lei n. 11.795, de 08.10.2008, que passou a tratar especificamente sobre o sistema de consórcio, que dispõe em seu art. 5º, *caput*, que “A administradora de consórcios é a pessoa jurídica prestadora de serviços com objeto social principal voltado à administração de grupos de consórcio, constituída sob a forma de sociedade limitada ou sociedade anônima, nos termos do art. 7º, inciso I.” e em seu § 5º que “os bens e direitos adquiridos pela administradora em nome do grupo de consórcio, inclusive os decorrentes de garantia, bem como seus frutos e rendimentos, não se comunicam com o seu patrimônio”.

6. Constata-se dos autos que o Consórcio Nacional Litoral S/C Ltda. transferiu a administração de 11 grupos de consórcio para a ora embargante, Unifisa Administradora de Consórcios Ltda; a transferência foi submetida à Assembleia Geral Extraordinária de consorciados, sob fiscalização do Banco Central do Brasil, a qual aprovou a transferência da administração dos referidos grupos de consórcios à embargante. Isso não legitima a embargante como parte para responder pelos débitos de Consórcio Nacional Litoral S/C Ltda pois, tanto na dicção da legislação anterior, quanto na redação da Lei n. 11.795/2008, depreende-se que consórcio é a reunião de pessoas naturais e

jurídicas em grupo, autônomo em relação aos demais, que possui patrimônio próprio, que não se confunde com o de outro grupo, nem com o da própria administradora. Já a administradora de consórcio é gestora dos negócios dos grupos e de mandatária de seus interesses e direitos.

7. Não restou configurada qualquer das hipóteses previstas no art. 133 do Código Tributário Nacional, porquanto o grupo de consórcio é uma entidade não personificada, ao passo que a administradora do grupo de consórcio é apenas a entidade prestadora de serviços que o administra, não sendo legítima proprietária da coisa administrada, o que leva ao reconhecimento da ilegitimidade da embargante para responder pelo débito, prejudicadas as demais alegações.

8. Adequação da verba honorária para evitar enriquecimento sem causa que é tema constitucional (STF, AI-AgR182458, rel. Min. Marco Aurélio, Data da Decisão: 04/03/1997); condenação da União em honorários reduzida para R\$ 30.000,00, reajustáveis conforme a Res. 267/CJF.

10. Remessa oficial parcialmente provida.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal JOHONSON DI SALVO - Relator

### **RELATÓRIO**

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johonsom di Salvo, Relator:

Trata-se de embargos à execução opostos em 07/01/2010 por UNIFISA ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIO em face de execução fiscal ajuizada pela UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL) visando a cobrança de dívida ativa (EF 2003.61.04.007164-0, 2003.61.04.007075-1, 2003.61.04.007187-3 e 2003.61.04.007188-3) em face do CONSÓRCIO LITORAL S.C. LTDA., na qual a ora embargante fora incluída no polo passivo.

Narra a embargante que a sua inclusão no polo passivo da execução fiscal foi determinado por ter o MM. Juiz acolhido o pedido da exequente ao argumento de que a embargante teria adquirido o fundo de comércio do consórcio executado. Afirmar que em 24/12/2001 foi decretada a liquidação extrajudicial do CONSÓRCIO LITORAL S.C. LTDA. sem que a UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL) tenha habilitado seu crédito. Alega a falta de interesse para agir, uma vez que não foi demonstrado que o devedor originário não tem patrimônio.

A autora argumenta com a insubsistência dos títulos executivos, pois ocorreu apenas uma falta de apresentação de documentos pelo devedor, e o crédito deveria seguir a sistemática do lucro arbitrado e não o de omissão de receitas, bem como pelo fato de que o IRPJ deve incidir sobre a renda, não sendo possível o lançamento somente com base em extratos bancários, uma vez que os valores movimentados destinavam-se ao adimplemento das obrigações dos grupos administrados, sendo que apenas uma ínfima parcela desses valores eram renda do consórcio.

No mais, sustenta a inaplicabilidade ao caso do disposto no artigo 133 do CTN. Argumenta que o grupo consorcial não pertence à administradora e o grupo consorcial é quem

escolhe a administradora; dessa forma, os consorciados, após assembleia, substituíram sua administradora, não tendo ocorrido qualquer negócio jurídico entre a embargante e a devedora originária e, ademais, quando ocorreu a substituição o consórcio executado continuava em atividade. Afirma que o negócio jurídico ocorrido passou pelo crivo do Banco Central do Brasil.

Ainda, deduz que deve haver prova inequívoca de aquisição de fundo de comércio, o que não houve no caso dos autos e alega ainda que a embargante não efetuou pagamento algum pela carteira de clientes da executada.

Afirma ainda que vários tributos executados têm fato gerador em data posterior à assunção da administração pela embargante, o que exclui sua responsabilidade por tais tributos.

Alega que mesmo que a UNIFISA fosse sucessora para fins tributários, deve prevalecer o disposto no inciso II do artigo 133 do CTN, segundo o qual a responsabilidade seria no máximo subsidiária.

Por fim, insurge-se quanto a multa punitiva aplicada e quanto a taxa SELIC.

Valor atribuído à causa: R\$ 5.794.648,87.

Em sua impugnação a embargada inicialmente alega irregularidade na representação processual da embargante.

No mais, afirma que a embargante é sucessora da empresa inicialmente executada e em razão disso foi solicitada a sua inclusão no polo passivo das execuções. Ainda, que a embargante não trouxe documentos aos autos para confirmar que no período de 1998 a 2002 as rendas auferidas não se referem aos grupos de consórcio por ela administrados.

Sustenta que os débitos apurados em desfavor do devedor original em razão de sua atividade empresarial, sem qualquer relação com os bens e valores pertencentes aos grupos administrados, motivo pelo qual a sucessora não pode pretender desonerar-se do débito.

Defende também que a embargante adquiriu o Consórcio Nacional Litoral S/C, por qualquer título (*transferência da administração de grupos*) o seu fundo de comércio, continuando a respectiva exploração, conforme dispõe o artigo 133 do CTN, que a sucedida estava legalmente impedida de exercer suas atividades (constituir novos grupos) desde junho de 1998, antes da transferência do fundo de comércio à embargante e, além disso, em 21/02/2002 foi decretada a liquidação do Consórcio Nacional Litoral S/C e em 19/05/2004 a sua falência.

Afirma haver prova cabal que desde junho de 1998 a empresa sucedida não estava mais em atividade.

Defende a perfeita correção do trabalho desenvolvido pela Delegacia da Receita Federal e afirma que não são apenas os depósitos bancários que levam à presunção de omissão de receitas mas sim a falta de justificação dos depósitos em conta corrente do contribuinte.

Defende ser aplicável a multa e a taxa SELIC.

Manifestação apresentada pela embargante.

A União apresentou o processo administrativo (arquivado em Secretaria); manifestação da embargante.

Indeferida a produção de provas requerida pela embargante (prova pericial contábil e testemunhal); deferida a expedição de ofício ao Banco Central do Brasil requisitando-se cópias dos balancetes do Consórcio Nacional Litoral S/C (1998 e 1999) e dos balancetes específicos dos grupos que passaram à administração da embargante.

Após a apresentação dos balancetes, as partes se manifestaram.

Em 28/04/2017 sobreveio a r. sentença de procedência dos embargos. Condenação da embargada ao pagamento de honorários advocatícios sobre o valor atualizado dos embargos, nos termos do § 3º, I, II e III, e § 5º, à razão de 10% sobre o valor de 200 salários mínimos, 8% sobre o valor que exceder de 200 salários mínimos, 5% sobre o valor que exceder 2.000 salários mínimos e 3% sobre o valor que exceder de 20.000 salários mínimos. Determinado o reexame necessário.

Assim procedeu o MM. Juiz *a quo* para reconhecer a ilegitimidade da embargante para responder pelo débito.

Sem recurso voluntário.

É o relatório.

Desembargador Federal JOHONSON DI SALVO - Relator

### VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johonsom di Salvo, Relator:

A r. sentença merece ser mantida em seu inteiro teor, nas exatas razões e fundamentos nela expostos, os quais tomo como alicerce desta decisão, lançando mão da técnica de motivação *per relationem*, amplamente adotada pelo Pretório Excelso e Superior Tribunal de Justiça (STF: ADI 416 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-215 DIVULG 31-10-2014 PUBLIC 03-11-2014 ARE 850086 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 05/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 05-06-2015 PUBLIC 08-06-2015 -- ARE 742212 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 02/09/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-197 DIVULG 08-10-2014 PUBLIC 09-10-2014; STJ: AgRg no AgRg no AREsp 630.003/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 07/05/2015, DJe 19/05/2015 -- HC 214.049/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/02/2015, DJe 10/03/2015 -- REsp 1206805/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 21/10/2014, DJe 07/11/2014 -- REsp 1399997/AM, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2013, DJe 24/10/2013).

Assim, passo à transcrição do julgado ora contrastado, acolhendo-o em técnica de motivação até agora usada no STF (RMS 30461 AgR-segundo, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-065 DIVULG 07-04-2016 PUBLIC 08-04-2016):

“.....  
Julgo antecipadamente o mérito, nos termos do parágrafo único do artigo 17 da Lei n. 6.830/80. Primeiramente, afasto a alegação de irregularidade da representação processual da embargante, na medida em que a análise conjunta do instrumento do mandato e do contrato social permite concluir que os signatários daquele detinham poderes de representação da sociedade executada.

Quanto à alegação de ilegitimidade para responder pelos débitos, discute-se se a embargante seria sucessora de Consórcio Nacional Litoral S/C Ltda. em sua atividade empresarial.

Encontra-se consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que a inclusão de terceiros no polo passivo da execução fiscal, por responsabilidade tributária, *não depende de procedimento administrativo, pois ocorre diretamente na execução fiscal*, através de pedido fundamentado

do exequente, com as provas pertinentes, o qual é apreciado pelo Juízo competente (TRF3, AI 501566, Rel. Carlos Muta, e-DJF3 Judicial 1 - 30.08.2013).

A respeito da solidariedade tributária, prescreve o Código Tributário Nacional, em seu artigo 124, *in verbis*:

“Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.”

No que diz respeito à responsabilidade por sucessores, o Código Tributário dispõe, em seus artigos 132 e 133, o seguinte:

“Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos casos de extinção de pessoas jurídicas de direito privado, quando a exploração da respectiva atividade seja continuada por qualquer sócio remanescente, ou seu espólio, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual.

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão”.

No que tange à responsabilidade de terceiros, o artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional determina:

“Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado”.

Para a caracterização da responsabilidade prevista no artigo 133 do Código Tributário Nacional faz-se necessária a prova da aquisição do fundo de comércio ou de estabelecimento comercial, industrial ou profissional, a indicar a figura da sucessão de atividade empresarial, coisa distinta da mera sucessão da empresa (tratada no art. 132 do CTN).

Desde a edição da Lei n. 8.177, de 1º.03.1991, os grupos de consórcio submetem-se à autorização e à fiscalização do Banco Central do Brasil, a quem incumbe a normatização de suas operações. O tema era tratado, de maneira singela, no art. 33 da referida lei, sendo sua normatização complementada por atos do Banco Central do Brasil.

A Circular n. 2.766 do Banco Central do Brasil, em vigor desde 1º de setembro de 1997, por meio de seu regulamento e suas alterações posteriores, estabeleceu as normas para os grupos constituídos após esta data.

Por definição do artigo 1º, *caput*, do Regulamento anexo à Circular n. 2.766, de 03.07.1997, do Banco Central do Brasil, “consórcio é uma reunião de pessoas físicas e/ou jurídicas, em grupo fechado, promovida pela administradora, com a finalidade de propiciar a seus integrantes a aquisição de bem, conjunto de bens ou serviço turístico por meio de autofinanciamento”

Como dispõe o § 5º do artigo 1º do mesmo diploma normativo, “um grupo é autônomo em relação aos demais, possuindo patrimônio próprio, que não se confunde com o da administradora”.

Posteriormente, foi editada a Lei n. 11.795, de 08.10.2008, que passou a tratar especificamente



sobre o sistema de consórcio.

Nos artigos 1º a 4º da Lei n. 11.795/2008 lê-se, quanto ao grupo de consórcio:

“Art. 1º O Sistema de Consórcios, instrumento de progresso social que se destina a propiciar o acesso ao consumo de bens e serviços, constituído por administradoras de consórcio e grupos de consórcio, será regulado por esta Lei.

Art. 2º Consórcio é a reunião de pessoas naturais e jurídicas em grupo, com prazo de duração e número de cotas previamente determinados, promovida por administradora de consórcio, com a finalidade de propiciar a seus integrantes, de forma isonômica, a aquisição de bens ou serviços, por meio de autofinanciamento.

Art. 3º Grupo de consórcio é uma sociedade não personificada constituída por consorciados para os fins estabelecidos no art. 2º.

§ 1º O grupo de consórcio será representado por sua administradora, em caráter irrevogável e irretratável, ativa ou passivamente, em juízo ou fora dele, na defesa dos direitos e interesses coletivamente considerados e para a execução do contrato de participação em grupo de consórcio, por adesão.

§ 2º O interesse do grupo de consórcio prevalece sobre o interesse individual do consorciado.

§ 3º O grupo de consórcio é autônomo em relação aos demais e possui patrimônio próprio, que não se confunde com o de outro grupo, nem com o da própria administradora.

§ 4º Os recursos dos grupos geridos pela administradora de consórcio serão contabilizados separadamente.

Art. 4º Consorciado é a pessoa natural ou jurídica que integra o grupo e assume a obrigação de contribuir para o cumprimento integral de seus objetivos, observado o disposto no art. 2º.” E, quanto à administradora de consórcios, lê-se no artigo 5º do mesmo diploma legal:

“Art. 5º A administradora de consórcios é a pessoa jurídica prestadora de serviços com objeto social principal voltado à administração de grupos de consórcio, constituída sob a forma de sociedade limitada ou sociedade anônima, nos termos do art. 7º, inciso I.

§ 1º A administradora de consórcio deve figurar no contrato de participação em grupo de consórcio, por adesão, na qualidade de gestora dos negócios dos grupos e de mandatária de seus interesses e direitos.

§ 2º Os diretores, gerentes, prepostos e sócios com função de gestão na administradora de consórcio são depositários, para todos os efeitos, das quantias que a administradora receber dos consorciados na sua gestão, até o cumprimento da obrigação assumida no contrato de participação em grupo de consórcio, por adesão, respondendo pessoal e solidariamente, independentemente da verificação de culpa, pelas obrigações perante os consorciados.

§ 3º A administradora de consórcio tem direito à taxa de administração, a título de remuneração pela formação, organização e administração do grupo de consórcio até o encerramento deste, conforme o art. 32, bem como o recebimento de outros valores, expressamente previstos no contrato de participação em grupo de consórcio, por adesão, observados ainda os arts. 28 e 35.

§ 4º (VETADO)

§ 5º Os bens e direitos adquiridos pela administradora em nome do grupo de consórcio, inclusive os decorrentes de garantia, bem como seus frutos e rendimentos, não se comunicam com o seu patrimônio, observado que:

I - não integram o ativo da administradora;

II - não respondem direta ou indiretamente por qualquer obrigação da administradora;

III - não compõem o elenco de bens e direitos da administradora, para efeito de liquidação judicial ou extrajudicial;

IV - não podem ser dados em garantia de débito da administradora.

§ 6º A administradora estará desobrigada de apresentar certidão negativa de débitos, expedida pelo Instituto Nacional da Seguridade Social, e Certidão Negativa de Tributos e Contribuições, expedida pela Secretaria da Receita Federal, relativamente à própria empresa, quando alienar

imóvel integrante do patrimônio do grupo de consórcio.

§ 7º No caso de o bem recebido ser um imóvel, as restrições enumeradas nos incisos II a IV do § 5º deste artigo deverão ser averbadas no registro de imóveis competente.”

Analisando-se os autos, constata-se que o documento de fls. 330/342 comprova que Consórcio Nacional Litoral S/C Ltda. transferiu a administração de 11 grupos de consórcio para Unifisa Administradora de Consórcios Ltda.

A transferência foi submetida à Assembleia Geral Extraordinária de consorciados, sob fiscalização do Banco Central do Brasil, a qual aprovou a transferência da administração dos referidos grupos de consórcios à embargante, conforme atas de fls. 413/443.

Contudo, isso não legitima a embargante como parte para responder pelos débitos de Consórcio Nacional Litoral S/C Ltda.

De fato, tanto na dicção da legislação anterior, quanto na redação da Lei n. 11.795/2008, depreende-se que consórcio é a reunião de pessoas naturais e jurídicas em grupo, autônomo em relação aos demais, que possui patrimônio próprio, que não se confunde com o de outro grupo, nem com o da própria administradora.

Já a administradora de consórcio é gestora dos negócios dos grupos e de mandatária de seus interesses e direitos.

Assim, não restou configurada qualquer das hipóteses previstas no art. 133 do Código Tributário Nacional, porquanto o grupo de consórcio é uma sociedade não personificada, ao passo que a administradora do grupo de consórcio é apenas a entidade prestadora de serviços que o administra, não sendo legítima proprietária da coisa administrada, o que leva ao reconhecimento da ilegitimidade da embargante para responder pelo débito, prejudicadas as demais alegações.”

.....”

Trata-se de excelente sentença, que honra a figura de seu prolator, o qual perscrutou com intensidade as alegações postas pela parte embargante, bem como a documentação colacionada nos autos, e julgou os embargos procedentes.

Em sede de remessa oficial, passo à análise dos *honorários advocatícios* fixados.

Os honorários advocatícios devem remunerar condignamente o trabalho do advogado, considerando que um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito consiste no valor social do trabalho (artigo 10, IV, da Constituição Federal). Mas não se pode olvidar da necessária proporcionalidade que deve existir entre a remuneração e o trabalho visível feito pelo advogado. Inexistindo proporcionalidade, deve-se invocar o § 8º do artigo 85 do CPC de 2015: “Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do parágrafo 2º”, mesmo que isso seja feito para o fim de reduzir os honorários, levando-se em conta que o empobrecimento sem justa causa do adverso que é vencido na demanda significa uma penalidade, e é certo que ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal, vale dizer, sem justa causa. Nesse âmbito, a fixação exagerada de verba honorária - se comparada com o montante do trabalho prestado pelo advogado - é enriquecimento sem justa causa, proscrito pelo nosso Direito e pela própria Constituição polifacética, a qual prestigia os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

O saudoso Limongi França ensinava: “Enriquecimento sem causa, enriquecimento ilícito ou locupletamento ilícito é o acréscimo de bens que se verifica no patrimônio de um sujeito, em detrimento de outrem, sem que para isso tenha um fundamento jurídico” (Enriquecimento sem Causa. Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1987).

No atual Código Civil, legislação infraconstitucional permeada de razoabilidade e proporcionalidade constitucionais, há fundamento para obstar o enriquecimento sem causa no art. 844: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários...”.

Na posição de Celso Antônio Bandeira de Melo, “Enriquecimento sem causa é o incremento do patrimônio de alguém em detrimento do patrimônio de outrem, sem que, para supeditar tal evento, exista uma causa juridicamente idônea. É perfeitamente assente que sua proscrição constitui-se em um princípio geral do direito...os princípios gerais de direito estão subjacentes ao sistema jurídico-positivo, não porém, como um dado externo, mas como uma inerência da construção em que se corporifica o ordenamento, porquanto seus diversos institutos jurídicos, quando menos considerados em sua complexidade íntegra, traem, nas respectivas composturas, ora mais ora menos visivelmente, a absorção dos valores que se expressam nos sobreditos princípios...” (RDA, 210: 25/35).

Indo mais acima, o próprio STF elegeu o enriquecimento sem causa como uma situação contrária à Magna Carta, no AI-AgR182458, rel. Min. Marco Aurélio, Data da Decisão: 04/03/1997.

Concluo por entender que o §8º do art. 85 é uma cláusula que pode ser aplicada, em conjunto com o Código Civil e com princípios da Constituição, de modo a permitir a redução de verba honorária desproporcional e que represente enriquecimento sem causa, isto é, desvinculado do trabalho advocatício efetivamente prestado.

Registro decisões do TJSP nesse sentido:

“APELAÇÃO - Pretensão de majoração dos honorários advocatícios conforme o disposto no art. 85, §3º e 11, do Código de Processo Civil e artigos 22 e 24 da Lei nº 8.906/94 - Aplicação da equidade prevista no §8 do art. 85 do CPC, a fim de se evitar o arbitramento de valor exorbitante em detrimento do erário - Sentença parcialmente reformada - Recurso parcialmente provido” (g.n.)

(TJ/SP; Apelação 1002672-53.2017.8.26.0297; Relator (a): Moreira de Carvalho; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro de Jales - 1ª Vara; Data do Julgamento: 26/3/2018; Data de Registro: 26/3/2018).

“Apelação Cível - Tributário - Processual Civil - Ação Anulatória de Débito Fiscal - Sentença de procedência parcial que afasta a aplicação de juros na forma da Lei Estadual nº 13.918/09 com condenação da FESP no pagamento de honorários advocatícios - Recurso voluntário da FESP - Provimento parcial ao recurso de rigor. 1. Embora imperiosa a condenação da Fazenda Pública nos ônus da sucumbência, porque dera causa à execução de valores descabidos, impõe-se a redução dos honorários advocatícios de sucumbência. 2. Honorários advocatícios que devem observar, no seu arbitramento a equidade e moderação na forma prevista no § 8 do art. 85 do novo CPC a fim de se evitar o arbitramento de valor exorbitante em detrimento do erário, mormente em se considerando a baixa complexidade da demanda e suas peculiaridades - Precedentes da Corte e do C. STJ - Honorários advocatícios arbitrados em R\$ 5.000,00. Sentença reformada em parte - Recurso da FESP provido em parte para reduzir os honorários advocatícios, mantida no mais a r. Sentença recorrida.” (g.n.)

(TJ/SP; Apelação 1040762-23.2016.8.26.0053; Relator (a): Sidney Romano dos Reis; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 9ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 18/12/2017; Data de Registro: 19/12/2017).

Justifica-se a adequação da verba honorária para evitar enriquecimento sem causa, mormente porque o STJ indica que, além do mero valor dado à causa, deve o julgador atentar

para a complexidade da demanda (*AgInt no AREsp 987.886/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 28/08/2017 - AgRg no AgRg no REsp 1451336/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 01/07/2015*), sendo essa uma fórmula para se atender ao princípio da proporcionalidade e que sobrevive perante o CPC/15.

Assim, embora no caso dos autos o art. 85 deva reger a espécie, a equidade deve ser observada para que não ocorra, na espécie, comprometimento de recursos públicos em situação de enriquecimento sem causa. Destarte, considerando a pouca complexidade da causa, que não exigiu desforços profissionais extraordinários, condeno a União em honorários de R\$ 30.000,00, reajustáveis conforme a Res. 267/CJF.

Pelo exposto, *dou parcial provimento à remessa oficial.*

É como voto.

Desembargador Federal JOHONSON DI SALVO - Relator

## **APELAÇÃO CÍVEL**

### **0019064-82.2015.4.03.6100**

Apelante: ANS - AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR  
 Apelada: UNIMED ESTÂNCIAS PAULISTAS - OPERADORA DE PLANOS DE SAÚDE  
 SOCIEDADE COOPERATIVA  
 Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES  
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/01/2020

### **EMENTA**

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE TRIBUTO. TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR (TSS). BASE DE CÁLCULO DEFINIDA EM NORMA INFRALEGAL (ARTIGO 3º DA RDC Nº 10/2000). VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO ARTIGO 97, INCISO IV, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARTIGO 85, § 11, DO CPC. MAJORAÇÃO.**

1. A Taxa de Saúde Suplementar - TSS foi instituída pelo artigo 18 da Lei nº 9.961/2000, que estabeleceu como seu fato gerador o exercício pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) do poder de polícia a ela atribuído. O artigo 20, inciso I, da mesma lei fixou como sujeitos passivos desta taxa os planos de assistência à saúde. Outrossim, delimitou como seu valor o produto da multiplicação do importe de dois reais pelo número médio de usuários de cada plano privado de assistência à saúde, deduzido o percentual total de descontos apurado em cada plano.
2. Estabelecidos em lei o fato gerador, os sujeitos passivos e, em linhas gerais, os critérios para apuração do valor devido, a base de cálculo da TSS somente veio a ser fixada por ato regulamentar (artigo 3º da Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 10/2000), que disciplinou que referida taxa deverá ser calculada pela média aritmética do número de usuários no último dia de cada um dos três meses que antecederem à competência do recolhimento.
3. Embora os parâmetros da hipótese de incidência da TSS estivessem genericamente previstos no artigo 20, I, da Lei nº 9.961/2000, somente após a edição da RDC nº 10/2000 ficou perfeitamente delimitada a maneira pela qual o número médio de usuários deve ser apurado. A rigor, foi ela, em seu artigo 3º, quem estabeleceu a amplitude a ser dada ao conceito de média de usuários. Não se trata de hipótese de mera regulamentação de disposição legal, mas de verdadeira definição da base de cálculo por meio de norma infralegal.
4. Há vedação legal à utilização de dispositivo regulamentar para o fim de definir a base de cálculo de tributo. A Taxa de Saúde Suplementar – TSS está eivada de ilegalidade, visto que o artigo 3º da RDC nº 10/2000, ao estabelecer sua hipótese de incidência, extrapolou a função regulamentar atribuída às resoluções, infringindo o artigo 97, inciso IV, do CTN. Precedentes (STJ e TRF3).
5. Majoração dos honorários advocatícios (artigo 85, § 11, do CPC). Acréscimo do percentual de 0,2% (dois décimos por cento) ao importe fixado na sentença.
6. Apelação não provida.



## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

## RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pela AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS, em face de sentença que julgou procedente o pedido para declarar a inexigibilidade da Taxa de Saúde Suplementar (instituída pela Lei nº 9.961/2000, em seu artigo 22, inciso I). Houve condenação da apelante em honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa atualizado.

A sentença pautou-se no entendimento de que a lei instituidora da Taxa de Saúde Suplementar (TSS) não previu de forma expressa o critério quantitativo da obrigação tributária (base de cálculo e alíquota), de forma a afrontar o princípio da legalidade estrita. Observou também o órgão julgador que, no intuito de regulamentar referida lei, a RDC nº 10/2000 acabou por estabelecer a própria base de cálculo da taxa em comento, em afronta ao artigo 97, IV, do CTN (Id 67767185 – fls. 120/125).

Foi atribuído à causa o valor de R\$ 533.000,00 (quinhentos e trinta e três mil reais) em setembro de 2015.

Sustenta a apelante que se trata de cobrança que decorre de seu dever de regulação do mercado de planos de saúde, previsto na Constituição Federal. Narra que a Taxa de Saúde Suplementar (TSS) foi instituída pelo artigo 18 da Lei nº 9.961/2000, salientando que tem editado atos normativos com o intuito de concretizar o poder de polícia que lhe é atribuído, além de exercer a fiscalização do setor. Nesse contexto, pontua que o efetivo exercício do poder de polícia desempenhado pela Agência deve ser remunerado na forma estabelecida pelo inciso I, do art. 20, da Lei nº 9.961, de 2000, que fixou como um dos critérios o número médio de usuários de cada plano privado de assistência à saúde, critério este que guarda, em seu entender, estreita relação com o custo da fiscalização. Ressalta a apelante que quanto maior o número de usuários dos contratos de planos de saúde, proporcionalmente maior será a atuação fiscalizatória, restando justificada sob o prisma da razoabilidade a adoção do número médio de usuários de cada operadora como parâmetro justo e adequado para a mensuração da base de cálculo da Taxa de Saúde Suplementar.

Aduz que os atos normativos posteriores à Lei nº 9.961/2000, tais como a RDC nº 10/2000, limitaram-se a detalhar que a contagem da média levaria em conta o número de usuários no último dia útil de cada mês. Tais atos normativos, portanto, teriam apenas o propósito de facilitar o pagamento da taxa de saúde, dando maior operacionalidade à base de cálculo, sem alterar o significado da lei e/ou violar o conceito de “média de usuários”. Protesta, assim, pela constitucionalidade da base de cálculo da TSS, não havendo que se falar em violação ao princípio da legalidade estrita.

A parte autora apresentou contrarrazões (Id 67767186).

É o relatório.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

**VOTO**

A Taxa de Saúde Suplementar - TSS foi instituída pelo artigo 18 da Lei nº 9.961/2000, que estabeleceu como seu fato gerador o exercício pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) do poder de polícia a ela atribuído.

Por sua vez, o artigo 20, inciso I, da mesma lei fixou como sujeitos passivos desta taxa os planos de assistência à saúde. Outrossim, delimitou como seu valor o produto da multiplicação do importe de dois reais pelo número médio de usuários de cada plano privado de assistência à saúde, deduzido o percentual total de descontos apurado em cada plano. Cumpre transcrever o dispositivo em tela:

“Art. 20. A Taxa de Saúde Suplementar será devida:

I - por plano de assistência à saúde, e seu valor será o produto da multiplicação de R\$ 2,00 (dois reais) pelo número médio de usuários de cada plano privado de assistência à saúde, deduzido o percentual total de descontos apurado em cada plano, de acordo com as Tabelas I e II do Anexo II desta Lei;”

Estabelecidos em lei o fato gerador, os sujeitos passivos e, em linhas gerais, os critérios para apuração do valor devido, cumpre ponderar que a base de cálculo da TSS somente veio a ser fixada por ato regulamentar, qual seja, o artigo 3º da Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 10/2000, que disciplinou que referida taxa deverá ser calculada pela média aritmética do número de usuários no último dia de cada um dos três meses que antecederem à competência do recolhimento. Pertinente trazer à colação a norma em apreço:

“Art. 3º A Taxa de Saúde Suplementar por plano de assistência à saúde será calculada pela média aritmética do número de usuários no último dia do mês dos 3 (três) meses que antecederem ao mês do recolhimento, de cada plano de assistência à saúde oferecido pelas operadoras, na forma do Anexo II.

§ 1º Será considerado para cada mês o total de usuários aferido no último dia útil, devendo ser excluídos, para fins de base de cálculo, o total de usuários que completarem 60 anos no trimestre considerado.  
[...]

Das transcrições supra, verifica-se que, embora os parâmetros da hipótese de incidência da TSS estivessem genericamente previstos no artigo 20, I, da Lei nº 9.961/2000, somente após a edição da RDC nº 10/2000 ficou perfeitamente delimitada a maneira pela qual o número médio de usuários deve ser apurado. A rigor, foi ela, em seu artigo 3º, quem estabeleceu a amplitude a ser dada ao conceito de média de usuários. Desta forma, não se trata de hipótese de mera regulamentação de disposição legal, mas de verdadeira definição da base de cálculo por meio de norma infralegal.

Neste ponto, cumpre trazer à lume a disposição do artigo 97, inciso IV, do Código Tributário Nacional:

“Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

[...]

IV - a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;”

Nota-se, assim, que há vedação legal à utilização de dispositivo regulamentar para o fim de definir a base de cálculo de tributo, o que se mostra em consonância com a disposição constitucional insculpida no artigo 150, I, da Carta Magna, que proíbe a instituição ou aumento de tributo sem lei que o estabeleça. Por esta razão, a Taxa de Saúde Suplementar – TSS está eivada de ilegalidade, visto que o artigo 3º da RDC nº 10/2000, ao estabelecer sua hipótese de incidência, extrapolou a função regulamentar atribuída às resoluções, infringindo, desta forma, o artigo 97, inciso IV, do CTN.

Sobre o tema, cito inicialmente julgado do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR. BASE DE CÁLCULO DETERMINADA PELO ART. 3º DA RESOLUÇÃO RDC N. 10/2000. ILEGALIDADE.

1. *Conforme jurisprudência pacífica do STJ, é ilegal a cobrança da Taxa de Saúde Suplementar (art. 20, I, da Lei 9.961/2000), tendo em vista que a definição de sua base de cálculo pelo art. 3º da Resolução RDC 10/2000 implica desrespeito ao princípio da legalidade (art. 97, IV, do CTN).*

2. Recurso Especial não provido. (sem grifos no original)

(REsp 1671152/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 12/09/2017)

Observo que a matéria está pacificada no âmbito deste Tribunal. Neste sentido:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR. RDC Nº 10/2000. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. INEXIGIBILIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO PROVIDO.

- A matéria ventilada no presente recurso não comporta maiores digressões.

- *No intuito de regulamentar a Lei nº 9.961/2000, a RDC nº 10/2000, e suas alterações posteriores, estabeleceu a própria base de cálculo da Taxa de Saúde Complementar, em violação ao estatuído no artigo 97, inciso IV, do Código Tributário Nacional.*

- Somente a lei em sentido estrito pode indicar os elementos essenciais do tributo, quais sejam, o fato gerador da obrigação tributária principal, seu sujeito passivo e a fixação da alíquota e da sua base de cálculo, de modo que o artigo 3º da RDC nº 10/2000, ao alterar a definição da base de cálculo da taxa de saúde suplementar, modificou o próprio tributo, em flagrante violação ao estatuído pelo artigo 150 da Constituição Federal, que trata o princípio da legalidade tributária, garantia fundamental do contribuinte brasileiro. Precedentes.

- Deve prevalecer o entendimento de que a Resolução nº 10/2000, da Diretoria Colegiada da ANS, extrapolou sua competência normativa, afrontando o princípio da legalidade estrita, insculpido artigo 97 do Código Tributário Nacional. Por outro lado, na ausência de regulamentação válida, impossível a cobrança da referida taxa, em especial em razão da dificuldade estabelecida pelo art. 20 da Lei n. 9.961/00 no tocante aos parâmetros necessários ao cálculo.

-Inexistente a obrigação tributária enquanto não definida adequadamente a base de cálculo da taxa de saúde suplementar.

- Essa é a orientação predominante nas turmas da corte superior. Precedentes.

- Agravos de instrumento não providos. (sem grifos no original)

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 587171 - 0015966-22.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em 03/05/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:25/05/2018 )

Destaco também julgados desta Terceira Turma:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR - TSS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. INEXIGIBILIDADE.

1. *Pacífico o entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça no sentido da inexigibilidade da Taxa de Saúde Suplementar - TSS (artigo 20, incisos I e II, da Lei 9.961/2000), por violação ao princípio da legalidade.*

2. Apelação e remessa oficial desprovidos. (sem grifos no original)

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 2259989 - 0011069-18.2015.4.03.6100, Rel. JUIZA CONVOCADA DENISE AVELAR, julgado em 18/10/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/10/2017 )

AÇÃO ORDINÁRIA DECLARATÓRIA. DIREITO TRIBUTÁRIO. TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR -TSS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. *A Resolução RDC nº 10/00, a pretexto de regulamentar o disposto na Lei nº 9.961/00, ofende o princípio da estrita legalidade estatuído no artigo 97 do Código Tributário Nacional (CTN).*

2. Ineficaz a fixação da base de cálculo por outro instrumento que não a lei, em sentido formal.  
3. Honorários arbitrados com razoabilidade.

4. Apelação não provida. (sem grifos no original)

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2209387 - 0002108-36.2016.4.03.6106, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 17/05/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/05/2017 )

ADMINISTRATIVO. TRIBUTÁRIO. TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR. LEI Nº 9.961/2000. BASE DE CÁLCULO ESTABELECIDADA PELA RESOLUÇÃO RDC Nº 10, DE 03 DE MARÇO DE 2000. VIOLAÇÃO ÀS DISPOSIÇÕES DO ARTIGO 97 DO CTN. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. INEXIGIBILIDADE DO DÉBITO FISCAL. RECURSO DE APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDOS.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ firmou o entendimento de que, embora a Lei n. 9.961/2000 (art. 20) tenha instituído a Taxa de Saúde Complementar, sua base de cálculo só foi efetivamente definida pelo art. 3º da Resolução nº 10, da Diretoria Colegiada da ANS, eis que, 'no intuito de apenas regulamentar a dicção legal, tal ato normativo acabou por ter o condão de estabelecer a própria base de cálculo da referida taxa', o que a torna inexigível por ofensa ao princípio da legalidade estrita, previsto no art. 97, I e IV, do CTN (EDcl no REsp 1.075.333/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 02/06/2010).

2. *Com efeito, a base de cálculo dos tributos deve ser fixada por lei em seu sentido formal, razão pela qual se mostra inválido o ato de fixá-la por outro instrumento normativo, razão pela qual a previsão contida na Resolução RDC nº 10/2000, ato infralegal que, por fixar, de fato, a base de cálculo da Taxa de Saúde Suplementar, culminou por afrontar o disposto no artigo 97, IV, do CTN. Precedentes do STJ: REsp nº 728.330/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 15.04.2009; REsp nº 963.531/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 10.06.2009.*

3. Conforme consignado na decisão recorrida, é ilegal a cobrança da Taxa de Saúde Suplementar (TSS) exigida com base no art. 3º, da Resolução RDC 10/2000 e pela Resolução Normativa NR nº 89/2005, da ANS devendo, portanto, ser cancelada a Certidão de Dívida Ativa ante a inexigibilidade do débito, declarando extinta a execução fiscal.

4. Reexame necessário e recurso de apelação desprovido. (sem grifos no original)

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 2103071 - 0004545-92.2013.4.03.6126, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO

CEDENHO, julgado em 05/05/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/05/2016)

Outrossim, verifico que a sentença condenou a recorrente em honorários advocatícios, fixados no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa atualizado. Assim, em atenção ao disposto no artigo 85, § 11, do CPC/2015, determino o acréscimo do percentual de 0,2% (dois décimos por cento) ao importe fixado na sentença.

Ante o exposto, *nego provimento* à apelação.

É como voto.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora



## **APELAÇÃO CÍVEL**

### **0000053-55.2016.4.03.6125**

Apelante: WAGNER FERREIRA DA SILVA

Apelada: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS DA 2ª REGIÃO

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/01/2020

### **EMENTA**

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. VALOR DA CAUSA. IMÓVEL. ALIENAÇÃO APÓS A INSCRIÇÃO DE DÉBITOS EM DÍVIDA ATIVA. SOLVÊNCIA DO DEVEDOR NÃO DEMONSTRADA. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL. INCIDÊNCIA DO ART. 185 DO CTN. AFASTAMENTO DA SÚMULA 375/STJ. PRECEDENTE DO STJ EM RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. O valor da causa em sede de embargos de terceiro à execução fiscal deve corresponder, em regra, ao valor do bem objeto de constrição, não podendo exceder, no entanto, ao valor do débito cobrado na execução fiscal. Precedentes do STJ.

2. Constatado que o valor da lide determinado pelo juízo (R\$ 76.000,00 – referente ao valor atribuído ao imóvel de matrícula nº 26.218 ao tempo da penhora) ultrapassa o valor do débito cobrado na execução fiscal, acolhe-se a preliminar suscitada pelo apelante, para manter o valor da causa fixado na petição inicial (R\$ 3.180,21), pois condizente com o valor do débito informado ao tempo da penhora, avaliação e depósito do bem.

4. Quanto à hipótese de fraude à execução fiscal, o C. Superior Tribunal de Justiça elevou a matéria à sistemática dos recursos repetitivos (Tema nº 240 - Resp nº 1.141.990/PR), na qual se decidiu que a Súmula nº 375/STJ não se aplica às execuções fiscais, diante da existência de disposição específica na legislação tributária acerca do tema (art. 185 do CTN).

5. Nos termos do respectivo paradigma, trata-se de presunção absoluta de fraude (*jure et de jure*), o que dispensa a verificação de elementos de ordem subjetiva, como a boa fé do adquirente, bem como de possível conluio entre o alienante (devedor) e o terceiro adquirente a frustrar o recebimento dos créditos tributários pelo credor público (*consilium fraudis*).

6. Para averiguação de fraude à execução, há de se ter como premissa o marco temporal da alienação questionada, a saber: a) se alienado o bem pelo executado até 08/06/2005, faz-se necessária a prévia citação do executado no processo judicial para que fique configurada a fraude em tela; b) se a transmissão da propriedade ocorre a partir de 09/06/2005 (início da vigência da LC nº 118/05, que alterou a redação do artigo 185 do CTN), restou firmada a tese de que a caracterização da fraude à execução requer apenas que a alienação tenha sido efetivada após a inscrição de débito fiscal em dívida ativa.

7. A fraude à execução fiscal somente poderá ser ilidida se restar comprovado a reserva, pelo devedor, de outros bens ou rendas passíveis de quitação integral da dívida, nos termos do parágrafo único do art. 185 do CTN, sendo que, em sede de embargos de terceiro, compete ao embargante o ônus de provar a respectiva solvência do executado. Precedente deste E. Tribunal.

8. *In casu*, verifica-se que ao tempo da alienação do imóvel de matrícula nº 26.218 (26/02/2013), já haviam débitos inscritos em dívida ativa em nome do executado Sebastião Moroni (11/01/2005), relativa CDA nº 023474-F, bem como ajuizada a execução fiscal nº 0001869-19.2009.4.03.6125 (28/05/2009) e realizada a sua citação (25/06/2009), não havendo dúvidas de que, ao tempo da venda do imóvel ao embargante, o executado tinha plena ciência acerca da cobrança dos débitos cobrados pelo CRECI/SP.

9. De outra face, não se desincumbiu o embargante do ônus de provar que o executado possui outros bens ou rendas livres e suficientes ao pagamento integral dos débitos tributários, não havendo nos autos alegações e/ou documentos nesse sentido.

10. Presentes os pressupostos autorizadores, de rigor a manutenção da sentença juízo *a quo*, ante ao reconhecimento, por este E. Tribunal, da ocorrência de fraude à execução fiscal na alienação, nos termos do art. 185, *caput*, do CTN e do REsp. 1.141.990/PR.

11. Mantida a condenação do embargante em honorários advocatícios, outrora fixados em 10%, a ser aplicado, no entanto, sobre o valor de R\$ 3.180,21 (atualizado) e observando, quanto à sua exigibilidade, os benefícios da assistência judiciária gratuita concedidos pelo juízo *a quo*.

12. Apelação parcialmente provida.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

### RELATÓRIO

Cuida-se de embargos de terceiros opostos por WAGNER FERREIRA DA SILVA, com objetivo de desconstituir a penhora sobre um terreno constituinte do lote 06 da quadra 39, do loteamento Santos Dumont, matrícula nº 26.218 (CRI de Ourinhos/SP), havida nos autos da execução fiscal nº 0001869-19.2009.4.03.6125 ajuizada pelo CONSELHO REGIONAL DOS CORRETORES DE IMÓVEIS – CRECI/SP contra SEBASTIÃO MORONI.

Sustenta o embargante, em apertada síntese, que ao tempo da aquisição do imóvel (80% através de escritura pública de venda e compra do executado e dos Srs. Rosinei Aparecida Moroni Faria, Sebastião Moroni e Luzia Moroni, e 20% através escritura pública de cessão de direitos outorgada por César Pereira Moroni e Clayton Pereira Moroni, herdeiros de Antônio Moroni, com habilitação realizada nos autos do inventário nº 0055376-28.2011.8.26.0602 – 2ª Vr. da Família e Sucessões da Comarca de Sorocaba/SP), não havia qualquer registro da penhora sobre a matrícula do referido bem, tendo o adquirido de boa-fé e após tomadas as devidas cautelas pertinentes, não havendo que se falar, portanto, em alienação fraudulenta.

Concedidos os benefícios a assistência judiciária gratuita ao embargante e alterado o valor da causa *ex officio* pelo juízo.

Em contestação, sustenta a embargada ocorrência de fraude à execução fiscal, pois a venda realizada pelo executado (o qual detinha 20% do imóvel ao tempo da citação no feito executivo)

ocorrera após inscrição dos débitos em dívida ativa, o que nos termos da legislação e jurisprudência vigentes, dispensa a verificação de questões relativas a anterior averbação ou registro constrição junto à matrícula do imóvel, bem como a boa-fé do embargante e o *consilium fraudis*.

A sentença julgou improcedente a ação e julgou extinto o processo com resolução do mérito, nos termos do art. 487, I, do CPC/15, para declarar a ineficácia da alienação do imóvel em relação à quota de 20% pertencente ao executado Sebastião Moroni, ante a constatação de fraude à execução fiscal. Honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor retificado da causa, em desfavor do embargante, suspensa a sua exigibilidade em virtude dos benefícios da assistência judiciária gratuita outrora concedidos.

Em apelação, pleiteia o embargante, preliminarmente, a reforma da decisão que alterou o valor inicial da causa, para reduzi-la ao valor do débito que originou a penhora sobre o imóvel na execução fiscal. No mérito, requer a reforma integral da sentença, aduzindo, em suma, os mesmos argumentos ora ventilados em sua petição inicial.

Com contrarrazões, os autos foram remetidos a este E. Tribunal.

É o relatório.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

## VOTO

Primeiramente, no que se refere ao valor da causa, embora seja possível a sua modificação *ex officio* pelo magistrado, especialmente nos casos de manifesta discrepância entre o valor declarado na petição inicial e o proveito econômico perseguindo, tratando-se de embargos de terceiro, o valor da causa deve corresponder, em regra, ao valor do bem objeto de constrição, *não podendo exceder, no entanto, ao valor do débito cobrado na execução fiscal*, nos termos da jurisprudência do C. STJ, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. VALOR DA CAUSA. VALOR DO BEM PENHORADO. APROVEITAMENTO PARCIAL DO IMÓVEL. SÚMULA 7/STJ. RECURSO DESPROVIDO.

1. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que o valor da causa nos embargos de terceiro deve corresponder ao valor do bem constricto, não podendo exceder o valor do débito.
2. O acolhimento da argumentação dos agravantes, no sentido de que aproveitariam apenas parte do imóvel, dependeria do revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, providência que esbarra na censura da Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental desprovido.

(STJ, AgRg no AREsp 166547 / ES AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2012/0076948-2, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 04/11/2014, DJe 03/12/2014)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS DE TERCEIRO. VALOR DA CAUSA. VALOR DO BEM PENHORADO. PRECEDENTES. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 83/STJ.

1. Não viola o artigo 535 do Código de Processo Civil nem importa negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adotou, para a resolução da causa, fundamentação suficiente, porém diversa da pretendida pelos recorrentes, para decidir de modo integral a controvérsia posta.
2. O valor da causa nos embargos de terceiro deve corresponder ao valor do bem penhorado, não podendo exceder o valor do débito.

3. Estando o acórdão recorrido em perfeita harmonia com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, incide a Súmula nº 83 desta Corte.

4. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no Ag 1.348.799/MT, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/6/2013, DJe de 26/6/2013)

Dessa feita, constatado que o valor da lide determinado pelo juízo (R\$ 76.000,00 – referente ao valor atribuído ao imóvel de matrícula nº 26.218 ao tempo da penhora) ultrapassa o valor do débito cobrado na execução fiscal, acolho a preliminar suscitada pelo apelante, para manter o valor da causa conforme o mencionado em sua petição inicial (R\$ 3.180,21), pois condizente, inclusive, com o valor do débito informado ao tempo da penhora, avaliação e depósito do bem (ID 90108085, fl. 39).

Passo a analisar o mérito.

Os embargos de terceiro possuem a natureza de ação, ajuizada por um terceiro possuidor e senhor, ou somente possuidor, que não faz parte da relação jurídica, em defesa de seus bens ilegítimamente ofendidos para efeito da execução. Neste contexto, para que se apure a procedência dos embargos, é preciso que se investigue a legalidade da penhora, o que se faz por meio da verificação do direito real do embargante, bem como de eventual ocorrência de fraude à execução.

Isto posto, no que tange a verificação de fraude à execução fiscal, cumpre consignar que o C. Superior Tribunal de Justiça elevou a matéria à sistemática dos recursos repetitivos (Tema nº 290 - Resp nº 1.141.990/PR), estabelecendo assim alguns parâmetros acerca do assunto, conforme segue:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE BEM POSTERIOR À CITAÇÃO DO DEVEDOR. INEXISTÊNCIA DE REGISTRO NO DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO - DETRAN. INEFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. ARTIGO 185 DO CTN, COM A REDAÇÃO DADA PELA LC Nº 118/2005. SÚMULA 375/STJ. INAPLICABILIDADE.

1. A lei especial prevalece sobre a lei geral (*lex specialis derogat lex generalis*), por isso que a Súmula nº 375 do Egrégio STJ não se aplica às execuções fiscais.

2. O artigo 185, do Código Tributário Nacional - CTN, assentando a presunção de fraude à execução, na sua redação primitiva, dispunha que:

“Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados pelo devedor bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida em fase de execução.”

3. A Lei Complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005, alterou o artigo 185, do CTN, que passou a ostentar o seguinte teor:

“Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita.”

4. Consectariamente, a alienação efetivada antes da entrada em vigor da LC nº 118/2005 (09.06.2005) presumia-se em fraude à execução se o negócio jurídico sucedesse a citação válida do devedor; posteriormente à 09.06.2005, consideram-se fraudulentas as alienações efetuadas pelo devedor fiscal após a inscrição do crédito tributário na dívida ativa.

5. A diferença de tratamento entre a fraude civil e a fraude fiscal justifica-se pelo fato de que, na primeira hipótese, afronta-se interesse privado, ao passo que, na segunda, interesse público, porquanto o recolhimento dos tributos serve à satisfação das necessidades coletivas.

6. É que, consoante a doutrina do tema, a fraude de execução, diversamente da fraude contra credores, opera-se *in re ipsa*, vale dizer, tem caráter absoluto, objetivo, dispensando o *concilium fraudis*. (FUX, Luiz. O novo processo de execução: o cumprimento da sentença e a execução extrajudicial. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 95-96 / DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 278-282 / MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 210-211 / AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 472-473 / BALLEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 604).

7. A jurisprudência hodierna da Corte preconiza referido entendimento consoante se colhe abaixo:

“O acórdão embargado, considerando que não é possível aplicar a nova redação do art. 185 do CTN (LC 118/05) à hipótese em apreço (tempus regit actum), respaldou-se na interpretação da redação original desse dispositivo legal adotada pela jurisprudência do STJ?”.

(EDcl no AgRg no Ag 1.019.882/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009, DJe 14/10/2009)

“Ressalva do ponto de vista do relator que tem a seguinte compreensão sobre o tema: [...]

b) Na redação atual do art. 185 do CTN, exige-se apenas a inscrição em dívida ativa prévia à alienação para caracterizar a presunção relativa de fraude à execução em que incorrem o alienante e o adquirente (regra aplicável às alienações ocorridas após 9.6.2005);?”.

(REsp 726.323/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 04/08/2009, DJe 17/08/2009)

“Ocorrida a alienação do bem antes da citação do devedor, incabível falar em fraude à execução no regime anterior à nova redação do art. 185 do CTN pela LC 118/2005”.

(AgRg no Ag 1.048.510/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/08/2008, DJe 06/10/2008)

“A jurisprudência do STJ, interpretando o art. 185 do CTN, até o advento da LC 118/2005, pacificou-se, por entendimento da Primeira Seção (REsp 40.224/SP), no sentido de só ser possível presumir-se em fraude à execução a alienação de bem de devedor já citado em execução fiscal?”.

(REsp 810.489/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe 06/08/2009)

8. A inaplicação do art. 185 do CTN implica violação da Cláusula de Reserva de Plenário e enseja reclamação por infringência da Súmula Vinculante nº 10, verbis: “Viola a cláusula de reserva de plenário (cf, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”

9. Conclusivamente: (a) a natureza jurídica tributária do crédito conduz a que a simples alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, pelo sujeito passivo por quantia inscrita em dívida ativa, sem a reserva de meios para quitação do débito, gera presunção absoluta (*jure et de jure*) de fraude à execução (lei especial que se sobrepõe ao regime do direito processual civil); (b) a alienação engendrada até 08.06.2005 exige que tenha havido prévia citação no processo judicial para caracterizar a fraude de execução; se o ato translativo foi praticado a partir de 09.06.2005, data de início da vigência da Lei Complementar nº 118/2005, basta a efetivação da inscrição em dívida ativa para a configuração da figura da fraude; (c) a fraude de execução prevista no artigo 185 do CTN encerra presunção *jure et de jure*, conquanto componente do elenco das “garantias do crédito tributário”; (d) a inaplicação do artigo 185 do CTN, dispositivo que não condiciona a ocorrência de fraude a qualquer registro público, importa violação da Cláusula Reserva de Plenário e afronta à Súmula Vinculante nº 10, do STF.



10. *In casu*, o negócio jurídico em tela aperfeiçoou-se em 27.10.2005, data posterior à entrada em vigor da LC 118/2005, sendo certo que a inscrição em dívida ativa deu-se anteriormente à revenda do veículo ao recorrido, porquanto, consoante dessume-se dos autos, a citação foi efetuada em data anterior à alienação, restando inequívoca a prova dos autos quanto à ocorrência de fraude à execução fiscal.

11. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução STJ nº 08/2008.

(STJ, REsp 1141990 / PR RECURSO ESPECIAL 2009/0099809-0, Ministro LUIZ FUX, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data do Julgamento: 10/11/2010, Data da Publicação: DJe 19/11/2010 RT vol. 907 p. 583)

Dessa feita, decidiu-se que a Súmula nº 375/STJ não se aplica às execuções fiscais, diante da existência de disposição específica na legislação tributária acerca do tema (art. 185 do CTN), a qual fixa elementos de ordem objetiva à verificação da hipótese de fraude a execução.

Logo, nos termos do paradigma ora descrito, trata-se de presunção absoluta de fraude (*jure et de jure*), o que dispensa, na análise do caso, a verificação de elementos de ordem subjetiva, como a boa-fé do adquirente, bem como de possível conluio entre o alienante (devedor) e o terceiro adquirente a frustrar o recebimento dos créditos tributários pelo credor público (*consilium fraudis*).

Por conseguinte, para averiguação da hipótese de fraude, há de se ter como premissa o marco temporal da alienação questionada, a saber:

a) *se alienado o bem pelo executado até 08/06/2005*, faz-se necessária a *prévia citação do executado no processo judicial* para que fique configurada a fraude em tela;

b) *se a alienação ocorreu a partir de 09/06/2005 (início da vigência da LC nº 118/05, que alterou a redação do artigo 185 do CTN)*, a caracterização da fraude à execução requer *apenas que a alienação tenha sido efetivada após a inscrição de débito fiscal em dívida ativa*.

Ressalte-se também que a fraude à execução somente poderá ser ilidida se comprovada a reserva, pelo devedor, de outros bens ou rendas livres passíveis de quitação integral da dívida tributária, nos termos do parágrafo único do art. 185 do CTN. Logo, em sede de embargos de terceiro, recai sobre o embargante o ônus de comprovar a solvência do alienante (executado), conforme jurisprudência desta Terceira Turma, *in verbis*:

EMBARGOS DE TERCEIRO - FRAUDE À EXECUÇÃO CONFIGURADA - ALIENAÇÃO (03/06/2008) POSTERIOR À INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA- MATÉRIA APAZIGUADA AO RITO DOS RECURSOS REPRESENTATIVOS DA CONTROVÉRSIA, ART. 543-C, CPC - AUSENTE PROVA DA SOLVÊNCIA DO DEVEDOR - IMPROCEDÊNCIA AOS EMBARGOS

1. Não se há de falar em inépcia das razões recursais, vez que, reconhecida pela r. sentença a impenhorabilidade do bem litigado, expressamente o insurgente a defender, na apelação, que referida coisa deve ser mantida em constrição, porque, ante o desrespeito ao art. 185, CTN, logo atacada a fundamentação sentenciadora.

2. Tem por premissa a fraude à execução fiscal a prática de desfazimento patrimonial, pela parte executada, de bens em grau condutor ao quadro de insolvência.

3. O limite temporal, então, a partir do qual se dê sua configuração vem claramente positivado pelo art. 185, CTN, cuja redação original fixava a necessidade de que o débito estivesse inscrito em Dívida Ativa, em fase de execução (atualmente, suficiente o primeiro momento, segundo a LC 118/05).

4. Entendem o E. STJ e esta C. Corte, cujos v. votos adiante são colacionados, que fundamental se faz a citação pessoal prévia do devedor, para que cabal se revele seu conhecimento sobre a

demanda hábil a reduzi-lo à insolvência, com o gesto de alienação que posteriormente tenha praticado (isso para os casos da redação primitiva do citado art. 185). Precedentes.

5.O veículo foi adquirido do executado em 03/06/2008, fls. 08, sendo que já havia execução ajuizada desde 2005, com débito inscrito em Dívida Ativa desde 30/05/2005, fls. 13.

6.Impresente prova da solvência do polo executado, pecando mais uma vez a parte embargante, pois nenhum elemento carregou aos autos, a fim de comprovar que o devedor tem patrimônio para saldar o débito fiscal, seu ônus, artigo 333, CPC.

7.Se a garantia patrimonial genérica do credor está no patrimônio do devedor, indubitável que o gesto de alienação se impregnou de fraude, de molde a se revelar imperativo seu desfazimento.

8.Destaque-se nenhuma força têm as entabulações privadas perante o Estado, cujo crédito tributário desfruta de tal garantia, estampada no art. 185 CTN: sendo ônus da parte embargante denotar a solvabilidade do originário executado, seu não atendimento visceralmente compromete sua própria tese.

9.A matéria está pacificada ao rito do art. 543-C, Lei Processual Civil, não comportando mais discepção. Precedente.

10.Provimento à apelação, reformada a r. sentença, para julgamento de improcedência aos embargos, sujeitando-se a parte embargante ao pagamento de honorários advocatícios, no importe de 10% sobre o valor dado à causa, com atualização monetária até o seu efetivo desembolso, art. 20, CPC, condicionada a execução da rubrica para quando o quadro de fortuna da parte vencida vier de mudar a melhor, nos termos e no tempo firmados pela Lei 1.060/50, por este motivo ausentes custas, fls. 50.

TRF 3ª Região, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1679503 / SP 0036657-09.2011.4.03.9999, Juiz Convocado Silva Neto, Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/01/2015)

Dessa feita, aplicando tais premissas à alienação do imóvel de matrícula nº 26.218 (26/02/2013), verifico que ao tempo da transação já haviam débitos inscritos em dívida ativa em nome do executado Sebastião Moroni (11/01/2005), relativa CDA nº 023474-F, bem como ajuizada a execução fiscal nº 0001869-19.2009.4.03.6125 (28/05/2009) e realizada a sua citação (25/06/2009). Nesse ponto, não pairam dúvidas de que, ao tempo da venda do imóvel ao embargante, o executado tinha plena ciência acerca da cobrança dos débitos cobrados pelo CRECI/SP.

De outra face, não se desincumbiu o embargante do ônus de provar que o executado possui outros bens ou rendas livres e suficientes ao pagamento integral dos débitos tributários, não havendo nos autos alegações e/ou documentos comprobatórios nesse sentido.

Logo, verificada a venda após a inscrição dos débitos em dívida ativa e ausente a comprovação de reserva, pelo executado, de outros bens ou rendas ao pagamento integral da dívida tributária, de rigor a manutenção da sentença juízo *a quo*, ante ao reconhecimento, por este E. Tribunal, de fraude à execução fiscal na alienação, nos termos do art. 185, *caput*, do CTN.

Verificada a procedência em relação à parcela mínima dos pedidos do autor (alteração do valor causa), deve ser mantida a sua condenação em honorários advocatícios, no percentual de 10% fixado na sentença, a ser aplicado, no entanto, sobre valor de R\$ 3.180,21 (atualizado) e observando, quanto à sua exigibilidade, os benefícios da assistência judiciária gratuita concedidos pelo juízo *a quo*.

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento à apelação.

É como voto.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

## **APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO**

**5003548-63.2017.4.03.6100**

Apelante: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Apelada: CELIA CARLA PEIXE MARTINS PERES DE SOUZA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE

Relatora para o Acórdão: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/01/2020

### **EMENTA**

TRIBUTÁRIO. IPI. ISENÇÃO. LEI Nº 8.989/95. DEFICIENTE FÍSICO. SINISTRO DE VEÍCULO. PERDA TOTAL. LAPSO TEMPORAL PARA NOVO BENEFÍCIO. DESNECESSIDADE. SENTENÇA PROFERIDA EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DO C. STJ. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL DESPROVIDAS.

1. A questão relativa à limitação temporal da isenção prevista no art. 2º da Lei nº 8.989/95 não alcança os casos decorrentes de sinistro com a perda total do automóvel, na hipótese dos autos, conforme decidido pelo MM. Juízo “a quo” na linha do entendimento predominante do C. STJ.

2. “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a Lei 8.989/1995 não pode ser interpretada em óbice à implementação de ação afirmativa para inclusão de pessoas com necessidades especiais, de forma que o lapso temporal para a concessão da isenção do IPI, na aquisição de veículo automotor, deve ser interpretado de maneira a satisfazer o caráter humanitário da política fiscal, bem como de impedir sua utilização para fins de enriquecimento indevido.” (REsp 1737568/RS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, j. 19/09/2018, DJe 24/09/2018)

3. Apelação e remessa oficial desprovidas.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Quarta Turma, por maioria, decidiu negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto da Des. Fed. MARLI FERREIRA, com quem votaram os Des. Fed. MARCELO SARAIVA e CONSUELO YOSHIDA. Vencidos os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator) e MÔNICA NOBRE, que davam provimento à apelação e à remessa oficial. Lavrará acórdão a Des. Fed. MARLI FERREIRA. O Des. Fed. MARCELO SARAIVA votou nos termos do art. 942, §1º do CPC. A Des. Fed. CONSUELO YOSHIDA votou nos termos dos arts. 53 e 260, §1º do RITRF3., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora para o Acórdão

### **RELATÓRIO**

Remessa oficial e apelação interposta pela União contra sentença que, em sede de mandado de segurança, concedeu a ordem e julgou procedente o pedido para determinar à autoridade coatora o reconhecimento do direito da impetrante à isenção de IPI na aquisição

de veículo automotor, independentemente do decurso do prazo de dois anos estabelecido pelo artigo 6º da Lei n.º 8.989/95 (Id 7490588).

Aduz (Id 7490596) que:

a) é incabível a fruição da isenção de IPI na aquisição de novo veículo, nos termos dos artigos 2º da Lei nº 8.989/95, com redação dada pelo artigo 2º, § 3º, da Lei 11.196/2005, e 11, inciso V, da Instrução Normativa RFB nº 988/2009;

b) o benefício fiscal somente poderá ser fruído uma vez a cada dois anos, independentemente da ocorrência de fortuito ou força maior, com o automóvel adquirido anteriormente ao benefício;

c) a administração tributária é regida pelo princípio da legalidade, razão pela qual não há como reconhecer a isenção sem a ausência de preenchimento de todos os requisitos e de previsão legal que autorize a concessão de novo benefício em caso de ocorrência de fortuito antes do término do prazo legal;

d) conforme o disposto no artigo 111 do Código Tributário Nacional, interpreta-se restritivamente a legislação tributária que disponha sobre outorga de isenção.

Sem contrarrazões, os autos foram remetidos a essa corte.

O Ministério Público Federal entendeu ausente o interesse institucional apto a justificar a sua intervenção e se manifestou pelo prosseguimento do feito (Id 35374432).

*É o relatório.*

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

## VOTO

### I - Dos fatos

Mandado de segurança impetrado por *Celia Carla Peixe Martins Peres de Souza* contra ato praticado pelo Delegado da Receita Federal em São Paulo, com vista, na condição de deficiente físico, à concessão da isenção do IPI antes do decurso do prazo de dois anos, em razão roubo de seu veículo, situação que caracteriza força maior e, portanto, autoriza o aproveitamento do benefício.

### II - Da isenção do IPI

Sobre o tema dispunham os artigos 1º e 2º da Lei nº 8.989/95, com a redação vigente à época dos fatos:

Art. 1º. Ficam isentos do Imposto Sobre Produtos Industrializados – IPI os automóveis de passageiros de fabricação nacional, equipados com motor de cilindrada não superior a dois mil centímetros cúbicos, de no mínimo quatro portas inclusive a de acesso ao bagageiro, movidos a combustíveis de origem renovável ou sistema reversível de combustão, quando adquiridos por: (Redação dada pela Lei nº 10.690, de 16.6.2003

(...)

IV – pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas, diretamente ou por intermédio de seu representante legal;

Art. 2º. A isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI de que trata o art. 1º desta Lei somente poderá ser utilizada uma vez, salvo se o veículo tiver sido adquirido há mais de 2 (dois) anos. [destaquei]

Por sua vez, a Instrução Normativa SRF nº 988, de 22.12.2009, disciplinou a matéria nos seguintes termos:

Art. 2º As pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas, ainda que menores de 18 (dezoito) anos, poderão adquirir, diretamente ou por intermédio de seu representante legal, com isenção do IPI, automóvel de passageiros ou veículo de uso misto, de fabricação nacional, classificado na posição 87.03 da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (T IPI).

(...)

§ 3º *O direito à aquisição com o benefício da isenção de que trata o caput poderá ser exercido apenas 1 (uma) vez a cada 2 (dois) anos, sem limite do número de aquisições, observada a vigência da Lei nº 8.989, de 1995.*

§ 4º Em qualquer hipótese, o prazo de 2 (dois) anos a que se refere o § 3º:

I - deverá ser obedecido para uma nova aquisição de veículo com isenção do IPI; e

II - terá como termo inicial a data de emissão da Nota Fiscal da aquisição anterior com isenção do IPI.

A norma, em atendimento aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade (artigos 1º, inciso III, 5º, *caput*, e 224 da Constituição), tem como objetivo oferecer às pessoas com deficiência física, por meio do benefício da isenção, a inserção dos deficientes físicos na sociedade e o acesso a melhores condições de vida. Nesse contexto, não obstante a vedação temporal imposta pela lei, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, nas hipóteses de força maior, como o roubo, tal restrição deve ser afastada, de modo a satisfazer o caráter humanitário da política fiscal (REsp 1825773/SC, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 19.08.2019, DJe de 21.08.2019). Confira-se ainda:

TRIBUTÁRIO. IPI. ISENÇÃO NA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. PESSOA COM NECESSIDADES ESPECIAIS. LAPSO TEMPORAL DE DOIS ANOS PREVISTO NO ART. 20. DA LEI 8.989/1995 PARA AQUISIÇÃO DE NOVO VEÍCULO. EXCEÇÃO QUE DEVE SER AFASTADA DIANTE DO CASO CONCRETO. VEÍCULO ROUBADO. SUPERAÇÃO DO ÓBICE EM PROL DAS AÇÕES AFIRMATIVAS. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. O art. 20. da Lei 8.989/1995 restringe a isenção do IPI ao limite temporal de dois anos para a aquisição de novo veículo automotor.

2. O Tribunal local afastou a limitação temporal do art. 20. da Lei 8.989/1995, com base no princípio da dignidade da pessoa humana e em razão de motivo de força maior, tendo em vista que o veículo do recorrido havia sido roubado, tratando-se, ademais, de pessoa portadora de atenções especializadas.

3. *A orientação dessa Corte é que a Lei 8.989/1995 não pode ser interpretada em óbice à implementação de ação afirmativa para inclusão de pessoas com necessidades especiais* (REsp. 567.873/MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 25.02.2004, p. 120).

4. Recurso Especial desprovido.

(REsp 1390345/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, j. 24.03.2015, DJe 07.04.2015, destaquei).

No mesmo sentido é o entendimento desta corte:

TRIBUTÁRIO. ISENÇÃO DE IPI. PESSOA COM DEFICIÊNCIA VÍTIMA DE ENCHENTE/ INUNDAÇÃO. PERDA DO VEÍCULO. AQUISIÇÃO DE NOVO VEÍCULO AUTOMOTOR. PRAZO INFERIOR A DOIS ANOS. POSSIBILIDADE.



1. A proibição da concessão da isenção de IPI aos deficientes que adquiram novo veículo adaptado em prazo inferior a dois anos, prevista no art. 2º da Lei nº 8.989/1995, visa a coibir o uso indevido do benefício.
  2. No caso em análise, trata-se de perda total de veículo em decorrência de enchente/inundação, não se mostrando razoável tal restrição para o fim que colima, qual seja, a proteção a dignidade da pessoa humana.
  3. A despeito da determinação legal de interpretação restritiva para os benefícios fiscais, inserta no art. 111, II, do CTN, a Constituição Federal exige tratamento diferenciado para a pessoa portadora de deficiência física, para lhe garantir o pleno exercício de seus direitos individuais e sociais, dentre os quais, o direito de locomoção, conforme asseguram o art. 5º, o art. 23, II, o art. 203, IV e art. 227, § 1º, II, todos da Constituição Federal.
  4. *Não há porque negar-lhe o direito à isenção para novo veículo. Negar a medida seria restringir direito daquele que a legislação visa proteger por suas necessidades especiais.*
  5. Assinale-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a Lei 8.989/1995 não pode ser interpretada em óbice à implementação de ação afirmativa para inclusão de pessoas com necessidades especiais, razão pela qual o lapso temporal para a concessão da isenção do IPI, na aquisição de veículo automotor, deve ser interpretado de maneira a satisfazer o caráter humanitário da política fiscal, bem como de impedir sua utilização para fins de enriquecimento indevido.
  6. Remessa oficial a que se nega provimento.
- (ReeNec 5002389-76.2017.4.03.6103, Terceira Turma, Rel. Des. Fed. Mairan Maia, j. 04.04.2019, Intimação via sistema em 09.04.2019, destaquei).

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. ISENÇÃO IPI. AUTOMÓVEL. PORTADOR DEFICIÊNCIA. AQUISIÇÃO VEÍCULO ISENÇÃO. ANTES DECURSO DOIS ANOS. ROUBO COMPROVADO. POSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.**

-O artigo 6º da Lei 8.989/1995, disciplina a isenção de IPI na aquisição de automóveis também para pessoas portadoras de deficiência física.

-*In casu*, embora o princípio da legalidade a ser aplicado às isenções tributárias (artigo 111 do CTN), entendo que não se afigura sequer minimamente razoável a cobrança do IPI para os casos como o discutido nos autos. Com efeito, impedir a isenção do IPI para o portador de deficiência que adquira novo veículo antes de decorridos dois anos da anterior aquisição, quando comprovado o roubo do antigo automóvel, seria absolutamente contrário ao arcabouço jurídico que rege as relações sociais das pessoas com deficiência.

-A Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989 em seus artigos 1º, 2º e 9º dispõe sobre a questão ora discutida.

-Ressalte-se que o artigo 393 do CC, tratando a questão do caso fortuito e força, deixa claro que não caberá ao devedor se responsabilizar por prejuízos decorrentes desses eventos, salvo quando houver expressamente se responsabilizado.

-*No caso presente seria descabida a cobrança de IPI, uma vez que o contribuinte ora agravado não deu causa à perda do veículo anterior, sofrendo as vicissitudes de viver em um país com altos índices de violência, em razão, entre outras questões, da própria incapacidade estatal em fornecer a segurança pública adequada. No mais, a locomoção é um direito de todo cidadão, devendo ser oferecido tratamento diferenciado àqueles que têm dificuldades por questões físicas, nos termos do inciso II do §1º do artigo 227 da CF.*

-O afastamento da incidência do IPI no caso vertente, pelo magistrado de primeiro grau, não infringiu o disposto no artigo 111, II, do CTN, mas apenas interpretou o direito de forma sistemática, ponderando os princípios e dispositivos em jogo. Reiterada Juspudencia.

-Agravo de Instrumento improvido.

(AI 5001183-03.2017.4.03.0000, Quarta Turma, Rel. Des. Fed. Monica Nobre, j. 04.08.2017, Intimação via sistema em 18.09.2017, destaquei).

Inicialmente, observo que não resta dúvida sobre a condição da autora de beneficiária da isenção prevista na Lei n.º 8.989/95 (Id 7490359), razão pela qual não está sujeita ao pagamento do tributo. De outro lado, utilizada a via mandamental, cabe à parte a demonstração da existência de seu direito líquido e certo por meio de prova pré-constituída apta a demonstrar a existência de direito violado ou passível de violação. Conforme ensina Hugo de Brito Machado (*in* Mandado de Segurança em Matéria Tributária, 8ª edição, 2009, p.118, São Paulo: Dialética): *no mandado de segurança as provas devem ser, em princípio, oferecidas com a inicial. Se os fatos alegados dependem de prova a demandar instrução no curso do processo, não se pode afirmar que o direito, para cuja proteção é este requerido, seja líquido e certo. Diz-se, por isto, que no mandado de segurança deve ser pré-constituída.*

No caso, a impetrante não trouxe aos autos os elementos necessários à comprovação de seu direito, dado que o boletim de ocorrência juntado é eletrônico e dependia da confirmação dos dados fornecidos junto à unidade policial no prazo de cinco dias (Id 7490354) e, além disso, não há a comprovação do pagamento do prêmio pela seguradora. Assim, ausente direito líquido e certo, há de ser reformada a sentença e denegada a segurança. Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. REQUISICÃO DE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA. ART. 6º DA LC Nº 105/2001. ILEGALIDADE DO PROCEDIMENTO. NÃO COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO PROVIDO.

(...)

- A questão da inconstitucionalidade do artigo 6º da LC nº 105/2001 não cabe ser reanalisada, diante da inexistência de recurso do impetrante. Destarte, em razão da ausência de prova do direito líquido e certo, a segurança deve ser denegada.

- Apelação e remessa oficial providas.

(TRF 3ª Região, ApReeNec 0012195-85.2011.4.03.6119, Quarta Turma, Rel. Juiz Conv. Ferreira Da Rocha, j. 21.02.2018, e-DJF3 Judicial 1 de 26.03.2018, destaquei).

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL. SENTENÇA PARCIALMENTE PROCEDENTE. REMESSA OFICIAL E APELO DA UNIÃO PROVIDOS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

(...)

- Sem que haja evidência no sentido de se comprovar o direito alegado, denego a segurança e julgo improcedente o pedido do autor.

- Sem honorários, *ex vi* do disposto no artigo 25 da Lei n.º 12.016/09.

- Dado provimento à remessa oficial, assim como à apelação da fazenda, para reformar a sentença a fim de denegar a segurança e julgar improcedente o pedido do autor, conforme fundamentação explicitada.

(TRF 3ª Região, AC 0002968-45.2014.4.03.6126, Quarta Turma, Rel. Desembargador Federal André Nabarrete, j. 24.05.2017, e-DJF3 Judicial 1 de 14.06.2017, destaquei).

Ante o exposto, dou provimento à remessa oficial e à apelação, para reformar a sentença e denegar a ordem. Sem honorários, na forma do artigo 25 da Lei n.º 12.016/09. Custas *ex vi legis*

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

## DECLARAÇÃO DE VOTO

A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA:

Peço vênica ao e. Relator para divergir, considerando entendimento externado em voto-vista na apelação cível nº 2012.61.23.002033-4.

Com efeito, tenho que a questão relativa à limitação temporal da isenção prevista no art. 2º da Lei nº 8.989/95 não alcança os casos decorrentes de sinistro com a perda total do automóvel, na hipótese dos autos, conforme decidido pelo MM. Juízo “a quo” na linha do entendimento predominante do C. STJ, que, inclusive, tem decidido os recursos de forma monocrática. Vejamos:

### “DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, com fundamento na alínea “a” do inciso III do art. 105 da CF/1988, contra acórdão do TRF da 2ª Região assim ementado (e-STJ, fl. 145):

**TRIBUTÁRIO. VEÍCULO UTILIZADO POR DEFICIENTE FÍSICO. IPI. ISENÇÃO. ALIENAÇÃO EM PERÍODO INFERIOR AO ESTABELECIDO NA LEGISLAÇÃO. LEI Nº 8.989/95. SINISTRO. PERDA TOTAL. TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE À SEGURADORA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.**

1 - A Lei 8.989/95 concede isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, na aquisição de automóveis às pessoas portadoras de deficiência física e fixa o prazo de dois anos para outorga de nova isenção.

2 - A finalidade da norma é a inclusão do deficiente em razão do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e do direito à locomoção. A regra que fixa a limitação temporal não é violada quando o gozo da isenção foi interrompido por motivo alheio à vontade do contribuinte, devidamente comprovado em documentação idônea expedida por órgãos oficiais.

3 - O lapso temporal de dois anos para o gozo do benefício da isenção fiscal na aquisição de novo veículo (art. 2º da Lei nº 8.989/95) não se aplica em caso de perda total do veículo, em razão de acidente.

4 - Remessa Necessária e Apelação a que se nega provimento.

Em suas razões, a recorrente acusa violação do art. 2º da Lei n. 8.989/1995.

Sustenta, em síntese, que, ainda que o contribuinte tenha seu carro objeto de sinistro com perda total, deve ser afastada a hipótese de isenção do tributo.

Contrarrazões recursais apresentadas às e-STJ, fls. 146/157.

Admitido o recurso especial na origem (e-STJ, fl. 162), subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer de e-STJ, fls. 178/181, opinou pelo não conhecimento do recurso e, caso acolhido, pelo seu desprovimento.

É o relatório.

*A questão não é nova e o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido da manutenção do benefício fiscal do IPI quando a transferência prematura do veículo se dá para a companhia de seguro como cumprimento de cláusula contratual para o pagamento de indenização decorrente de sinistro.*

Em situação análoga, assim decidiu esta Corte:

**PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. IPI. VEÍCULO UTILIZADO POR PROFISSIONAL TAXISTA. ISENÇÃO. ALIENAÇÃO EM PERÍODO INFERIOR AO ESTABELECIDO NA LEGISLAÇÃO. INCIDÊNCIA, RESSALVADA A HIPÓTESE EM QUE A TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE SE DÁ PARA O FIM DE INDENIZAÇÃO, PELA SEGURADORA, EM CASO DE SINISTRO QUE IMPLICA PERDA TOTAL DO BEM.**

1. Não se conhece de Recurso Especial em relação a ofensa ao art. 535 do CPC quando a parte não aponta, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Aplicação, por analogia, da Súmula 284/STF.
2. Define o art. 6º da Lei 8.989/1995, em sua redação original, que perde o benefício da isenção do IPI o profissional motorista de táxi que o alienar, antes de três anos, a pessoas que não satisfaçam às condições e requisitos estabelecidos em legislação própria.
3. A suspensão do IPI, no ponto, tem finalidade extrafiscal, qual seja a de estimular os meios de transporte público - no caso, nas condições especificadas em lei, facilita-se a aquisição de veículo que é instrumento de trabalho do profissional taxista.
4. Cessa o benefício, contudo, se houver alienação antes do prazo definido na legislação tributária (originalmente, 3 anos; atualmente, 2 anos). O objetivo é coibir a celebração de negócio jurídico que, em caráter comercial ou meramente civil, atraia escopo lucrativo.
5. Na hipótese dos autos, contudo, a situação é diversa. A transferência da propriedade (no caso, sucata) decorreu do cumprimento de cláusula contratual, requisito para o recorrido receber a indenização devida pela companhia de seguro, após acidente em evento que implicou perda total do automóvel.
6. Nesse contexto, ausente a intenção de utilizar a legislação tributária para fins de enriquecimento indevido, deve ser rejeitada a pretensão recursal.
7. Recurso Especial não provido.

(REsp 1.310.565/PB, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/8/2012, DJe 3/9/2012)

Desse modo, verifica-se que o acórdão do Tribunal de origem está em conformidade com o entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, com fulcro no art. 932, IV, do CPC/2015, c/c o art. 255, § 4º, II, do RISTJ e a Súmula 568/STJ, nego provimento ao recurso especial.”

(REsp 1636817/RJ, Rel. Min. OG FERNANDES, j. 10/12/2018, DJe 12/12/2018)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IPI. ISENÇÃO. ADQUIRENTE DO VEÍCULO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA. LEI 8.989/1995. NECESSIDADE DE LAPSO TEMPORAL. AQUISIÇÃO DE NOVO VEÍCULO. SINISTRO. PERDA TOTAL DO VEÍCULO ANTERIOR. PERÍODO INFERIOR AO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. EXCEÇÃO. SUPERAÇÃO DO ÓBICE. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado (fl. 243):

TRIBUTÁRIO. IPI. ISENÇÃO. LEI Nº 8.989, DE 1995. PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. PERDA TOTAL. SINISTRO. VEÍCULO ADQUIRIDO A MENOS DE DOIS ANOS. AQUISIÇÃO DE NOVO VEÍCULO. AUSÊNCIA DE INTENÇÃO DE AUFERIR LUCRO COM A BENESSE FISCAL.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência estabeleceu que os Estados Partes devem tomar medidas efetivas para assegurar às pessoas com deficiência sua mobilidade pessoal com a máxima independência possível, “facilitando a mobilidade pessoal das pessoas com deficiência, na forma e no momento em que elas quiserem, e a custo acessível”.

A pessoa com deficiência física faz jus à isenção de IPI na aquisição de novo veículo, mesmo antes de decorridos dois anos da concessão de anterior desoneração, na hipótese de sinistro do antigo automóvel.

Assim, a regra restrita constante do art. 2º da Lei nº 8.989/95, deve ser interpretada no sentido de vedar nova aquisição voluntária, no lapso de 2 anos, e não a compra de veículo com a finalidade apenas de repor o bem anterior, que foi suprimido do patrimônio do contribuinte, sob circunstância alheia a sua vontade.

Os embargos de declaração foram rejeitados, conforme fls. 262-272.

No recurso especial, a parte recorrente alega violação ao art. 1.022, II, do CPC/2015; aos arts. 2º da Lei 8.989/1995; e 111, II, do CTN. Argumenta que mostra-se equivocada a decisão que

concedeu isenção tributária ao impetrante ao extrapolar os termos prescritos pela legislação pertinente, vulnerando abertamente o art. 111, II do CTN, porquanto não há como incluir o impetrante entre os beneficiários das isenções em apreço, se este já se beneficiou da isenção no período inferior a dois anos.

Sem contrarrazões.

Decisão de admissibilidade às fls. 300-301.

É o relatório. Decido.

De início, afasta-se a alegada violação do artigo 1.022 do CPC/2015, porquanto o acórdão recorrido manifestou-se de maneira clara e fundamentada a respeito das questões relevantes para a solução da controvérsia. A tutela jurisdicional foi prestada de forma eficaz, não havendo razão para a anulação do acórdão proferido em sede de embargos de declaração.

*A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a Lei 8.989/1995 não pode ser interpretada em óbice à implementação de ação afirmativa para inclusão de pessoas com necessidades especiais, de forma que o lapso temporal para a concessão da isenção do IPI, na aquisição de veículo automotor, deve ser interpretado de maneira a satisfazer o caráter humanitário da política fiscal, bem como de impedir sua utilização para fins de enriquecimento indevido.*

Nesse sentido, confirmam-se:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IPI. ISENÇÃO NA COMPRA DE AUTOMÓVEIS. DEFICIENTE FÍSICO IMPOSSIBILITADO DE DIRIGIR. AÇÃO AFIRMATIVA. LEI 8.989/95 ALTERADA PELA LEI Nº 10.754/2003. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA *LEX MITIOR*.

1. A ratio legis do benefício fiscal conferido aos deficientes físicos indicia que indeferir requerimento formulado com o fim de adquirir um veículo para que outrem o dirija, à míngua de condições de adaptá-lo, afronta ao fim colimado pelo legislador ao aprovar a norma visando facilitar a locomoção de pessoa portadora de deficiência física, possibilitando-lhe a aquisição de veículo para seu uso, independentemente do pagamento do IPI. Consectariamente, revela-se inaceitável privar a Recorrente de um benefício legal que coadjuva às suas razões finais a motivos humanitários, posto de sabença que os deficientes físicos enfrentam inúmeras dificuldades, tais como o preconceito, a discriminação, a comisseração exagerada, acesso ao mercado de trabalho, os obstáculos físicos, constatações que conduziram à consagração das denominadas ações afirmativas, como esta que se pretende empreender.

2. Consectário de um país que ostenta uma Carta Constitucional cujo preâmbulo promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, promessas alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, é o de que não se pode admitir sejam os direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiência, relegados a um plano diverso daquele que o coloca na eminência das mais belas garantias constitucionais.

3. Essa investida legislativa no âmbito das desigualdades físicas corporifica uma das mais expressivas técnicas consubstanciadoras das denominadas “ações afirmativas”.

4. Como de sabença, as ações afirmativas, fundadas em princípios legitimadores dos interesses humanos reabre o diálogo pós-positivista entre o direito e a ética, tornando efetivos os princípios constitucionais da isonomia e da proteção da dignidade da pessoa humana, cânones que remontam às mais antigas declarações Universais dos Direitos do Homem. Enfim, é a proteção da própria humanidade, centro que hoje ilumina o universo jurídico, após a tão decantada e aplaudida mudança de paradigmas do sistema jurídico, que abandonando a igualização dos direitos optou, axiologicamente, pela busca da justiça e pela pessoalização das situações consagradas na ordem jurídica.

5. Deveras, negar à pessoa portadora de deficiência física a política fiscal que consubstancia verdadeira positive action significa legitimar violenta afronta aos princípios da isonomia e da defesa da dignidade da pessoa humana.

6. O Estado soberano assegura por si ou por seus delegatários cumprir o postulado do acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.



7. Incumbe à legislação ordinária propiciar meios que atenuem a natural carência de oportunidades dos deficientes físicos.

8. *In casu*, prepondera o princípio da proteção aos deficientes, ante os desfavores sociais de que tais pessoas são vítimas. A fortiori, a problemática da integração social dos deficientes deve ser examinada prioritariamente, *maxime* porque os interesses sociais mais relevantes devem prevalecer sobre os interesses econômicos menos significantes.

9. Imperioso destacar que a Lei nº 8.989/95, com a nova redação dada pela Lei nº 10.754/2003, é mais abrangente e beneficia aquelas pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas, diretamente ou por intermédio de seu representante legal pela Lei nº 10.690, de 16.6.2003), vedando-se, conferir-lhes na solução de seus pleitos, interpretação deveras literal que conflite com as normas gerais, obstando a salutar retroatividade da lei mais benéfica. (*Lex Mitior*).

10. O CTN, por ter status de Lei Complementar, não distingue os casos de aplicabilidade da lei mais benéfica ao contribuinte, o que afasta a interpretação literal do art. 1º, § 1º, da Lei 8.989/95, incidindo a isenção de IPI com as alterações introduzidas pela novel Lei 10.754, de 31.10.2003, aos fatos futuros e pretéritos por força do princípio da retroatividade da *lex mitior* consagrado no art. 106 do CTN.

11. Deveras, o ordenamento jurídico, principalmente na era do pós-positivismo, assenta como técnica de aplicação do direito à luz do contexto social que: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

(Art. 5º LICC) 12. Recurso especial provido para conceder à recorrente a isenção do IPI nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei nº 8.989/95, com a novel redação dada pela Lei 10.754, de 31.10.2003, na aquisição de automóvel a ser dirigido, em seu prol, por outrem.

(REsp 567.873/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/02/2004, DJ 25/02/2004, p. 120)

TRIBUNÁRIO. IPI. ISENÇÃO NA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. PESSOA COM NECESSIDADES ESPECIAIS. LAPSO TEMPORAL DE DOIS ANOS PREVISTO NO ART. 20. DA LEI 8.989/1995 PARA AQUISIÇÃO DE NOVO VEÍCULO. EXCEÇÃO QUE DEVE SER AFASTADA DIANTE DO CASO CONCRETO. VEÍCULO ROUBADO. SUPERAÇÃO DO ÓBICE EM PROL DAS AÇÕES AFIRMATIVAS. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. O art. 20. da Lei 8.989/1995 restringe a isenção do IPI ao limite temporal de dois anos para a aquisição de novo veículo automotor.

2. O Tribunal local afastou a limitação temporal do art. 20. da Lei 8.989/1995, com base no princípio da dignidade da pessoa humana e em razão de motivo de força maior, tendo em vista que o veículo do recorrido havia sido roubado, tratando-se, ademais, de pessoa portadora de atenções especializadas.

3. A orientação dessa Corte é que a Lei 8.989/1995 não pode ser interpretada em óbice à implementação de ação afirmativa para inclusão de pessoas com necessidades especiais (REsp. 567.873/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 25.02.2004, p. 120).

4. Recurso Especial desprovido.

(REsp 1390345/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 07/04/2015)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. IPI. VEÍCULO UTILIZADO POR PROFISSIONAL TAXISTA. ISENÇÃO. ALIENAÇÃO EM PERÍODO INFERIOR AO ESTABELECIDO NA LEGISLAÇÃO. INCIDÊNCIA, RESSALVADA A HIPÓTESE EM QUE A TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE SE DÁ PARA O FIM DE INDENIZAÇÃO, PELA SEGURADORA, EM CASO DE SINISTRO QUE IMPLICA PERDA TOTAL DO BEM.

1. Não se conhece de Recurso Especial em relação a ofensa ao art. 535 do CPC quando a parte não aponta, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Aplicação, por analogia, da Súmula 284/STF.

2. Define o art. 6º da Lei 8.989/1995, em sua redação original, que perde o benefício da isenção do IPI o profissional motorista de táxi que o alienar, antes de três anos, a pessoas que não satisfaçam às condições e requisitos estabelecidos em legislação própria.

3. A suspensão do IPI, no ponto, tem finalidade extrafiscal, qual seja a de estimular os meios de transporte público - no caso, nas condições especificadas em lei, facilita-se a aquisição de veículo que é instrumento de trabalho do profissional taxista.

4. Cessa o benefício, contudo, se houver alienação antes do prazo definido na legislação tributária (originalmente, 3 anos; atualmente, 2 anos). O objetivo é coibir a celebração de negócio jurídico que, em caráter comercial ou meramente civil, atraia escopo lucrativo.

5. Na hipótese dos autos, contudo, a situação é diversa. A transferência da propriedade (no caso, sucata) decorreu do cumprimento de cláusula contratual, requisito para o recorrido receber a indenização devida pela companhia de seguro, após acidente em evento que implicou perda total do automóvel.

6. Nesse contexto, ausente a intenção de utilizar a legislação tributária para fins de enriquecimento indevido, deve ser rejeitada a pretensão recursal.

7. Recurso Especial não provido.

(REsp 1310565/PB, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/08/2012, DJe 03/09/2012)

No caso concreto, o Tribunal *a quo* afastou a restrição em virtude de ter havido perda total do veículo anterior. Nesse sentido, destaca-se o seguinte excerto do voto condutor do acórdão recorrido (fl. 238):

Ocorre que, no caso em comento, está demonstrado que não há nenhum favorecimento indevido por parte do impetrante, como consta da sentença:

No caso dos autos, o impetrante adquiriu veículo em 10/03/2016 com isenção do IPI (NFISCAL9). Porém, em outubro houve a ocorrência de sinistro que culminou na perda total do bem (OUT17).

Ora, é evidente que o impetrante não pode ser penalizado com a perda da fruição do benefício fiscal, assegurado por lei, por conta de um evento alheio à sua vontade. Se o veículo adquirido com isenção do IPI foi irreversivelmente danificado, havendo perda total indenizada pela seguradora, o beneficiário tem direito à nova isenção na compra de outro veículo, ainda que não ultrapassado o prazo de 2 anos, previsto no art. 2º da Lei 8.989/95.

O prazo legal visa somente a impedir que uma mesma pessoa exerça o direito isencional de forma ilimitada, a fim de obter vantagens indevidas, o que claramente não é o caso.

Dessa forma, restando evidenciado que o impetrante não tem a intenção de auferir lucro com a benesse fiscal e que o veículo constitui o instrumento indispensável para o exercício de sua cidadania, uma vez que sofre de monoparesia do membro superior direito por seqüela de traumatismo do plexo braquial (CID G54.0), conforme laudo (evento 1, LAUDO5) deve ser afastada a limitação temporal prevista no artigo 2º da Lei nº 8.989, de 1995.

Verifica-se que o Tribunal *a quo* decidiu de acordo com jurisprudência desta Corte, de modo que, se aplica, à espécie, o enunciado da Súmula 83/STJ.

Ante o exposto, nego seguimento ao recurso especial.”

(REsp 1737568/RS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, j. 19/09/2018, DJe 24/09/2018)

*In casu*, comprovado ter sido a impetrante vítima de roubo, não se lhe aplica a restrição imposta pelo art. 2º da Lei nº 8.989/95.

Antes o exposto, peço vênica ao e. Relator para negar provimento à apelação e à remessa oficial, mantendo-se na íntegra a r. sentença.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora para o Acórdão

# Sentenças





## PROCEDIMENTO COMUM

**0017600-09.2004.4.03.6100**

Autora: RR DONNELLEY MOORE EDITORA E GRÁFICA LTDA.

Ré: UNIÃO FEDERAL

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

Juíza Federal: ANA LÚCIA PETRI BETTO

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/11/2019

### SENTENÇA

Trata-se de ação ordinária ajuizada por *RR DONNELLEY MOORE EDITORA E GRÁFICA LTDA.* em face da *UNIÃO FEDERAL*, em que pretende a autora a anulação do crédito tributário consubstanciado no processo administrativo nº 10882.000014/00-36, com o cancelamento da inscrição em dívida ativa nº 80.6.04.047495-07.

Relata, em síntese, que, em 13/01/2000, foi lavrado o auto de infração que deu origem ao processo administrativo nº 10882.000014/00-36, exigindo o recolhimento de CSL relativamente aos meses de março, abril e maio de 1995, acrescidos de multa de ofício de 75% e juros de mora, em razão de compensação indevida de base de cálculo negativa de exercícios anteriores.

Narra que exauriu a via administrativa, sem sucesso.

Pugna pelo reconhecimento da decadência, já que o auto de infração foi lavrado somente em janeiro de 2000. Aponta que a base de cálculo negativa da CSL foi apurada em dezembro de 1992 e informada em janeiro de 1993, na Declaração de Rendimentos entregue pela autora em 28/08/1994. No mérito, requer o reconhecimento do princípio da verdade material. Alega que a exigência não poderia prevalecer, uma vez que a suposta insuficiência de saldo negativo de CSL decorreu de erro cometido pela autora no preenchimento da Declaração de Rendimentos do período-base de 1992. Sustenta que deixou de preencher o Anexo 8 da declaração, bem como quadro 3 do Anexo 4, de maneira que não teria constado da declaração em campo próprio a base de cálculo negativa da contribuição. Ressalta que a base negativa de CSL do período-base de 1992 seria suficiente a suportar a base de cálculo dos meses de março, abril e maio de 1995. Aduz violação ao artigo 195, I da CF e artigos 43 e 110 do CTN, além da Lei 7.689/88. Requer, ainda, o afastamento da exigência de SELIC sobre a multa e o afastamento da utilização da taxa SELIC como índice para cômputo dos juros de mora.

A inicial foi instruída com documentos.

Determinada a citação, a União apresentou contestação (fls. 208/219), apontando que o auto de infração decorre de declaração de rendimentos correspondentes ao ano-calendário de 1995 (DIRJ/96), na qual constatou-se a compensação indevida da base de cálculo da CSL. Aduz que inexistem documentos capazes de atestar a base de cálculo negativa no exercício de 1993, ano-calendário 1992. Sustenta que os juros de mora na multa moratória são calculados conforme permissivo legal, qual seja, o artigo 84 da Lei 8981/94, além de apontar a legalidade da taxa SELIC. Quanto à decadência, afirma que não é possível o seu reconhecimento, uma vez que os fatos geradores aconteceram em 1995, enquanto que o lançamento ocorreu em 2000.

A parte autora manifestou-se em réplica (fls. 249/266).



Foi deferida a produção da prova pericial requerida pela parte autora (fl. 289). Com a juntada da cópia integral do procedimento administrativo, e apresentados os quesitos do autor, quedando-se inerte a ré, os trabalhos periciais foram iniciados.

O perito apresentou laudo às fls. 676/695, concluindo, em suma, que a autora possuía saldo negativo de CSL no ano-base de 1992, tendo havido a falta de preenchimento dos anexos da DIPJ. Por sua vez, aponta que o valor era suficiente para compensar a contribuição devida em 03/1995 e em 04/1995, mas não em 05/1995. Com relação a este período, indica que a própria autora apurou a diferença e efetuou um recolhimento, o qual, segundo suas conclusões, não foi integral. A autoridade fiscal, entretanto, não teria levado em consideração o valor pago pela demandante. Constata, por fim, que foram calculados não só juros sobre os tributos lançados, mas também sobre a multa de ofício.

A parte autora manifestou-se às fls. 842/847.

Sobreveio sentença às fls. 864/866. Interposta apelação pela União o provimento judicial foi anulado, por cerceamento de defesa.

Com o retorno dos autos a este Juízo, a ré manifestou-se às fls. 1145/1148, concordando com alguns pontos do laudo, em especial no que diz respeito à cobrança dos juros na multa de ofício.

O autor, por sua vez, formulou pedido de antecipação de tutela, indeferido às fls. 1183/1184. Foi interposto agravo de instrumento em face desta decisão (fs. 1210/1214). A comunicação da decisão em sede recursal foi juntada às fls. 1224/1227 e 1284/1292.

Prestados esclarecimentos adicionais pelo perito às fls. 1216/1221, os quais foram reificados às 1234/1247, a respeito dos quais as partes se manifestaram (fls. 1303/1373 e fls. 1378/1395).

A decisão às fls. 1396/1398 determinou a conversão do feito em diligência, para realização de nova perícia, uma vez que *“o conteúdo do laudo deixa claro que lastreou suas conclusões apenas no que foi declarado pela autora, o que, à evidência, não satisfaz o questionamento acerca da efetiva escrituração de valores que possam demonstrar que a autora possuía base de cálculo negativa de CSL no período-base de 1992”*.

Foram apresentados quesitos complementares pelo autor (fls. 1403/1405) e réu (fls. 1413/1414).

Apresentado novo laudo pericial às fls. 1436/1479.

Com as manifestações do autor (fls. 1484/1498) e da União (fls. 1531/1536), foram prestados esclarecimentos pelo perito às fls. 1539/1553.

Intimados, a requerente concordou com o laudo (fls. 1556/1557), enquanto que a ré informou sua discordância (fls. 1564/1569).

O perito trouxe novas explicações às fls. 1572/1577, a respeito dos quais houve manifestações das partes às fls. 1582, 1584/1593 e 1596/1600.

Os autos vieram conclusos para sentença.

*É o relatório. Decido.*

De início, deve-se afastar a decadência alegada pela parte autora.

Nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, nos quais o contribuinte deverá calcular e declarar o quanto deve, antecipando o pagamento, a decadência, em regra, segue o previsto pelo §4º do artigo 150 do CTN:

“Artigo 150 § 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”

Por sua vez, na hipótese do contribuinte não efetuar nenhum pagamento, a decadência será regida pelo artigo 173, I do CTN:

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;”

Nesse sentido, o E. Superior Tribunal de Justiça:

“(...) Havendo pagamento, ainda que não seja integral, estará ele sujeito à homologação, daí porque deve ser aplicado para o lançamento suplementar o prazo previsto no § 4º desse artigo (de cinco anos a contar do fato gerador). Todavia, não havendo pagamento algum, não há o que homologar, motivo porque deverá ser adotado o prazo previsto no art. 173, I, do CTN.” (STJ. 2ª Turma. AgRg no REsp 1277854/PR, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 12/06/2012)

No presente caso, sob qualquer ângulo que se analise a questão, não há que se falar em decadência.

Com efeito, o auto de infração foi lavrado em *janeiro de 2000, exigindo o recolhimento de CSL relativamente aos meses de março, abril e maio de 1995*; portanto, dentro do prazo de cinco anos, qualquer que seja o termo inicial da contagem.

Ademais, ao contrário do que sustenta a demandante, a autuação não determina o recolhimento do tributo relativo ao período-base de 1992. Nesse sentido, conclui que houve a compensação indevida, em março, abril e maio de 1995, de base de cálculo negativa de exercícios anteriores, não informada na declaração de 1992.

Superada a questão prejudicial, passo ao exame do mérito.

O cerne da lide consiste em verificar se, de fato, havia saldo negativo de CSL no período base de 1992, apto a ser utilizado para compensar os créditos apurados em março, abril e maio de 1995.

Nesse sentido, é incontroverso que a insuficiência de saldo negativo de CSL apurada pela fiscalização decorre de erro cometido pela própria autora no preenchimento da Declaração de Rendimentos do período-base de 1992, ao deixar de completar o Anexo 8 da declaração, bem como o quadro 3 do Anexo 4.

A reconstituição seria possível a partir da apresentação, pela autora, dos documentos contábeis, em especial o Livro Diário/Razão.

Entretanto, como alega em sua petição inicial, o estabelecimento que continha os livros foi destruído por incêndio, em 1995, conforme Boletim de Ocorrência (fls. 101/102). Oportuno destacar que o evento foi noticiado à praça em jornal de grande circulação (fl. 103) e informado à Secretaria da Receita Federal (fl. 77).

Assim, resta indagar se, a partir dos outros dados contidos nas declarações enviadas dos anos-base de 1992 e 1993, seria possível reconstituir os elementos que deveriam ter constado do Anexo 8 e do quadro 3 do Anexo 4.

A Lei 7.689/88 define a base de cálculo da CSL, que, por ocasião do fato gerador, tinha a seguinte redação:

“Art. 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo:

- a) será considerado o resultado do período-base encerrado em 31 de dezembro de cada ano;
- b) no caso de incorporação, fusão, cisão ou encerramento de atividades, a base de cálculo é o resultado apurado no respectivo balanço;
- c) o resultado do período-base, apurado com observância da legislação comercial, será ajustado pela: (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)
  - 1 - adição do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)
  - 2 - adição do valor de reserva de reavaliação, baixada durante o período-base, cuja contrapartida não tenha sido computada no resultado do período-base; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)
  - 3 - adição do valor das provisões não dedutíveis da determinação do lucro real, exceto a provisão para o Imposto de Renda; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)
  - 4 - exclusão do resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)
  - 5 - exclusão dos lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita; (Incluído pela Lei nº 8.034, de 1990)
  - 5 - exclusão dos lucros e dividendos derivados de participações societárias em pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil que tenham sido computados como receita; (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)
  - 6 - exclusão do valor, corrigido monetariamente, das provisões adicionadas na forma do item 3, que tenham sido baixadas no curso de período-base. (Incluído pela Lei nº 8.034, de 1990)”

Nesse contexto, foi elaborado o laudo pericial de fls. 1436/1479 e fls. 1539/1553, por “expert” equidistante das partes, o qual concluiu que o montante apurado para a base de cálculo da CSL, caso a documentação juntada pela parte autora seja considerada válida, corresponde ao saldo negativo de Cr\$96.770.073.020,00 (fl. 1476).

Ressalta-se, por oportuno, que o juiz não está adstrito às conclusões do laudo pericial, podendo valorar a prova de acordo com o princípio do livre convencimento motivado (artigo 479 do CPC).

No caso, as próprias conclusões do perito ressaltam que efetuou a mera conferência matemática das demonstrações apresentadas pela autora, cabendo ao magistrado avaliar a suficiência e idoneidade da documentação apresentada.

Com efeito, para a elaboração do seu trabalho, restou evidenciado que o perito utilizou os elementos apresentados pela demandante, em especial o Anexo 7 da Declaração do Ano de 1993 (período-base 1992) e o Anexo 3 da Declaração do Ano de 1994 (período-base 1993).

Entretanto, como bem ressaltado pela parte ré, às fls. 1307/1308, sem a documentação contábil correlata, não há como efetuar o adequado preenchimento do Anexo 8 e do quadro 3 do Anexo 4, uma vez que *os seguintes elementos não existem na Demonstração do Lucro Real (Anexo 7):*

*Adições*

- Reserva de Reavaliação Baixada e não computada no resultado;
- Parcela dos lucros de contratos de construção por empreitada ou fornecimento celebrados com PJ de direito público;
- Outras adições

*Exclusões*

- Reversão dos saldos das provisões não dedutíveis
- Parcela dos lucros de contratos de construção por empreitada ou fornecimento

Ainda, às fls. 1590/1593, depreende-se que, com relação às rubricas “provisões não dedutíveis”, “encargos de depreciação/amortização/exaustão/baixa de bens dif. IPC/BNF” e “reversão das provisões não dedutíveis”, não se pode aferir a distribuição mensal dos valores, ante a ausência da escrituração contábil. No mesmo sentido, não é possível indicar os montantes das “outras exclusões conforme livro LALUR” e nem das “outras adições para CSLL”.

Desse modo, muito embora a parte autora requeira a aplicação do princípio da verdade material ao presente caso, é impossível, sem a correlata documentação fiscal, o preenchimento idôneo do Anexo 8 e do quadro 3 do Anexo 4 da Declaração de 1992.

Por outro lado, resta claro que a fiscalização não considerou o pagamento efetuado pela autora, no importe de R\$54.216,17 (fl. 831). Embora alegue que o recolhimento teria sido realizado com o código de pagamento incorreto (fl. 983), tendo em vista que o montante foi efetivamente revertido em favor dos cofres públicos, deve ser levado em consideração pela autoridade fazendária.

Não se vislumbra, a seu turno, ilegalidade na utilização da SELIC para a atualização monetária do crédito tributário, sendo, contudo, vedada a cumulação com qualquer outro índice, já que, por sua natureza híbrida, engloba tanto a correção monetária quanto os juros de mora (REsp nº 111.175).

Quanto ao afastamento da exigência de SELIC sobre a multa, assevera-se que a própria ré aquiesceu com o pleito (fl. 983), não havendo maiores digressões a serem feitas sobre o tema.

Por fim, ressaltando o entendimento anterior deste juízo, é evidente a inconstitucionalidade da percepção dos honorários sucumbenciais por parte dos advogados públicos (artigos 85§19º, do CPC c/c artigos 27 a 36 da Lei 13.327/2016).

Com efeito, a remuneração dos membros da Advocacia Pública ocorre com base no “regime de subsídio”, estabelecido pela Emenda Constitucional 19/1998 (arts. 39, §§4º e 8º c/c art. 135, ambos da CF), o qual prevê que os servidores organizados em carreira devem ser remunerados exclusivamente por meio de subsídio em parcela única, como é o caso dos advogados públicos.

É vedado, assim, o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de remuneração, ou qualquer outra espécie remuneratória, à exceção das verbas indenizatórias e daquelas previstas no §3º do art. 39 da CF (décimo terceiro salário, adicional noturno, salário família, etc).

Por sua vez, ao se falar em parcela única, resta claro que o constituinte derivado proibiu a divisão do subsídio em duas partes, uma fixa e outra variável.

Sob qualquer ângulo que se analise a questão, é absoluta, pois, a incompatibilidade entre o regime de subsídio com o recebimento de honorários sucumbenciais por parte dos advogados públicos.

Afinal, os honorários ostentam nítido caráter remuneratório e de contraprestação de serviços prestados no curso do processo, até mesmo estando sujeitos a incidência de imposto de renda (Lei 13.327/16).

Permitir que tais servidores públicos possam perceber honorários como uma verba privada, diversa do subsídio, conduziria à inevitável conclusão de que os valores não estariam sujeitos ao teto constitucional, fomentando uma situação de privilégio e de desequilíbrios não justificáveis em um contexto republicano.

Ademais, é falaciosa qualquer alegação no sentido de que a verba honorária não seria verba pública, pois sempre ingressou nos cofres públicos sem qualquer condicionamento de posterior restituição ou recuperação de empréstimos ou valores cedidos pelo governo.

Imperioso destacar que é a Administração que arca com todas as despesas físicas e de pessoal necessárias ao desempenho das atribuições dos advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional, Procuradores Federais, do Banco Central do Brasil, havendo nítido conflito de interesses entre o ente estatal e o advogado público.

É certo, ainda, que tais agentes são muito bem remunerados para desempenhar suas funções institucionais, por meio dos subsídios, como previsto pela Constituição.

Não se pode admitir, assim, que a pretexto da execução de uma receita privada, os patronos executem a cobrança em juízo revestidos na qualidade de agentes públicos.

A utilização da estrutura física e de pessoal da Advocacia- Geral de União para o exercício de uma pretensão privada viola, pois, os princípios basilares da Administração Pública, em especial a moralidade e a impessoalidade.

Convém ressaltar que a inconstitucionalidade da destinação dos honorários de sucumbência aos advogados públicos já foi reconhecida no âmbito do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em incidente próprio (autos nº 0011142-13.2017.4.02.0000).

Em conclusão, admitir a percepção dos honorários de sucumbência por parte dos advogados públicos conduziria ao sepultamento do princípio republicano, em uma aberrante sobreposição de interesses particulares sobre o interesse público, com o qual essa magistrada não pode anuir.

Pelo exposto, declaro, “incidenter tantum”, a inconstitucionalidade do §19º do art. 85 do CPC e dos arts. 27 a 36 da Lei 13.327/16, de modo que a quantia devida a título de honorários deverá ser destinada ao Tesouro Nacional.

#### DISPOSITIVO

Diante do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a demanda, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil, apenas para determinar que a ré considere o recolhimento de R\$54.216,17 (fl. 831) efetuado pela autora e que seja afastada a exigência de SELIC sobre a multa arbitrada no processo administrativo nº 10882.000014/00-36.

Tendo em vista a sucumbência mínima da ré, condeno a parte autora ao pagamento da integralidade de custas e honorários advocatícios, nos termos do art. 86, parágrafo único, do CPC/2015, fixando a verba honorária conforme os percentuais mínimos do artigo 85§3º do CPC/2015, sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, parágrafos 4º, III e 5º do CPC/2015.

Os honorários devidos à parte vencedora deverão ser destinados ao Tesouro Nacional, sendo vedada a destinação da verba a membro da advocacia pública ou ao Conselho Curador de Honorários Advocatícios, nos termos da fundamentação.



Após o trânsito em julgado, oportunamente, dê-se baixa e arquivem-se, observadas as formalidades legais.

Sentença não sujeita ao duplo grau de jurisdição, nos termos do artigo 496, §3º, I do CPC/2015.

P.R.I.C.

São Paulo, de outubro de 2019.

Juíza Federal Substituta ANA LÚCIA PETRI BETTO

## PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL

**0007129-45.2016.4.03.6315**

Autora: MAGDA CONCEIÇÃO GALLAO

Ré: UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DE SO-ROCABA - SP

Juiz Federal: PEDRO HENRIQUE MEIRA FIGUEIREDO

Disponibilização da Sentença: INTIMAÇÃO 16/12/2019

### SENTENÇA

Trata-se de ação proposta por MAGDA CONCEIÇÃO GALLAO em face da UNIÃO (FAZENDA NACIONAL), na qual se pleiteia: (a) a cessação da incidência de imposto de renda, na forma do art. 3º da Lei nº 13.315/2016, sobre seus proventos de aposentadoria; (b) a devolução dos valores retidos mensalmente na aludida sistemática, a título de imposto de renda, desde março de 2016.

Citada, a parte ré ofereceu contestação, em que se opôs à pretensão da parte autora.

É o que basta relatar, à vista do disposto no art. 38 da Lei nº 9.099/1995.

#### *I – FUNDAMENTAÇÃO*

Estando presentes os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo e não havendo necessidade de produção de outras provas, passo ao julgamento *antecipado* (*rectius*: imediato) do mérito, nos termos do art. 355, I, do Código de Processo Civil.

O art. 165 do Código Tributário Nacional disciplina as hipóteses autorizadoras de repetição do indébito tributário. Confira-se:

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à *restituição total ou parcial do tributo*, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de *tributo indevido ou maior que o devido* em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - *erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento*;

III - *reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória*.

Quanto à hipótese de inexigibilidade do tributo, vale destacar que, de acordo com o art. 3º da Lei nº 6.830/1980, os créditos fiscais (tributários ou não tributários) constituídos e regularmente inscritos na dívida ativa gozam da *presunção de certeza e liquidez*. Por tal motivo, a impugnação, pelo contribuinte, da validade do crédito pressupõe, para o seu êxito, que seja evidenciada ilegalidade no procedimento adotado pela Fazenda Pública para sua constituição, por meio de prova *inequívoca* (documental e/ou pericial).

No caso concreto, a pretendida declaração de inexigibilidade do Imposto sobre a Renda, com a consequente anulação dos lançamentos fiscais até então empreendidos mediante retenção em seus proventos de aposentadoria e condenação à repetição do indébito, se funda em alegada quebra da isonomia no tratamento de brasileiros residentes no exterior.

Com razão a parte autora.

Em primeiro lugar, verifico que a incidência de Imposto sobre a Renda, retido na fonte, sobre os proventos de aposentadoria da parte autora, à alíquota de 25%, no ano de 2016, violou, a um só tempo, os princípios da *legalidade* e da *irretroatividade* tributária.

Quanto à legalidade, a Constituição da República, em seu art. 150, I, dispõe ser vedado à União “*exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça*”. E, no caso concreto, depreendendo que a fixação da alíquota de 25% sobre proventos de aposentadoria equivalente ao *salário mínimo*, em período anterior à publicação da Lei nº 13.315/2016 (*março a junho*), se deu à míngua de qualquer *ato normativo primário* nesse sentido – com o qual não se confundem os Regulamentos do Imposto sobre a Renda, sucessivamente editados pelo Poder Executivo na forma do art. 84, IV, *in fine*, da Constituição da República.

Com efeito, antes da publicação da Lei nº 13.315/2016, o art. 7º da Lei nº 9.979/1999, ao tratar da tributação diferenciada de brasileiros residentes no exterior, se limitava aos fatos geradores consistentes nos “*rendimentos do trabalho, com ou sem vínculo empregatício, e os da prestação de serviço*”, nada dispondo sobre os *proventos* de qualquer natureza (caso das aposentadorias). Desse modo, à tributação sobre as aposentadorias pelo RGPS usufruídas no exterior deveria ser aplicada a *regra geral*, com observância da faixa de isenção e das alíquotas progressivas (art. 1º, IX, da Lei 11.482/07). Não fosse assim, não haveria sentido na alteração legislativa empreendida pela Lei nº 13.315/2016, que nada mais fez no referido artigo da Lei nº 9.979/1999 que acrescentar as expressões “*aposentadoria*” e “*pensão*”.

No tocante à irretroatividade, é sabido que à União não é dado cobrar tributos “*em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado*” (art. 150, III, *a*, da CRFB). Não obstante, verifico no caso concreto que, mesmo a Lei nº 13.315/2016 tendo estabelecido o início da vigência de seu art. 3º em *1º de janeiro de 2017* (art. 5º, I), restou efetuada a incidência do IRPF, retido na fonte, à alíquota de 25%, já no mês de *julho de 2016*.

Em segundo lugar, ainda que considerado o período de vigência da alteração legislativa (Lei 13.315/16), tenho que a incidência do IRPF nos moldes praticados pelo Fisco sobre a parte autora *carece de amparo constitucional*.

Da leitura do art. 3º da Lei nº 13.315/2016, no trecho pertinente à matéria em exame, verifico que o único *discrímen* utilizado pelo legislador para justificar a taxação diferenciada do IRPF foi o do *local de residência*. Nada tratou sobre capacidade contributiva ou qualquer um dos atributos que, ainda que de forma mediata, integram um dos elementos do aludido tributo sobre a renda.

Desse modo, a tributação efetuada afronta diretamente o que disposto no art. 150, II, da Constituição da República, o qual trata do princípio da isonomia no plano tributário. Segundo o aludido dispositivo legal, é vedado à União “*instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos*”. O simples fato de o contribuinte residir nos Estados Unidos da América (ou em qualquer outro país de qualquer continente) não traduz, por si só, qualquer circunstância juridicamente relevante para fins de tributação diferenciada de sua renda.

Mas há mais.

Ao prever a taxação dos aposentados em *alíquota única*, no elevado patamar de 25%, olvidou o legislador da necessidade de observância do caráter *progressivo* do Imposto sobre a

Renda, de modo a abarcar, com maior espectro, o princípio constitucional da capacidade contributiva. Nesse sentido é expresso o art. 153, § 2º, I, da Constituição da República, ao prever que o Imposto sobre a Renda “*será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei*”.

O caso concreto, aliás, é sintomático e bem representa a nulidade do ato praticado pelo Fisco mês a mês.

É que a parte autora auferia benefício previdenciário no valor de *um salário mínimo*. Assim, o mero fato de residir em país distinto fez com que seus proventos mensais fossem retirados da faixa de *isenção tributária* (art. 1º, IX, da Lei 11.482/07), aplicável a todos os brasileiros e também aos *estrangeiros* aqui residentes, para serem glosados à *alíquota de 25%*.

Beira, pois, a situação de *confisco*, visto que o salário mínimo, como diz a própria nomenclatura, destina-se a garantir um mínimo de dignidade à pessoa humana. Tolher-se *um quarto* de tais valores, sem que se tenha uma justificativa amparada normativamente para a efetuação do *discrimen* em relação aos demais brasileiros na mesma situação socioeconômica, carece totalmente de razoabilidade, desnaturando por completo a própria noção de capacidade contributiva em matéria tributária.

Sobre o tema, colaciono o seguinte julgado:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. INCIDÊNCIA SOBRE OS VALORES DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DO RGPS PAGO A PESSOA RESIDENTE NO EXTERIOR. ALÍQUOTA DE 25%. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO ART. 7º DA LEI 9.779/99. ILEGALIDADE DE SUA COBRANÇA POR ATO NORMATIVO INFERIOR. INCLUSÃO DOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA E PENSÃO PELA LEI 13.313/2015. INCONSTITUCIONALIDADE. APLICAÇÃO DAS MESMAS REGRAS TRIBUTÁRIAS AOS RESIDENTES NO BRASIL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO DAS DIFERENÇAS DEVIDAS.

1. É *ilegal* a retenção do Imposto de Renda na fonte à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor do benefício de aposentadoria previdenciária do RGPS pago a pessoa residente no exterior *antes do início da vigência do artigo 3º da Lei n. 13.315/2015, ocorrido em 01-01-2017*, que alterou o artigo 7º da Lei n. 9.779/99, porque a sua cobrança foi estabelecida por meio de ato normativo inferior, infringindo, desta forma, o princípio da legalidade tributária insculpido no artigo 150, I, da Constituição Federal.

2. A *alteração efetuada no artigo 7º da Lei n. 9.779/99 pela Lei n. 13.315/2015*, que submeteu os rendimentos de aposentadoria e pensão à sua cobrança é *inconstitucional*, porque contraria os princípios da isonomia, da progressividade do Imposto de Renda, da garantia da não confiscatoriedade e da proporcionalidade (150, II e IV, 153, III, e § 2º, I, da Constituição Federal).

3. Declaração de ilegalidade e inconstitucionalidade *incidenter tantum* parcial do artigo 7º da Lei n. 9.779/99, com a redação da Lei n. 13.315/2015, no ponto relativo à cobrança do Imposto de Renda na fonte sobre os proventos de aposentadoria e pensão dos residentes e domiciliados no exterior à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento), a partir de 01-01-2017, por ofensa aos artigos 150, II e IV, 153, III, e § 2º, I, da Constituição Federal.

4. *Aplicação das mesmas regras tributárias aos residentes no Brasil. Repetição de indébito das diferenças devidas.*

5. Recurso provido.

(3ª TR/JEF/SJSC, Rec 5005608-96.2016.4.04.7205, Rel. Juiz Federal João Batista Lazzari, julg. 20/09/2017)

Nesse ponto, destaco, em deferência ao processo legislativo, que não há interpretação possível de ser atribuída ao dispositivo legal em exame (art. 3º da Lei 13.315/16), de modo a

garantir-lhe validade jurídica sob algum aspecto. Cogitar-se interpretação conforme à Constituição, no sentido de se ter a alíquota fixada (25%) como máxima, observada a progressividade estabelecida em ato normativo a todos aplicada em território nacional, implicaria nova afronta ao princípio da isonomia tributária, vez que, invertendo a situação, trataria de modo privilegiado os residentes no exterior em detrimento dos demais, sujeitos à alíquota máxima de 27,5%.

Reconhecida a *ilegalidade* (antes da vigência da Lei 13.315/16) e a *inconstitucionalidade* (após a vigência da Lei 13.315/16) da incidência de IRPF sobre os proventos de aposentadoria auferidos pela parte autora à alíquota única de 25%, de rigor o acolhimento de seu pedido de natureza declaratória e desconstitutiva, de modo que a tributação sobre sua renda se dê *independentemente* do local de sua residência permanente, segundo a lei vigente a todos os brasileiros e estrangeiros aqui domiciliados – no caso, o art. 1º, IX, da Lei nº 11.482/2007.

Quanto à pretensão condenatória, no entanto, o acolhimento é parcial.

Embora o reconhecimento da inexigibilidade da taxaço empreendida pelo Fisco na forma do art. 3º da Lei nº 13.315/2016 e a anulação dos lançamentos até então praticados sob essa sistemática acarrete a *restituição do indébito*, nos termos do art. 165, I, do Código Tributário Nacional, não se pode olvidar da metodologia de arrecadação própria do Imposto sobre a Renda de Pessoa Física.

Sabido que as retenções mensais na fonte consistem em mera *antecipação* do tributo a ser recolhido no ano-calendário seguinte, após o preenchimento de declaração anual de rendimentos *globalmente considerados* (art. 7º da Lei 9.250/95), o reconhecimento da inexigibilidade das aludidas retenções não pode acarretar em restituição pura e simples das glosas efetuadas. É preciso que as declarações, relativas aos anos-calendário 2016 a 2018, sejam ajustadas pelo Fisco, mediante a taxaço (ou reconhecimento da isenção) dos proventos de aposentadoria da parte autora, *em conjunto com os demais rendimentos auferidos nos respectivos anos*, observada a faixa de isenção e as alíquotas progressivas fixadas em lei, a fim de que sejam apurados os tributos *efetivamente (ou eventualmente)* devidos naqueles anos – e, se for o caso, efetuada a restituição de valores em juízo, mediante a quitação de RPV/precatório.

Por fim, acolho o pleito autoral de antecipação dos efeitos da tutela.

A probabilidade do direito da parte autora (*fumus boni iuris*) restou evidenciada ao longo da fundamentação anteriormente exposta. Já o perigo de dano (*periculum in mora*) decorre dos efeitos nefastos imediatamente provocados pela continuidade da incidência do IRPF, à alíquota de 25%, sobre prestação *alimentar* no valor de um salário mínimo. Por fim, ante a natureza do provimento jurisdicional, não há falar em risco de irreversibilidade da medida ora concedida.

## II – DISPOSITIVO

Ante o exposto, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE A PRETENSÃO** formulada por MAGDA CONCEIÇÃO GALLAO e, com isso, resolvo o mérito da causa, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil, para:

(I) declarar a *inexigibilidade* do Imposto sobre a Renda retido na fonte, apurado na forma do art. 3º da Lei nº 13.315/2016, sobre os proventos de aposentadoria auferidos mensalmente pela parte autora, de modo que, nos próximos lançamentos, seja observada pela UNIÃO (FAZENDA NACIONAL) a tabela progressiva de alíquotas prevista no art. 1º, IX, da Lei nº 11.482/2007;

(II) *anular os lançamentos fiscais* promovidos pela UNIÃO (FAZENDA NACIONAL) desde março de 2016, a título de Imposto sobre a Renda retido na fonte, apurado na forma do art. 3º da Lei nº 13.315/2016, sobre os proventos de aposentadoria auferidos mensalmente pela parte autora;



(III) determinar à UNIÃO (FAZENDA NACIONAL) que proceda ao *ajuste das declarações anuais de rendimento da parte autora*, referentes aos anos-calendário 2016 a 2018, mediante a taxação (ou reconhecimento da isenção) dos proventos de aposentadoria da parte autora, *em conjunto com os demais rendimentos auferidos nos respectivos anos*, observada a faixa de isenção e as alíquotas progressivas fixadas em lei, a fim de que sejam apurados os tributos *efetivamente (ou eventualmente)* devidos naqueles anos – e, se for o caso, efetuada a restituição de valores em juízo, mediante a quitação de RPV/precatório.

Sobre os valores a restituir, incidirão *correção monetária e juros de mora*, desde a data do(s) pagamento(s) indevido(s) e pela taxa SELIC, até a efetiva restituição (STJ, tema RR-905, 11/11/2014).

*ANTECIPO OS EFEITOS DA TUTELA* ora concedida, determinando a imediata cessação dos lançamentos fiscais promovidos pela UNIÃO (FAZENDA NACIONAL), a título de Imposto sobre a Renda retido na fonte, apurado na forma do art. 3º da Lei nº 13.315/2016, sobre os proventos de aposentadoria auferidos mensalmente pela parte autora.

Sem custas e honorários advocatícios nesta instância (art. 55 da Lei 9.099/95).

Concedo à parte autora os benefícios da *gratuidade da justiça* (art. 98 do CPC).

1. *Expeça-se* ofício à Procuradoria-Seccional da Fazenda Nacional em Sorocaba/SP, comunicando-lhe o teor da presente sentença para fins de cumprimento do que deferido em sede de tutela de urgência e *posterior comprovação nos autos*.

2. Certificado o trânsito em julgado da presente sentença e demonstrado o cumprimento da(s) obrigação(ões) fixada(s), *arquivem-se* os autos, com baixa na distribuição.

*Registrada eletronicamente. Publique-se. Intimem-se. Cumpra-se.*

Juiz Federal PEDRO HENRIQUE MEIRA FIGUEIREDO

## **TUTELA CAUTELAR ANTECEDENTE**

**5000687-83.2018.4.03.6128**

Requerente: PAULA NAKANDAKARI GOYA

Requerida: UNIÃO FEDERAL

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

Juiz Federal: FERNANDO CEZAR CARRUSCA VIEIRA

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/01/2020

### **SENTENÇA**

#### *I - RELATÓRIO*

PAULA NAKANDARI GOYA move ação declaratória em face a UNIÃO FEDERAL, objetivando que seja declarado o seu direito de exercer sua atividade profissional, em regime de teletrabalho, no exterior, em decorrência de acompanhamento de cônjuge.

A requerente narra ser Procuradora da Fazenda Nacional, matrícula SIAPE 1436921, com lotação atual na Unidade da Procuradoria-Seccional da Fazenda Nacional em Jundiaí, exercendo suas atividades na DIDAU/PSFN/JUNDI, setor este, no qual, segundo alega, quase a totalidade do trabalho é realizada de maneira virtual, por meio da utilização de sistemas que possibilitam o acesso aos processos administrativos, bem como aos requerimentos virtuais dos interessados.

Afirma a Requerente ser casada e possuir duas filhas em idade escolar. Relata que seu cônjuge, colaborador de uma empresa nacional, será transferido para exercer suas atividades profissionais na Inglaterra, a partir do dia 02/04/2018, conforme documentos juntados aos autos.

Aduz que, em 16/02/2018, submeteu requerimento administrativo almejando autorização para o exercício do seu labor mediante regime de teletrabalho em território estrangeiro, pelo prazo que perdurar a remoção de seu cônjuge.

Em prol de sua pretensão, sustenta inexistir vedação legal, tampouco óbices nas normativas internas do órgão a que está subordinada que regulamentam essa modalidade de trabalho, além do que invoca a necessidade premente de proteção da unidade familiar, cujo abrigo encontra-se disciplinado no artigo 226 da Constituição Federal.

Em sede de tutela cautelar antecedente, requereu o reconhecimento do direito de continuar o desempenho de sua atividade profissional, em regime de teletrabalho, no exterior, em razão do acompanhamento de cônjuge, ou, alternativamente, que fosse concedida licença para acompanhamento de cônjuge sem ônus e sem prejuízo de sua remuneração.

O pedido foi deferido (ID 4999574) e foi autorizada a possibilidade de desempenho da sua atividade profissional em regime de teletrabalho à requerente, em território estrangeiro, condicionada ao preenchimento dos demais requisitos previstos na Portaria nº 1.069/2017 da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.

No documento ID 6244232, a Requerente apresentou seu pedido principal face à efetivação da Tutela Cautelar Antecedente. Informou que, em vista do deferimento da tutela mencionada, houve emissão de Parecer pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, acerca da matéria avençada: trabalho remoto no exterior – Parecer SEI nº 064/2018/ CPN/PGACA/ PGFN-MF.

Em contestação (ID 6916146), a União se insurgiu contra o deferimento da tutela e, no mérito, apontou as regras que regem o teletrabalho no âmbito da PGFN e alegou ser possível desde que preenchidos requisitos legais, não podendo ser encarado como um direito subjetivo do servidor público, mas de uma situação que deve atender ao interesse da Administração Pública.

Esclareceu que “o teletrabalho ou “home office” no âmbito da PGFN, consiste na realização de atividades, de maneira desterritorializada ou não, pelos membros da carreira de Procurador da Fazenda Nacional fora das dependências físicas das Unidades da PGFN, sem alteração de lotação ou de exercício.”

Delimitando a controvérsia sub judice, a União asseverou que “(...) diferentemente do que assevera a parte autora, a questão não é a possibilidade de realização de teletrabalho no âmbito da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Há farto normativo que disciplina a questão. O ponto é saber se a parte autora preenche os requisitos previstos no arcabouço normativo para que ela possa realizar teletrabalho. E não apenas isso, se o arcabouço normativo sobre o tema lhe permite prestar teletrabalho residindo em outro país.”

Inconformada, a União comprovou a interposição do Agravo de Instrumento n. 5008889-03.2019.403.0000 (ID 6917610).

Houve réplica (ID 11370080) e a Requerente requereu a produção de prova testemunhal.

Foi realizada audiência de oitiva das testemunhas da Requerente (ID 15286689) e os autos vieram conclusos para sentença.

*É o relatório. Fundamento e decido.*

## II- FUNDAMENTAÇÃO

O objeto da presente ação tange à controvérsia acerca da *possibilidade ou não da Requerente, titular do cargo de Procuradora da Fazenda Nacional, desempenhar as suas atividades laborais por meio do teletrabalho em domicílio estrangeiro, em decorrência da transferência do local de trabalho de seu cônjuge para o exterior.*

Conforme constou da decisão que deferiu a tutela cautelar antecedente - cujos efeitos jurídicos e fundamentos remanescem hígidos e ora são ratificados - não se trata de saber se a requerente poderia ou não exercer as suas funções por meio remoto ou se é possível o acompanhamento do cônjuge para o exterior, o que, inclusive, já é assegurado pelo artigo 84 da Lei nº 8.112/90, mas de perquirir se *a postulante está adstrita a manter domicílio na localidade da Unidade* de sua lotação para continuar a praticar o seu ofício, ainda que por teletrabalho, consideradas, ademais, as peculiaridades do caso concreto.

*Pois bem.*

A resposta é que *não* há tal restrição, seja do ponto de vista formal ou material. Explico.

Sobre a possibilidade de execução das tarefas laborais nesta modalidade de prestação de trabalho, no âmbito da Procuradoria da Fazenda Nacional, preconiza o artigo 1º, inciso I, da Portaria PGFN nº 1.069, de 09/11/2017:

PORTARIA Nº 1.069, DE 9 DE NOVEMBRO DE 2017

O PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, no uso da competência que lhe foi delegada pela Portaria MF nº 269, de 31 de outubro de 2007, publicada no D.O.U. de 05 de novembro de 2007, do Ministro de Estado da Fazenda, o Regimento Interno da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, aprovado pela Portaria MF nº 36, de 24 de janeiro de 2014, e a Portaria MF nº 171, de 2016, ambas do Ministro de Estado da Fazenda, resolve:

## CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º O teletrabalho no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN passa a ser regulado pela presente Portaria, podendo ser implementado nas seguintes formas:

- Home Office: consiste na realização de atividades, de forma desterritorializada ou não, pelos membros da carreira de Procurador da Fazenda Nacional fora das dependências físicas das Unidades da PGFN, sem alteração de lotação ou de exercício.
- Unidades Virtuais: consistem em Unidades da estruturada PGFN, caracterizadas pela realização de atividades, de forma desterritorializada, pelos membros da carreira de Procurador da Fazenda Nacional, fora das dependências físicas das Unidades da PGFN, com lotação e exercício próprio.

Nesta linha, o denominado “*Home Office*” é uma das formas de teletrabalho disciplinadas pela norma em referência, que estabelece a possibilidade de desempenho das atividades *fora das dependências físicas das Unidades da PGFN*.

Depreende-se, portanto, que a expressão “*fora das dependências físicas das Unidades da PGFN*” permite compreender qualquer localidade, não importando se o trabalho será desempenhado dentro ou fora do território nacional, como é o caso pretendido pela requerente.

É da natureza do trabalho remoto ou à distância, o não comparecimento do agente público à sua Unidade de lotação, para fins de consecução da jornada de trabalho. Claro que, desde que as funções por ele especificamente desempenhadas e concretamente exigíveis sejam compatíveis com esse tipo de labor.

Dito isso, há que se reconhecer, de plano, que o acesso aos autos físicos pelos procuradores perdeu o sentido como elemento essencial da atividade funcional, com a virtualização dos feitos e aumento do espectro de atividades a serem desempenhadas apenas com recurso aos sistemas de informática.

Para o profissional do presente e do futuro faz-se indispensável interagir com mencionados sistemas, cada vez mais avançados e sofisticados, de maneira a desafiar o ser humano a desenvolver e atuar com mais criatividade e inovação e menos repetição. São mudanças inerentes aos setores público e privado.

Quanto aos procuradores da Fazenda, reputo que as funções jurídicas afetas à representação dos interesses jurídicos da Fazenda Nacional podem ser plenamente desempenhadas em regime de teletrabalho, como extrai-se, por oportuno, da prova colhida.

A atuação em feitos judiciais e administrativos, investigação e acompanhamento especial de contribuintes, atividades consultivas são todas, enfim, passíveis de exercício apenas com recurso ao computador e adequado acesso à *internet*. É corolário da atuação do agente público com base em métodos ou processos de trabalho na modernidade.

E no sentido do reconhecimento da *inexistência* de óbice ou impedimento ao exercício de atividades funcionais em regime de trabalho remoto em qualquer local ou horário no âmbito da AGU, inclusive no exterior, registro as análises e conclusões das *Informações 01/2018-VI-CEEAGU/EAGU/AGU (ID 11370714)* e do *Parecer SEI 64/2018/CPN/PGACA/PGFN-MF (ID 11370713)*, elaborados no âmbito da própria AGU e suas especificidades.

É que atualmente experimentamos o incremento de novas formas de comunicação que, além de reduzir distâncias entre as pessoas e instituições, por meio da conexão virtual, possibilitam que as informações são transmitidas e coletadas em tempo real, assim como as reações (atos administrativos ou processuais) às informações, relatórios, registros e fatos documentados, que movimentam a atividade administrativa.

E a implantação de modernos recursos tecnológicos traduz materialização da concretização dos princípios que norteiam os propósitos da Administração Pública, sejam eles os princípios da impessoalidade, da razoabilidade com que os serviços públicos precisam ser prestados de acordo com as suas especificidades, e, principalmente, *o princípio da eficiência que está a exigir mais sob menor custo, afinal desperdício de recursos não se compatibiliza com quaisquer critérios de Justiça*<sup>1</sup>.

Com vistas ao interesse público envolvido, a Administração Pública, em todas as esferas de atuação, está e deve estar engajada a implementar novas formas de trabalho, que resultem em redução de custos e despesas com as repartições, redução dos entraves burocráticos em seus sistemas de funcionamento e de otimização dos procedimentos, de modo a se encurtar o tempo despendido nas atividades e aumentar a produtividade e qualidade do serviço prestado.

Dentro deste cenário inovador, que está por alterar substancialmente os paradigmas das relações humanas, institucionais e os resultados alcançados, nota-se que a presença física e o deslocamento das pessoas *não* mais consistem em um fator intrínseco ao resultado dos trabalhos realizados.

Nesta esteira, *a localidade* em que o trabalhador, no caso, a servidora pública federal, se encontra ou fixa seu domicílio, *não* é fator relevante ou obstáculo, *per se*, à consecução remota das suas atividades laborais.

Sob os auspícios da inovação, observe-se que o controle da jornada laboral passa a ser efetivado pelos critérios – produtividade e assertividade, que melhor se adequam à modernização do Estado e à gestão por resultados.

Nessa linha, compulsando os autos, os documentos carreados e o depoimento colhido em audiência de instrução, verifico que está comprovado que a Requerente apresenta histórico de comprometimento com o desempenho de suas atribuições funcionais e que se trata de recurso humano importante para a Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional em Jundiá.

E há de se enfatizar a observação da chefia imediata da requerente, quanto à boa-fé desta, que prepondera desde que soube da necessidade de mudança de domicílio em razão do trabalho de seu cônjuge. Não agiu de forma clandestina e buscou sempre formalizar a sua necessidade, buscando a alternativa legal e eficaz para a manutenção da sua unidade familiar conciliada ao desempenho de sua atividade laborativa, o que está a corroborar os elementos inferidos em seu favor, consoante prova colhida.

E justamente quanto à prova testemunhal, Dra. Luciana Teixeira da Silva Pinto, procuradora seccional à época dos fatos, em depoimento (ID 15286695) prestado em Juízo, expôs que a Requerente atende aos critérios avaliativos do teletrabalho - produtividade e assertividade, relatando que a Requerente:

- Mantém contatos diários com a sua equipe;
- Já atuou como substituta da chefia seccional em razão da sua alta capacitação técnica;
- Desempenha suas atividades com excelência e alto rendimento;
- Possui internet em casa em velocidade superior à da Procuradoria;
- Recebe volume maior de trabalho em comparação com demais Procuradores que exercem trabalho de forma presencial;

1 TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover Direitos Fundamentais: uma perspectiva de Direito e Economia. In: RODAS, João Grandino; ATTÍE JUNIOR, Alfredo (org.). *Trinta Anos da Constituição Federal: Retrospectiva, avanços e desafios*. São Paulo: CEDES, 1ª ed., 2018.



- Profere despachos bem fundamentados. Há baixo índice de impetração de mandados de segurança em face de atos praticados por ela.

Assim, percebe-se que a *inércia* administrativa da estrutura da PGFN (ID 11370728) - em dar seguimento ao exame do plano e da autorização (de acordo) dada pela procuradora seccional ao pedido da requerente (ID 11370715) - *não* encontra amparo em eventual incompatibilidade ou existência de óbice prático ao exercício do teletrabalho.

Assim, e consoante já afirmado em decisão nos autos, cumpre destacar, na hipótese vertente, que não se trata de indevida intromissão do Judiciário no desempenho das atividades típicas do Poder Executivo, porquanto a própria gestão imediata do órgão administrativo *não* se opôs que a Requerente mantivesse a sua atividade profissional por meio remoto e *não* apontou nenhum óbice sobre a localização física da servidora em terras nacionais ou no estrangeiro.

Não se trata aqui de eventual recurso ao mundo dos princípios ou a algum “abracadabra” jurídico.

Muito pelo contrário, é preciso pensar: *qual a finalidade jurídica do regime de teletrabalho na Administração Pública, e aqui, em especial, no âmbito da PGFN, que, como disse sua seccional, necessita da procuradora - requerente no exercício de suas funções e não em licença sem vencimentos?*

É de se pensar, ademais, *qual é de fato a diferença entre o exercício funcional realizado dentro da repartição e aquele realizado em qualquer lugar onde se disponha de adequada rede de acesso à internet?*

*Há sentido em sujeitar a requerente à concessão de licença sem vencimentos, quando seu trabalho é reconhecido e considerado importante para a Unidade?*

Eis o que sustentou a chefia imediata (procuradora seccional da PGFN em Jundiaí):

*“A não concessão da conversão de VPN para o teletrabalho da solicitante significa impor um déficit para esta unidade seccional por período indeterminado, a qual já convive a muito tempo com a sobrecarga imposta pelas diversas licenças e afastamentos supramencionados. Assim, considerando a necessidade desta seccional no que tange a manutenção de todos os seus membros em efetivo exercício para a prestação de um serviço público de excelência e acompanhamento do plano estratégico institucional;*

*Considerando que a solicitante é uma valorosa colega de trabalho quando consideramos a qualidade do seu serviço e o zelo despendido na sua execução, seja ela presencialmente ou remotamente;*

*Considerando que a não concessão do direito de teletrabalho iria sobrecarregar os demais membros desta unidade, bem como, impor à solicitante dificuldades inerentes da renúncia de vencimentos para acompanhamento do seu cônjuge e manutenção do seu núcleo familiar; Considerando que não existe dificuldade técnica que impeça que a solicitante cumpra com todas as suas obrigações atuais de modo remoto;*

*Considerando que a concessão do teletrabalho importará em redução de gastos com luz, água, taxa de manutenção de estação de trabalho devida ao SERPRO, melhorará o tráfego de dados na rede da PSFN, proporcionalmente a estação de trabalho desativada em virtude do trabalho remoto a ser exercido pela solicitante à suas expensas;*

*Considerando que não existe na Portaria Regulamentadora do Teletrabalho proibição de seu exercício fora dos limites territoriais da União, mas, somente omissão;*

*Opinamos pela efetiva conversão da atual VPN em teletrabalho a ser exercido pela solicitante no exterior e, para tanto, promoveremos todo o plano de trabalho imposto pela Norma de Execução PFN nº 4 de 06/09/2016.”*

Qual então o óbice para a realização das suas atividades remotamente e *independentemente* do local onde elas são exercidas?

Neste ponto, cumpre registrar e reiterar, tal como afirmado alhures, que sequer se vislumbra impedimento na legislação de regência ao pleito deduzido. A procuradora - requerente encontra-se ligada ao seu trabalho que se ora se desenvolve no mundo virtual.

E não há aqui qualquer conflito com as noções de “local de lotação ou exercício” do servidor. Estes mesmos termos desafiam leituras atualizadas e compatíveis com os novos paradigmas e com a supressão de fronteiras artificiais.

A norma de regência fala em “forma desterritorializada”, sendo certo que a autora requerente continua, em qualquer caso, a desempenhar as funções laborativas em prol e a favor de das demandas de sua unidade original de exercício e lotação.

E a prova colhida, como já mencionada e depreendida dos autos, dá ensejo ao reconhecimento de que a unidade está preparada e em condições de extrair o maior proveito e interesse público da questão em cena.

Há outra questão a ser considerada no caso dos autos. Na sociedade moderna, a manutenção da *unidade familiar* desafia a mulher, que se depara com inúmeras dificuldades para plenamente desempenhar suas funções sociais de esposa, mãe e trabalhadora. Culturalmente e historicamente, dentro de uma realidade familiar concebida, verifica-se que é a mulher quem acaba por sucumbir suas escolhas profissionais em privilégio dos filhos e da família, seja pelas barreiras culturais ainda existentes ou pelo laço afetivo que aflora das responsabilidades de proteção e cuidado doméstico.

Ainda que se verifique que a mulher está alcançando maior destaque no mercado de trabalho<sup>2</sup>, ainda há relevante desigualdade de tratamento nas oportunidades destinadas ao trabalho feminino, exatamente em razão da sua disponibilidade e condições físicas e psicológicas de enfrentamento das questões profissionais.

A maior presença feminina no serviço público é, inclusive, fato notório, incontroverso e essencial para que as políticas públicas, em todas as suas etapas, de fato, sejam expressões representativas e legítimas da sociedade, observando-se o aperfeiçoamento da visão de mundo, tal como proporcionada pela inclusão e igualdade entre homens e mulheres.

É preciso garantir a pluralidade e abertura das arenas de formação e execução do discurso público para o aprimoramento do processo civilizatório, e para a busca do melhor atendimento dos objetivos da República Federativa do Brasil, na linha preconizada pela nossa Constituição.

Sobre o ponto, importa registrar a perfeita referência feita pelo Ministro Edson Fachin, por ocasião do exame e julgamento da ADI 5617/DF, quando fez a seguinte citação das palavras de Bertha Lutz, proferidas por ocasião da Conferência de São Francisco, em 1945, na fundação da Organização das Nações Unidas:

“Nunca haverá paz no mundo enquanto as mulheres não ajudarem a cria-la”.

E, aqui, as condições e inovações tecnológicas se conectam ao Direito como elementos de transformação efetiva da realidade.

O teletrabalho é meio legítimo de inclusão social, especialmente da mulher na Administração Pública.

<sup>2</sup> Vide matéria publicada no site da revista Exame: <<https://exame.abril.com.br/carreira/desvantagens-de-mulheres-no-mercado-de-trabalho-vao-alem-do-salario/>> Acesso em 16 out. 2019.

À guisa de ilustração, o próprio Poder Judiciário, por meio do Conselho Nacional de Justiça, visando regular a nova modalidade de prestação de serviço público, editou a Resolução nº 227, de 15/06/2016, regulamentando o teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário.

No capítulo II, sob o título “Das condições para a realização do Teletrabalho”, em seu artigo 5º, preconiza que:

“Art. 5º Compete ao gestor da unidade indicar, entre os servidores interessados, aqueles que atuarão em regime de teletrabalho, observadas as seguintes diretrizes:

I – a realização de teletrabalho é vedada aos servidores que:

- a) estejam em estágio probatório;
- b) tenham subordinados;
- c) ocupem cargo de direção ou chefia;
- d) apresentem contraindicações por motivo de saúde, constatadas em perícia médica;
- e) tenham sofrido penalidade disciplinar nos dois anos anteriores à indicação;
- f) *estejam fora do país, salvo na hipótese de servidores que tenham direito à licença para acompanhar o cônjuge; (grifei)*

II verificada a adequação de perfil, terão prioridade servidores:

- a) com deficiência;
- b) que tenham filhos, cônjuge ou dependentes com deficiência;
- c) gestantes e lactantes;
- d) que demonstrem comprometimento e habilidades de autogerenciamento do tempo e de organização;
- e) *que estejam gozando de licença para acompanhamento de cônjuge; (...)*

§ 10. O servidor que estiver no gozo da licença referida no art. 5º, I, f, caso opte pela realização de teletrabalho, deverá dela declinar, para a volta ao exercício efetivo do cargo.”

Como se pode notar, a regulamentação no âmbito do Poder Judiciário priorizou a efetiva prestação do trabalho pelo servidor público, de modo que colocou o critério territorialidade como fator não obstativo da sua execução, permitindo a sua consecução em território estrangeiro.

Esta condição tem efeito direto no fomento da produtividade dos serviços executados e a Administração Pública, em todas as suas esferas, deve propiciar meios que não dificultem a prestação da atividade laboral pelo servidor, que, diante de ajustes no seu meio de vida, acaba se vendo compelido a requerer licenças visando a suspensão temporária do trabalho, o que, em última análise, escapa ao interesse público.

Em prosseguimento, saliente-se que, conforme já exposto na decisão que deferiu a tutela de urgência, o cerne da controvérsia esbarra no preceito de “proteção familiar”, direito consagrado pelo artigo 226 da Carta Magna.

Sob este aspecto, como já decidiu o Pretório Excelso no MS 23.058 (rel. min. Ayres Brito, j. 18.9.2008):

*“O entendimento ora perfilhado descansa no regaço do art. 226 da CF, que, sobre a fazer a família a base de toda sociedade, a ela garante ‘especial proteção’ do Estado. Outra proteção à família não se poderia esperar senão aquela que garantisse (...) o direito de acompanhar seu cônjuge, e, assim, manter a integralidade dos laços familiares que os prendem”.*

Ainda, importa mencionar que o Estado se faz presente onde ele funciona de forma eficiente.

Para de fato ter alguma finalidade positiva e importância real na *Sociedade do Conhecimento*, o Estado precisa superar antigos e velhos paradigmas meramente burocráticos. Modernizar é preciso.

*Toda inclusão é uma exclusão.* Na realidade e no histórico da Administração Pública brasileira há, paradoxalmente, diversos casos de ausência de Estado mesmo em locais em que fisicamente presentes os seus agentes<sup>3</sup>.

Centralizar a noção de presença do Estado no local físico em que se encontra determinado agente ou prédio público é, com a devida licença, uma generalidade *não* lastreada em pesquisas empíricas fundamentadas.

Os riscos e incertezas dos recursos advindos das novas tecnologias devem ser controlados nas práticas e arenas competentes de monitoramento e governança.

Algo essencialmente diverso, no entanto, é obstar a inovação, sem amparo expresso ou com base em leitura paradigmática insuficiente para o mundo contemporâneo.

O presente exige a incorporação de novas práticas que permitam, a um menor custo social, a implementação e desenvolvimento de tecnologias de gestão focadas em competências, inovação, e sofisticação na alocação de recursos humanos e materiais. Tudo em prol de uma Administração de resultados práticos e bem fundamentados, a qual precisa funcionar em todos os seus propósitos de Direito da melhor forma possível.

Por fim, trata-se de observar os vetores incorporados ao nosso ordenamento pela Lei n.º 13.655/2018, que alterou a LINDB, para justamente, dentre outras disposições, estabelecer o postulado da ponderação das consequências práticas, jurídicas e administrativas (art. 20).

Sob este prisma, ausente óbice formal ou material, a leitura e enquadramento jurídico da situação *sub judice* há de considerar as consequências e aspectos já ponderados na fundamentação da presente sentença, atentando-se, pois, à exegese dos comandos normativos em conexão com as peculiaridades fáticas, no sentido que se afigure mais hábil a resguardar o atendimento da finalidade jurídica dos conceitos e institutos afetos e conexos ao teletrabalho, e do que é exercer as atividades e funções inerentes à missão institucional da Procuradoria da Fazenda Nacional, tanto no que se refere a sua dimensão de adequação, quanto ao atendimento dos critérios de justiça que animam o Direito.

Assim, percebe-se que a *inércia* administrativa da estrutura decisória da PGFN (ID 11370728), em dar seguimento ao exame do plano e da autorização (de acordo) já concedida pela procuradora seccional ao pedido da requerente (ID 11370715), a par de *não* encontrar amparo na incompatibilidade ou existência de óbice prático ao exercício do teletrabalho equivale a desconsiderar e *não* ponderar as consequências jurídicas e administrativas envolvidas na espécie, bem como a restringir em excesso o alcance possível nas peculiaridades do caso concreto dos conceitos e institutos envolvidos (“lotação”, “local de exercício”, “desterritorialidade”, entre outros), desbordando, pois, do Direito aplicável.

Por estas razões, *de rigor* o reconhecimento da *procedência* do pedido inicial.

### III - DISPOSITIVO

Ante o exposto, *JULGO PROCEDENTE O PEDIDO*, com resolução do mérito, com fulcro no artigo 487, inc. I, do CPC, para *confirmar* a decisão que concedeu a antecipação dos efeitos da tutela de urgência (ID 4999574), bem como para efeito de *declarar* o direito de a Reque-

3 <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/04/no-utero-da-mae-bebe-e-baleado-na-cabeca-na-zona-norte-d>. Acesso em 04 nov. 2019.

rente continuar a desenvolver sua atividade profissional no cargo de Procuradora da Fazenda Nacional, em regime de teletrabalho, para acompanhamento de cônjuge, mesmo em território estrangeiro, na forma da Portaria n. 1.069/2017 da PGFN.

Condeno a União ao reembolso das custas judiciais despendidas e ao pagamento de honorários advocatícios que ora fixo em 10% sobre o valor do proveito econômico obtido, conforme será objeto de liquidação de sentença (art. 85, §4º, inciso II, CPC).

Sentença *não* sujeita a reexame necessário (art. 496, §3º, I, do CPC).

Oportunamente, retifique-se a autuação a fim de que passe a constar a classe “PROCEDIMENTO ORDINÁRIO”.

Comunique-se o teor deste julgado ao E. TRF3 (2ª Turma), com referência ao Agravo de Instrumento n. 5008889-03.2018.403.0000 interposto pela parte autora (ID 6917611).

Interposto (s) eventual (ais) recurso (s), proceda a Secretaria conforme os §§ 1º, 2º e 3º, do art. 1.010, do Novo Código de Processo Civil.

Por fim, com o trânsito em julgado, nada mais sendo requerido, ao arquivo com baixa.

P. R. I.

Jundiaí, 13 de novembro de 2019.

Juiz Federal FERNANDO CEZAR CARRUSCA VIEIRA



## **AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

### **5001296-57.2018.4.03.6131**

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF

Réus: RODRIGO ALMEIDA BARROS E RODRIGO ALMEIDA BARROS FARMÁCIA - ME

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BOTUCATU - SP

Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/10/2019

### **SENTENÇA**

Vistos, em sentença.

Cuida-se de ação civil pública, por atos de improbidade administrativa, atribuídos a RODRIGO ALMEIDA BARROS E RODRIGO ALMEIDA BARROS FARMACIA - ME. Aduz-se que os requeridos praticaram atos de malversação de verbas públicas federais oriundas do Fundo Nacional de Saúde, durante o período de abril de 2013 e janeiro de 2014, por meio de vendas simuladas de medicamentos no Programa Farmácia Popular do Brasil, fraude esta constatada pelo DENASUS após a Auditoria n. 16434/2016. História a inicial que a empresa e seu responsável legal, valendo-se da condição de agentes autorizados pelo Programa Farmácia Popular do Brasil, praticaram atos violadores de preceitos constitucionais e legais, por meio dos quais constatou-se enriquecimento ilícito e dano ao erário, no montante de R\$ 77.895,88, o que consubstancia ato de improbidade administrativa, nos termos dos arts. 09, 10 e 11 da Lei n. 8.429/92. Que, supostamente, teriam praticado atos contrários aos princípios da Administração Pública de sua conduta resultou dano ao patrimônio público da União, que se pretende ver apurado e composto por meio da presente demanda.

Em despacho inicial preliminar (id n. 11301916), determinou-se a coleta da manifestação inicial dos requeridos acerca dos fatos descritos na exordial, tendo o prazo decorrido *in albis*. A União Federal, intimada para fins do disposto no art. 17, §2º, da Lei 8.429/92, requereu prazo de 60 dias para manifestar possível interesse em compor o polo ativo da ação, o que restou deferido (id n. 11679739), tendo, ao fim, manifestado não possuir interesse jurídico na presente demanda (id n. 14599819).

A petição inicial da ação foi recebida pela decisão que está registrada sob id n. 14612394.

Regularmente citados, os requeridos apresentam contestação aos termos do pedido inicial, sustentando, em preliminar, que presente ação é via inadequada para a obtenção da tutela jurisdicional vindicada, pois teria sido movida exclusivamente em face de particular(es), e que a pretensão ministerial estaria fulminada pela prescrição. No mérito, aduziu, em resumo, que não há provas suficientes a ensejar a condenação do réu nos termos da inicial (ausência de elemento subjetivo), e que a conduta guerreada não se enquadra no conceito de improbidade, tratando-se de irregularidade formal não causadora de prejuízo ao erário, razão pela qual as penalidades requeridas seriam descabidas.

Réplica do MPF, refutando as preliminares alvitadas pelos requeridos, e, quanto ao mérito, pugnando pela procedência da ação (id n. 17130952).

Vieram os autos com conclusão.

É o relatório.

Decido.

A preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* suscitada pelo requerido em suas razões de resposta não tem como ser acatada. Em se tratando, como no caso, de réus vinculados ao programa Farmácia Popular do Brasil, criado pelo Governo Federal com o objetivo de oferecer alternativas de acesso à população a medicamentos considerados essenciais, não há como deixar de reconhecer que tais pessoas atuam na condição de autênticos *longa manus* do Estado, prestando, ainda que por delegação, assistência farmacêutica à população mais carente, política que compete ao Sistema Único de Saúde – SUS, nos termos do art. 6º, I, ‘d’, da Lei n. 8.080/90, o que, indubitavelmente, os torna equiparados à figura jurídica do agente público. Nesse sentido, o art. 70, par. ún., da CF, estabelece que, *verbis*: “(...) prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”, o que, segundo vejo a questão, confirma a legitimidade passiva dessas partes – agentes públicos equiparados, ou por delegação – para figurarem em lide. Nesse sentido, indico esclarecedor precedente do E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO:

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IRREGULARIDADE NO PROGRAMA FARMÁCIA POPULAR. LEGITIMIDADE PASSIVA DO PARTICULAR EQUIPARADO AO AGENTE PÚBLICO. NULIDADE DA R. SENTENÇA.

“- O Ministério Público Federal ajuizou a presente ação civil pública em face de Gregori Santos Ishii & Cia. Ltda. - ME e Gregori Santos Ishii pela prática de atos de improbidade administrativa. Alega, em síntese, que a referida empresa aderiu ao programa federal “Farmácia Popular”, que foi instituído pela Lei nº 10.858/2004, que tem por finalidade promover o acesso aos medicamentos essenciais para tratamento de doenças com maior incidência na população. Relata que uma das modalidades de execução desse programa federal é a parceria com a rede privada de farmácias e drogarias. Esclarece que, no momento da venda dos medicamentos subsidiados pela União, o comerciante credenciado deve preencher os dados do paciente, do médico e do medicamento prescrito num sistema informatizado, que calcula o valor que será pago pelo Fundo Nacional de Saúde e o valor remanescente, que, se existir, deverá ser pago pelo paciente. O registro dessas informações e a geração da Autorização para Dispensação de Medicamento (ADM), bastam para que, no mês seguinte, os valores das vendas dos medicamentos subsidiados pela União sejam depositados na conta da empresa conveniada. A referida empresa recebeu diversos pagamentos em virtude de dispensação de medicamentos subsidiados, entre os anos de 2009 e 2010. - Afirma o Ministério Público Federal que, em razão de suspeita de irregularidades na execução do referido programa federal, e no bojo do inquérito civil nº 1.34.016.000381/2011-85, o Departamento Nacional de Auditoria do SUS - DENASUS realizou auditoria no estabelecimento da empresa ré, restringindo sua análise aos medicamentos Glibenek, Cloridrato de Metformina, Multipressim e Captolab. Nessa auditoria foi constatada a ocorrência de dispensação desses medicamentos sem a comprovação de sua aquisição, por meio de notas fiscais, nos meses de julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2009, causando prejuízos, nesses meses, nos valores de R\$ 4.188,99, R\$ 8.522,35, R\$ 8.348,91, R\$ 11.011,77, R\$ 12.655,03 e R\$ 13.230,15, respectivamente.

- Os réus são agentes vinculados ao programa Farmácia Popular do Brasil, criado pelo Governo Federal, com o objetivo de oferecer mais uma alternativa de acesso da população aos medicamentos considerados essenciais. O Programa cumpre uma das principais diretrizes da Política Nacional de Assistência Farmacêutica.

- A empresa GREGORI SANTOS ISHII & CIA LTDA é uma das empresas conveniadas, aderindo ao “Aqui Tem Farmácia Popular”, pelo qual o Ministério da Saúde arca uma parte do valor dos medicamentos e o cidadão com o restante.

- A empresa age como verdadeiro “longa manus” do Estado, prestando assistência farmacêutica, ação que compete, pela lei, ao Sistema Único de Saúde - SUS (art. 6º, I, ‘d’, da Lei nº 8.080/90). A referida empresa era responsável pela administração da farmácia, inclusive, dos recursos federais recebidos em razão do programa “Aqui Tem Farmácia Popular”, equiparando-se, portanto, a agente público.
- O art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, estabelece que “prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”.
- Legitimidade de GREGORI SANTOS ISHII & CIA LTDA e GREGORI SANTOS ISHII para figurarem no polo passivo reconhecida.
- Não incidência, ao caso, do art. 1.013, § 3º, do Código de Processo Civil, pois a causa não está em condições de imediato julgamento.
- Apelação do Ministério Público Federal parcialmente provida. Sentença anulada” (g.n.). [ApCiv 0003053-89.2014.4.03.6139, DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/03/2019].

Com tais considerações, rejeito a alegação de ilegitimidade passiva *ad causam* dos réus.

As demais questões preliminares incidentes já foram, todas, devidamente analisadas pelo juízo quando da decisão que acabou por concluir pelo recebimento da petição inicial da presente ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Nessa conformidade, remetem-se as partes à leitura do que ali ficou estabelecido, devendo a sentença que ora se proclama revolver o mérito da controvérsia formada no bojo dos presentes autos. Antes, porém, ainda merecem consideração os pontos a seguir, que dizem com os pressupostos processuais e as condições da ação.

#### DA LEGITIMIDADE ATIVA DO ÓRGÃO DO *PARQUET* FEDERAL.

Cumpra afirmar, *in casu*, a legitimidade ativa *ad causam* sustentada pelo D. Órgão da Procuradoria da República local.

Com efeito, inserem-se entre as atribuições constitucionais do Ministério Público o zelo pelo, *verbis* “efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia” (CF, art. 129, II).

Ora, não resta a menor dúvida de que a proteção das verbas envolvidas nos serviços sociais relacionados a programa governamental federal, se insere dentro da órbita de atuação do Ministério Público Federal, sendo que o objetivo da lide em pauta é justamente escrutinar a regularidade e a juridicidade dos serviços públicos delegados pela Administração e prestados sob a responsabilidade dos requeridos, no desempenho de importante mister de dispensação de fármacos à população mais carente.

De outro giro, encontro presente a nota essencial da metaindividualidade dos direitos subjetivos aqui em questão, na medida em que se veiculam, *lato sensu*, hipóteses de violação generalizada a interesses individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. Perfaz-se, nessa seara, o requisito da transindivulidade dos direitos discutidos no bojo da presente demanda, donde afigurar-se presente a legitimidade ativa do Ministério Público Federal para os termos da demanda.

Malgrado o despacho registrado sob o id n. 20127191 não tenha sido convenientemente atendido pelos requeridos, porquanto regularizada, rigorosamente, apenas a representação processual da pessoa física (cf. id n. 23079456), entendo possível a extensão da defesa por ela

apresentada aos interesses da pessoa jurídica aqui acionada, não apenas em razão da solidariedade passiva legal que se instaura, com base no art. 3º da LIA – Lei n. 8.429/92, entre réus sujeitos à incidência da legislação de improbidade<sup>1</sup> (nesse sentido: Processo : RESP 200900137428 – RESP - RECURSO ESPECIAL – 1119458, Relator(a) : HAMILTON CARVALHIDO, Sigla do órgão : STJ, Órgão julgador : PRIMEIRA TURMA, Fonte : DJE DATA:29/04/2010), mas também porque, *in casu*, se cuida de litisconsórcio passivo formado entre empresa e empresário individual, não havendo distinção entre a pessoa jurídica e a natural para os efeitos de que cogita a imputação inicial. Nesse sentido, compete indicar precedente do E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. MASSA FALIDA. CITAÇÃO VALIDADE. FIRMA INDIVIDUAL.

“1. A execução fiscal foi proposta em face de Mário Pires de Oliveira Presidente Prudente, firma individual, sendo que nesse caso, não há distinção entre a pessoa jurídica e a natural sob o aspecto da responsabilidade tributária.

2. O empresário individual responde ilimitadamente, com todo o seu patrimônio, pelas obrigações contraídas em decorrência de sua atividade empresarial, sendo desnecessária a inclusão da pessoa física no polo passivo da execução fiscal, já que o titular da firma individual responde solidária e ilimitadamente pelos débitos da empresa.

3. A citação foi realizada por meio de aviso de recebimento no endereço do executado sendo plenamente válida. Também não procede a alegação de que a citação deveria ter sido realizada na pessoa do síndico, pois a empresa já se encontrava em processo falimentar.

4. Observa-se que o embargante não juntou prova do alegado, ou seja, data do início da abertura do processo de falência, nota-se, ainda, que o síndico, devidamente intimado nestes autos, requereu o julgamento antecipado da lide, assim, a alegação de nulidade de restou esvaziada, já que a eventual decretação de nulidade e citação só beneficiaria a massa falida e como se pode averiguar a tal matéria restou superada ante o encerramento da falência.

5. Apelo desprovido” (g.n.).

[ApCiv 0005696-58.2001.4.03.6112, DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/05/2017].

Com tais considerações, considero sanada a irregularidade relativa à representação processual dos aqui requeridos, e, isto bem assentado, verifico que não existem outras preliminares a decidir, nulidades ou irregularidades a suprir ou sanar. Feito bem processado, contraditório preservado, partes legítimas e bem representadas, encontro presentes os pressupostos processuais e as condições da ação. O feito em termos para receber julgamento pelo mérito, porquanto, instadas as partes em termos de especificação de provas nada requereram, limitando-se a reportar suas respectivas argumentações aos documentos já carreadas aos autos, de forma que restou estabilizada a instrução processual, cabendo analisar as provas que constam dos autos. É o que se passa a fazer.

DE PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.

Inicialmente, contudo, deve-se refutar a objeção de prescrição da ação aqui em curso. Nesse particular, cumpre destacar, em primeiro lugar, que, na linha daquilo que assentado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, *verbis*: “são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade

<sup>1</sup> O que permite que se aproveite, a todos os demais réus solidários, as exceções opostas por qualquer deles ao credor comum, com base no que dispõe o art. 509, § único do CPC c.c. o art. 281 do CC. Nesse sentido: AI 00211676820114030000, DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/09/2014.

Administrativa” (STF – RE 852475 – Tribunal Pleno. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Julgado em: 08/08/2018), fundamento esse que, por si só, já rechaça a tese de prescrição avertada na inicial.

Quando não por isso, verifique-se que, na linha daquilo que muito bem observa o DD. *Parquet* Federal promovente, em réplica subscrita pelo Em. Procurador da República Dr. ANDRÉ LIBONATI, *verbis* (id n. 17130952, p. 31):

“Quanto à suposta prescrição da pretensão ministerial em se aplicar as sanções contidas na Lei de Improbidade Administrativa, soberanamente demonstrada sua inocorrência no bojo da argumentação contida na inicial da presente ação, sobretudo porque a prestação final de contas relacionada à improbidade em debate ocorreu justamente no bojo da Auditoria nº 16434/2016, finalizada em 14 de abril de 2016” (g.n.).

Daí, por qualquer ângulo que se analise a questão, irrefutável a conclusão no sentido de que não se consumou a prescrição da pretensão aqui adversada, razão porque rejeito a sua alegação. Passa-se ao exame do tema de fundo dessa demanda.

#### ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DA IRREGULARIDADE FUNCIONAL À IMPROBIDADE.

Em primeiro lugar, é necessário deixar bem assentada a diferenciação existente entre irregularidade administrativa e ato de improbidade.

A primeira consiste na prática do ato administrativo em desacordo com o figurino legal. Em se tratando de Administração Pública, e presentes os cânones da legalidade estrita, a prática do ato em desacordo com a lei se sujeita às sanções próprias constantes do ordenamento jurídico.

Encarece a doutrina que o ímprobo é o desonesto, o desleal, o imoral. É essa a nota distintiva da improbidade. Mais do que a comprovação da prática do ato viciado em si mesmo, deve-se caracterizar, para fins de enquadramento do sindicado nos ditames da improbidade, a falta ao dever ético de conduta de parte do servidor, a falta ou desvio de caráter da ação a qualificar a nulidade como ato imoral, ímprobo.

Sobre esse ponto, ensina a doutrina de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO:

“Quando se exige probidade ou moralidade administrativa, isto significa que não basta a legalidade formal, restrita da atuação administrativa, com observância da lei; é preciso também a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública”.

[Direito Administrativo, 15 ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 670].

Nesse sentido, também tem se posicionado a jurisprudência do Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, que, em julgado conduzido pelo voto do Eminentíssimo Ministro LUIZ FUX, então integrante dos quadros daquela Corte, assim se pronunciou:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. (PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92, ART. 11. EXIGÊNCIA DE CONDUTA DOLOSA)

“1. Os embargos de declaração visam conceder efeitos infringentes do julgado sob a invocação de que o elemento subjetivo do tipo não logrou ser examinado.



2. O aresto embargado, nos itens 3 e 4, versou acerca do elemento subjetivo do tipo, *verbis*: A doutrina do tema é assente que “imoralidade e improbidade devem-se distinguir, posto ser a segunda espécie qualificada da primeira, concluindo-se pela inconstitucionalidade da expressão culposa constante do *caput* do artigo 10 da Lei 8.429/92” (Aristides Junqueira, José Afonso da Silva e Weida Zancaner). É que “estando excluída do conceito constitucional de improbidade administrativa a forma meramente culposa de conduta dos agentes públicos, a conclusão inarredável é a de que a expressão ‘culposa’ inserta no *caput* do art. 10 da lei em foco é inconstitucional. Mas, além da questão sobre a possibilidade de se ver caracterizada improbidade administrativa em conduta simplesmente culposa, o que se desejou, primordialmente, foi fixar a distinção entre improbidade e imoralidade administrativas, tal como acima exposto, admitindo-se que há casos de imoralidade administrativa que não atingem as raiais da improbidade, já que esta há de ter índole de desonestidade, de má-fé, nem sempre presentes em condutas ilegais, ainda que causadoras de dano ao erário” (Improbidade Administrativa – questões polêmicas e atuais, coord. Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho, São Paulo, Malheiros, 2001, pág. 108). Destarte, “somente nos casos de lesão ao erário se admitiria a forma culposa — cumulativamente com a dolosa — de improbidade administrativa, porquanto teria o legislador silenciado quanto às hipóteses em que não houvesse prejuízo ao patrimônio público. Com efeito, a forma culposa de lesão aos princípios que regem a atuação dos agentes públicos, por si só, sem o correspondente prejuízo patrimonial efetivo, não basta para justificar incidência das sanções de improbidade administrativa, ante o princípio da reserva legal” (Improbidade Administrativa, Fábio Medina Osório, Porto Alegre, Síntese, 1997, pág. 82).

3. Consectariamente, são inacolhíveis os embargos de declaração com finalidade unicamente infringente, porquanto inócua qualquer omissão (precedentes)” (g.n.).

[Processo: EDcl no REsp 939142 / RJ – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL 2007/0071808-o, Relator(a): Ministro LUIZ FUX, Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA, Data do Julgamento: 18/09/2008, Data da Publicação/Fonte: DJe 20/10/2008]

No voto condutor do Recurso Especial donde manejados os embargos acima indicados, Sua Excelência bem pontua que:

“A exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada cum *granu salis*, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além de que o legislador pretendeu. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador.

À luz de abalizada doutrina: “A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, §4º). A probidade administrativa consiste no dever de o “funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer”. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem (...)” in José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 24ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p-669”.

[RECURSO ESPECIAL nº 797.671 – MG (2005/0179387-o)]

Em outro precedente, o mesmo Em. Ministro, que, atualmente, compõe o C. STF, assim se pronuncia a respeito desse tema:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO. RECURSOS DO PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR (PNAE). MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ.

“1. A atipicidade dos fatos, à luz da prova produzida na fase de defesa prévia da ação de improbidade, decorrente da análise das atividades do prefeito, conducentes à rejeição da ação, interditam a cognição do Tribunal na forma da Súmula 7/STJ.

2. *In casu*, a instância *a quo* concluiu que: “AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO. NÃO RECEBIMENTO DA INICIAL. 1. Os fatos, cujo enquadramento é proposto no art. 11, I, demais não caracterizarem a figura do desvio de poder, qualificam-se como meras irregularidades, incapazes de configurar improbidade administrativa, instituto inseparável da presença de desonestidade. 2. A verificação na aquisição de merenda escolar, de aquisições superiores a 3% do valor de mercado, não é hábil, só por si, para configurar o tipo do art. 10, XII, da Lei 8.429/92. 3. Inicial não recebida” Sra. Presidente, quanto à questão da lei de improbidade, que é uma lei da máxima relevância, no entanto tenho uma certa preocupação com a aplicação da lei de improbidade. Essa preocupação nasce do próprio conceito de improbidade administrativa. O Professor José Fontes da Silva, quando entrou em vigor a Constituição Federal, se pronunciou pelo conceito de improbidade administrativa como uma ofensa qualificada à moralidade administrativa. De maneira que se pode concluir que uma irregularidade ou uma ilegalidade nem sempre poderá ser considerada improbidade administrativa. Os fatos narrados, a aquisição de produtos alimentícios no valor bem superior ao valor do mercado configuraria, a princípio, a improbidade administrativa. Creio que o fato de uma resolução regulamentar exigir um laudo de controle da mercadoria e, isso não foi realizado pela administração, penso que talvez essa desobediência que se enquadra no art.11, I, não configure o tipo da improbidade. O meu voto é no sentido de receber, apenas, o pedido no que concerne ao art. 10, XXII.. (...) Peço licença para retificar meu voto. Quando recebi a inicial, fi-lo com base no art. 10, XII. É certo que este inciso fala “permitir, facilitar ou concorrer para que terceiros se enriqueçam ilicitamente”. No entanto, assim fazia em face de o inciso V ter um tipo que poderia representar a subsunção de uma das irregularidades narradas, que era “permitir ou facilitar aquisição, permuta ou locação de bens ou serviços por preços superiores ao do mercado”. Considerando que dentro do conjunto do valor global do convênio o suposto excesso de valor de mercado fora de aproximadamente 2% (dois por cento), retifico meu voto acompanhando a maioria e não recebendo a inicial, pedindo vênias ao Relator”.

3. Recurso Especial não conhecido” (g.n.).

[RESP 200501941946, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:13/10/2008].

Essas são as diretrizes de pensamento que, segundo vejo a questão, devem orientar e informar o critério diferenciador entre a prática de uma mera irregularidade administrativa e um ato de improbidade.

Bem de ver, por outro lado, que a constatação da má-fé nas condutas trazidas ao crivo da cognição judicial deve ser cabalmente comprovada pelo interessado.

Por ser a representação do senso médio de honestidade que se deve esperar das condutas em sociedade, é a boa-fé do agente que deve ser presumida no caso concreto, cedendo a presunção apenas quando sobrevier prova incontestável da situação oposta.

Quanto a esse ponto, entendo pertinente que se traga à colação as reflexões de nosso mais notável juriconsulto, o emérito Professor MIGUEL REALE, que deixa bem clara essa posição: a grande baliza do intérprete do Direito é o pressuposto da boa-fé. Em suas próprias palavras:

“Se há algo que me impressiona no evoluir do Direito pátrio é a crescente perda de confiança no homem. Nossa legislação baseia-se, cada vez mais, no pressuposto da má fé. Desconfia-se de tudo e de todos, postos no mesmo plano os honestos e os que o não são, como se fosse possível esperar tudo da lei quando nada se espera da livre e espontânea cooperação do homem. Crê-se na lei, porque já não se crê no homem, quando aquela só vale como expressão objetiva das virtudes humanas”.

[Horizontes do Direito e da História – Estudos de Filosofia do Direito e da Cultura, São Paulo: Editora Saraiva, 1956, p. 10].

Assim, em atenção à exortação da doutrina, deve prevalecer sempre, no espírito do julgador, a orientação que prestigia a presunção da boa-fé nas relações jurídicas. Todas as outras situações devem ficar comprovadas nos autos.

Com isso em mente, passo à análise individualizada da conduta apontada inicial.

DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LESÃO AO ERÁRIO. COMPROVAÇÃO. SANÇÕES DE IMPROBIDADE.

Da análise da documentação juntada aos autos no âmbito da instrução processual aqui em encetada, restou claro que está confirmada a tese desenvolvida na inicial da presente ação civil pública, no que, de fato, a empresa ora requerida, através do seu representante legal e responsável RODRIGO ALMEIDA BARROS, executou as ações do citado programa desatendendo às normas estabelecidas pelo Ministério da Saúde, no que se refere:

a) não comprovação das aquisições por meio de notas fiscais dos medicamentos registrados no Sistema Autorizador de vendas (DATASUS) do Programa Farmácia Popular do Brasil (PFPPB), no período de abril de 2013 a janeiro de 2014, e;

b) registro de vendas em nome de pessoas falecidas, restando patente que os requeridos promoveram dispensações fraudulentas dos medicamentos relacionados com o Programa Farmácia Popular, caracterizando vendas simuladas.

Nesse sentido, o DENASUS constatou que os réus não apresentaram a totalidade das notas fiscais de aquisição dos medicamentos auditados para comprovar as dispensações realizadas por meio do Programa Farmácia Popular, contrariando o que dispõe o art. 11 do Dec. n. 1651, de 28/09/1995, bem como os § 2º e 3º do art. 23, da Portaria GM/MS n. 971 de 15/05/2012.

Em face desse panorama probatório documental, alegações genéricas de ausência de dolo desfiadas na contestação oferecida ao pedido inicial não ostentam a mínima condição para serem acolhidas, mesmo porque não veio aos autos nenhum documento hábil a comprovar que, pelo menos, as compras dos medicamentos para o estabelecimento comercial, com a sua posterior venda a terceiros – fato que poderia facilmente ser comprovado por meio de Notas Fiscais – tenham efetivamente ocorrido.

Evidentemente que, fosse o caso, v.g., de um mero erro inocente de digitação quanto ao número de CPF do adquirente do medicamento, provas documentais das efetivas aquisições e subsequentes dispensações dos medicamentos existiriam, ou teriam condições de ser exibidas. À míngua dessa demonstração – que competia à defesa dos requeridos – somos deixados com a conclusão, única possível, de que a aquisição cadastrada na plataforma digital do Programa “Farmácia Popular” efetivamente não aconteceu.

Aqui, entra em consideração a circunstância de que o responsável legal do empreendimento cadastrado, além de diretamente beneficiado pelos repasses de verbas para a aquisição de tais fármacos, era – segundo se denota de suas próprias declarações colhidas no âmbito do inquérito civil – o único responsável pela empresa investigada, a única pessoa que tinha

acesso ao sistema informatizado do DATASUS (utilizado para operar o programa), havendo reconhecido, que, de fato, os registros ali lançados, e apontados como irregulares pelas autoridades da fiscalização, foram por ele realizados.

Daí, possível a inferência de que o réu – pessoa física – não comprovou a aquisição e nem a venda dos medicamentos selecionados pela auditoria, razão pela qual as informações de dispensações inseridas por ele no sistema PFPB são falsas, o que ocasiona locupletamento ilícito em seu favor, uma vez que recebeu repasses indevidos, em prejuízo do erário.

Nesse ponto, cumpre enaltecer, uma vez mais, que o estabelecimento credenciado é remunerado pelo Governo Federal a partir dos lançamentos de dispensações (entrega ao cidadão) de medicamentos efetuadas no Sistema Autorizador do Programa, conforme se depreende dos arts. 17 e 29, da Portaria GM/MS n. 971/2012, vigente à época das dispensações.

Daí, não demonstradas as efetivas transações comerciais envolvendo os medicamentos declarados, na plataforma digital, pelo empreendimento sindicado, e certificado que a única pessoa a manipular o sistema era o responsável legal da empresa, justamente o beneficiário dos repasses das verbas atinentes ao programa, desvela-se, com grande segurança, a conclusão pela autoria do fato imputado na inicial, a substanciar um decreto condenatório de ambos os réus.

Por outro lado, o prejuízo ao erário restou seguramente demonstrado a partir daquilo que se vê do Relatório de Auditoria n. 16434 do DENASUS, devidamente catalogado nos autos do Inquérito Civil n. 1.34.003.000257/2016-73, instaurado no âmbito da DD. Procuradoria da República no Município de Bauru, ambos conclusivos no sentido de que a empresa administrada pelo requerido não apresentou documentos fiscais comprobatórios de aquisição dos medicamentos dispensados, por meio do Programa “Farmácia Popular”, dando conta que o estoque era inferior às dispensações informadas.

Mais, constatou o procedimento de fiscalização que houve dispensação de medicamentos a pessoas já falecidas, originando-se, de tais condutas, prejuízo de R\$ 77.895,88 ao Fundo Nacional de Saúde. Nesse particular, verifica-se que a contestação apresentada pelos requeridos se apresenta absolutamente lacônica sobre o ponto, no que, em momento algum, se impugna, seja a efetivação das despesas à conta do programa oficial de aquisição de medicamentos, seja o montante a tanto associado – resumindo-se à defesa apresentada ao reconhecimento da ausência de dolo na conduta dos requeridos –, de sorte que, quanto a isso, é de se reconhecer a incidência da norma prevista no art. 341 do CPC, presumindo-se verdadeiras as alegações de fato não especificamente impugnadas pelos réus.

Conflagra-se, portanto, agressão reiterada e sistemática, por meio de diversas condutas praticadas em continuação, de princípios administrativos constitucionais, gerando enriquecimento ilícito do agente público por equiparação, e, por decorrência, prejuízos materiais e lesão ao patrimônio público, a caracterizar assalto aos preceitos informadores da legislação de improbidade estampados nos arts. 9º (incisos XI e XII) e 10 (incisos VI e IX) da Lei n. 8.429/92 – LIA, a sujeitar as partes transgressoras ao conteúdo sancionatório a tanto correlato.

Neste particular, por sinal, insta destacar superadas as antigas discussões doutrinárias e jurisprudenciais respeitantes à constitucionalidade das sanções de improbidade previstas na legislação específica, tendo a matéria sido pacificada no âmbito da Suprema Corte Brasileira, consoante se verifica a partir do seguinte precedente:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI Nº 8.429/1992. PENA DE SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS. CONSTITUCIONA-

LIDADE. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE DA SANÇÃO. VALORAÇÃO DEPENDENTE DA REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA CONSTANTE NO ACÓRDÃO REGIONAL. PROCEDIMENTO VEDADO NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 5º, LIV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. NATUREZA INFRACONSTITUCIONAL DA CONTROVÉRSIA. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/1973.

“1. O entendimento da Corte de origem, nos moldes do assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal, no sentido da constitucionalidade das sanções impostas pela Lei nº 8.429/1992.

2. A verificação, no caso concreto, da proporcionalidade entre a reprimenda aplicada e a conduta que a ensejou demandaria a reelaboração da moldura fática delineada no acórdão de origem, a tornar oblíqua e reflexa eventual ofensa à Constituição, insuscetível, como tal, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário.

3. Obstada a análise da suposta afronta ao inciso LIV do art. 5º da Carta Magna, porquanto dependeria de prévia análise da legislação infraconstitucional aplicada à espécie, procedimento que refoge à competência jurisdicional extraordinária desta Corte Suprema, a teor do art. 102 da Magna Carta.

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” (g.n.).

[AI-AgR-segundo - SEGUNDO AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO, ROSA WEBER, STF].

Nestes termos, verificada a plena compatibilidade vertical entre as normas previstas na legislação de improbidade administrativa e o Texto Constitucional, é impositiva a conclusão no sentido de que – em sendo positiva a subsunção dos fatos expostos na inicial à norma de regência que tutela a probidade na Administração – devem ser aplicadas as sanções pertinentes previstas no tipo proibitivo.

Nessa conformidade, e considerando a natureza da conduta praticada, suas consequências, bem assim a magnitude e a extensão do enriquecimento experimentado pelos agentes, da lesão perpetrada ao erário, entendo pertinente a aplicação aos requeridos, solidariamente (art. 3º da Lei n. 8.429/92), das seguintes sanções, previstas no art. 12 da LIA:

(1) o ressarcimento integral do dano praticado contra o erário (Fundo Nacional de Saúde – FNS), estabelecido, em montantes incontroversos, no importe total de R\$ 77.895,88, em valores devidamente atualizados para a data da efetiva liquidação do débito, com incidência de juros moratórios desde a citação (art. 240, *caput*, do CPC) na forma dos arts. 405 e 406, ambos do CC;

(2) a suspensão dos direitos políticos do réu/ pessoa física (RODRIGO ALMEIDA BARROS) pelo período de 08 anos, abrangendo essa suspensão tanto a capacidade eleitoral ativa quanto a passiva;

(3) o pagamento de multa civil multa civil em valor idêntico ao do prejuízo experimentado pela Administração Pública (valor certo de R\$ 77.895,88, montantes atualizados para ), a reverter em favor do Fundo previsto no art. 13 da Lei n. 7.347/85;

(4) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 10 (dez) anos.



Estas sanções, por evidente, somente poderão ser executadas após o trânsito em julgado, presente o que dispõe o art. 5º, LVII, da CF c.c art. 20 da LIA (Lei n. 8429/92).

Com estas considerações, julga-se procedente o pedido inicial contida nessa ação civil pública, impondo-se aos réus as sanções aqui discriminadas.

#### 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 art. 487, I do CPC. Nessa conformidade, por incursão no que disciplinam os arts. 9º (incisos XI e XII) e 10 (incisos VI e IX) da Lei n. 8.429/92 – LIA:

(A) CONDENO os réus (RODRIGO ALMEIDA BARROS e RODRIGO ALMEIDA BARROS FARMACIA - ME), solidariamente, a restituir à União Federal (FUNDO NACIONAL DE SAÚDE – FNS), o valor certo de R\$ 77.895,88, devidamente atualizado para a data da efetiva liquidação do débito, acrescido de juros moratórios, desde a data da citação para os termos da presente ação (art. 240, *caput*, do CPC), na forma dos arts. 405 e 406 do CC;

(B) CONDENO os réus, solidaridamente, ao pagamento de multa civil, em valor idêntico ao do prejuízo experimentado pela Administração Pública (valor certo de R\$ 77.895,88), devidamente atualizado, desde a data da citação, para a data da efetiva liquidação do débito;

(C) DECLARO a suspensão dos direitos políticos do réu RODRIGO ALMEIDA BARROS (capacidade eleitoral ativa e passiva), pelo período de 08 anos, a contar da data do trânsito em julgado da presente decisão;

(D) DECLARO a proibição, em relação a ambos os réus, de contratar com o Poder Público, ou dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual os requeridos (pessoa física e/ ou jurídica) sejam sócios majoritários, pelo prazo de 10 (dez) anos.

Atualização monetária nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

Arcarão os réus, vencidos, com o pagamento das custas e despesas processuais. Sem condenação em honorária de advogado, tendo em vista que proposta ação pelo Ministério Público Federal.

Ciência ao Ministério Público Federal.

P.I.

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE

## **MANDADO DE SEGURANÇA**

**5002954-18.2019.4.03.6120**

Autor: ADRIANO DE PRINCE LUCHETTI

Réu: REITORA DA FACULDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS - UFMG

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

Juiz Federal: MÁRCIO CRISTIANO EBERT

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/10/2019

### **SENTENÇA**

#### **I — FUNDAMENTAÇÃO**

Trata-se de mandado de segurança proposto por Adriano de Prince Luchetti contra ato da Reitora da Faculdade Federal de Minas Gerais — UFMG, por meio do qual o impetrante pede que as autoridades impetradas sejam compelidas a matriculá-lo no curso de graduação em História, no período noturno.

Em resumo, a inicial articula que o autor se submeteu ao processo de seleção para vagas no curso de graduação em História na UFMG, por meio do Sistema de Seleção Unificada — SISU, na modalidade de candidatos que (i) estudaram em escola pública, (ii) estão inseridos em grupo familiar com renda bruta mensal per capita igual ou inferior a 1,5 salário mínimo e (iii) se autodeclararem negros (pretos ou pardos). O autor apresentou os documentos que comprovavam o preenchimento das condições e se submeteu a entrevista com comissão responsável pelo procedimento de heteroidentificação, constituída para avaliar os caracteres fenótipos dos candidatos que se autodeclararam negros. Sucede que dita comissão concluiu pelo não enquadramento do autor como pardo, o que resultou na sua exclusão do certame.

O impetrante sustenta ser descabido submeter a autodeclaração a uma comissão, uma vez que não há critério científico e objetivo que permita identificar alguém como negro, pardo ou indígena. Além disso, “[...] *ainda que fosse possível a identificação de tal qualidade de uma determinada pessoa, o fato de alguém ser considerado “negro”, pardo”, “branco” ou “amarelo”, não importaria em critério de erradicação das desigualdades sociais, visto que o fato de alguém ser considerado um ou outro não caracteriza motivo determinante de inferioridade ou superioridade intelectual ou social*”. Acrescentou que a condição de pardo foi comprovada por meio da certidão de óbito do avô materno, de modo que não há dúvida de que ostenta as características que lhe permitem concorrer às vagas segundo o critério de cotas raciais.

A liminar foi indeferida (Num. 20432464).

Em suas informações (Num. 21347197) a autoridade impetrada arguiu as preliminares de ilegitimidade passiva (a matrícula é ato de responsabilidade exclusiva do Departamento de Registro e Controle Acadêmico) e de ausência de direito de agir (o impetrante não demonstra a existência de direito líquido e certo). No mais, defendeu a decisão que não confirmou a condição racial declarada pelo impetrante, destacando que todo o processo se deu nos estritos termos do edital. Comprovou que a decisão que excluiu o autor foi unânime, assim como a decisão que julgou o recurso interposto pelo candidato.

Em linhas gerais, a manifestação da UFMG (Num. 21412700) encampou as informações da autoridade impetrada, inclusive no que diz respeito às preliminares.

O MPF manifestou-se pela denegação da ordem (Num. 22340240).

É a síntese do necessário.

## II — FUNDAMENTAÇÃO

A preliminar de ilegitimidade passiva não procede. Ainda que a matrícula seja atribuição de um departamento específico, é certo que essa unidade está hierarquicamente submetida à Reitoria da instituição. Cumpre rememorar que inicialmente a impetração era dirigida contra três autoridades (a Reitora, o Vice-Reitor e o responsável pelo Departamento de Registro e Controle Acadêmico), mas na primeira decisão proferida restringi o polo passivo à Reitora, com base nos seguintes argumentos:

“(…) a autoridade coatora no mandado de segurança corresponde ao agente que tenha praticado o ato impugnado, do qual emane a ordem para sua prática ou que detenha poderes para modificá-lo. Não poderia ser diferente, pois se o objetivo da impetração é cancelar, alterar ou evitar a prática de um ato, essa pretensão deve ser dirigida a quem detém poderes suficientes para qualquer dessas providências. Ocorre que no caso dos autos a impetração é dirigida a três autoridades que se alinham em provável escala hierárquica, a indicar a superposição de competências. Afinal, é evidente que as decisões do vice-reitor não podem se sobrepor às da reitora, que presumivelmente possui poderes para rever os atos de departamentos a ela vinculados. Sendo assim, entendo que a impetração deve ser dirigida apenas à Reitora da UFMG, restando indeferida a inicial em relação ao Vice-Reitor e ao responsável pelo Departamento de Registro e Controle Acadêmico da instituição. Desnecessário a retificação da autuação, uma vez que apenas a Reitora foi incluída como autoridade impetrada.

Da mesma forma, não há que se falar em falta de interesse de agir. A demonstração cabal de direito líquido e certo não é pressuposto para a impetração do mandado de segurança, mas sim para a concessão da ordem. Dito de outra forma, se a exclusão do autor do certame foi legítima é questão afeta ao mérito, não se confundindo com os pressupostos para o ajuizamento da ação.

Descendo para a questão de fundo, começo pelo resgate dos fundamentos da decisão que indeferiu a liminar.

“No que diz respeito ao objeto da impetração, registro que os estreitos limites cognitivos do mandado de segurança não permitem ingressar no mérito da decisão questionada pelo impetrante, proferida pela comissão de heteroidentificação da UFMG. O fato de a decisão não ter sido juntada (aparentemente nem o autor teve acesso ao parecer que implicou em sua exclusão) é um dos fatores que restringem o objeto de análise, mas não é o mais importante. A maior limitação que se apresenta neste caso decorre do fato de que o mandado de segurança não admite dilação probatória que vá além da apresentação de documentos. Logo, o objeto deste feito deve ficar limitado aos aspectos relacionados à legalidade do ato questionado, não havendo espaço para definir se os fenótipos do impetrante se adequam à autodeclaração como pardo. (...)”

O requisito essencial para a concessão de medida liminar em mandado de segurança é a demonstração de indícios evidentes, próximos da certeza, da prática de um ato ilegal pela autoridade coatora.

Neste mandado de segurança o impetrante questiona a legalidade do sistema de confirmação da autodeclaração dos candidatos que disputam vagas por meio do sistema de cotas raciais adotado pela UFMG. Segundo esse sistema, os candidatos que se autodeclararam negros

ou pardos se submetem a um procedimento de heteroidentificação, realizado por comissão designada pela reitoria da instituição.

De largada cumpre destacar que o autor se contrapõe a regra expressa do edital, no sentido de que “no caso de candidatos que se autodeclararem negros (pretos ou pardos) esta condição poderá ser confirmada por procedimento de heteroidentificação, realizado por Comissão designada pela Reitoria da UFMG para tal fim, por meio do qual serão avaliados os caracteres fenotípicos dos candidatos para aferição da condição racial declarada”<sup>1</sup>.

Como se sabe, ao se inscrever em concurso seletivo o candidato aceita tacitamente suas regras, a elas se submetendo. Mudando o que deve ser mudado, aplica-se ao caso a lição clássica de HELY LOPES MEIRELLES<sup>2</sup> a respeito da força normativa do instrumento convocatório nas licitações. Ou seja, o edital é a lei interna do concurso, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os candidatos como a Administração que o expediu.

A possibilidade de revisão judicial de regras do edital deve ser reservada aos casos em que demonstrada ilegalidade na norma, incongruência ou contradição interna do edital ou ainda nos casos de flagrante falta de razoabilidade na criação da norma ou em sua aplicação.

No presente caso, porém, não vislumbro nenhuma das situações que autorizam a excepcional intromissão do Poder Judiciário nos assuntos da UFMG.

O sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial no processo de seleção para instituição pública de ensino superior foi declarado constitucional pelo STF no célebre julgamento da ADPF nº 186/DF. Dentre outras balizas, nesse precedente se reconheceu a legitimidade da autoidentificação, da heteroidentificação e da combinação de ambos os sistemas (hipótese dos autos) como critérios válidos para o enquadramento do candidato na política de reserva de cotas. A propósito disso, oportuno resgatar a defesa às comissões que avaliam a presença dos caracteres físicos e visíveis para definição do enquadramento do candidato no sistema de cota que consta no voto do Ministro Luiz Fux:

A medida é indispensável para que as políticas de ação afirmativa não deixem de atender as finalidades que justificam a sua existência. Não se pretende acabar com a autodefinição ou negar seu elevado valor antropológico para afirmação de identidades. Pretende-se, ao contrário, evitar fraudes e abusos, que subvertem a função social das cotas raciais. Deve, portanto, servir de modelo para tantos outros sistemas inclusivos já adotados pelo território nacional. A questão também foi abordada no voto da Ministra Rosa Weber, que contribuiu com o seguinte raciocínio a respeito das vantagens do critério fenótipo sobre o genótipo:

Enfim, no que diz com as comissões de classificação formadas pela UnB para avaliar o preenchimento, pelos candidatos às vagas de cotistas, da condição de negro, deve-se considerar que a discriminação, no Brasil, é visual. Expressivo, a propósito, na obra Um enigma chamado Brasil – 29 intérpretes de um país, artigo de Maria Laura Viveiros de Castro Cavalcante, sob o título “Estigma e Relações Raciais na obra pioneira de Oracy Nogueira – paulista de Cunha, falecido em 1996, filho de professores brancos e católicos e com doutorado na Universidade de Chicago, nos Estados Unidos. Fez, Oracy Nogueira, extensas pesquisas entre 1940 e 1955 sobre o preconceito racial no Brasil e nos Estados Unidos, forjando os conceitos, ainda ontem lembrados da tribuna, de preconceito de origem e preconceito de marca. Segundo o seu magistério, enquanto nos Estados Unidos prevalece o preconceito de origem, que elege como critério de discriminação a ascendência, a gota de sangue (qualquer que seja a presença de ancestrais do grupo discriminador ou discriminado na ascendência de uma pessoa mestiça, ela é sempre classificada no grupo discriminado), no Brasil viceja o preconceito de marca, em que o fenótipo, a aparência racial é o critério da discriminação, consideradas não só as nuances da cor como os traços fisionômico. Nessa linha, explicita a articulista, a concepção de branco e não branco varia de indivíduo para indivíduo dentro do mesmo grupo ou da mesma

1 Item 3, alínea ‘c’ do edital complementar ao edital do processo seletivo para acesso aos cursos de graduação da UFMG em 2019 (num. 20368983).

2 Direito administrativo brasileiro. 29 ed. atual. – São Paulo : Malheiros, 2004, p. 268.

família, e atua – insidioso e abominável como qualquer forma de discriminação –, mediante a preterição. Assim, complementa ela, ao concorrer em igualdade de condições, a pessoa “escura” será sempre preterida por uma pessoa mais “clara”, e na hipótese de demonstração, pela pessoa mais “escura”, de inegável superioridade em inteligência e habilidades, o que se permite é que se lhe abra “uma exceção”. A cor, finaliza, como metonímia racial, emerge, pois, como categoria duplamente cultural.

Cumprir registrar que o modelo de heteroidentificação não teve aceitação unânime no Plenário. Apesar de ter julgado improcedente a ação, aderindo à parte dispositiva do voto do relator, o Ministro Gilmar Mendes teceu críticas ao modelo de confirmação da autodeclaração por comitê:

Não é razoável que alguém se invista na universidade neste tipo de poder de dizer quem é branco e quem é negro para essa finalidade. Seria muito mais razoável adotar-se um critério objetivo de referência, de índole socioeconômicas. Porque todos podemos imaginar as distorções eventualmente involuntárias, como esses casos estão a demonstrar, mas também eventuais distorções de caráter voluntário, a partir desse tribunal que, segundo se diz, pelo menos na mídia, opera com quase nenhuma transparência. Então, veja que se conferiu, aí, a um grupo de iluminados esse poder que ninguém quer ter, de dizer quem é branco, quem é negro, numa sociedade altamente miscigenada. Então, temos, Presidente, realmente, um sério problema a despeito da correção do discurso. Ninguém está aqui a negar a constitucionalidade das ações afirmativas, nós temos um número muito razoável de decisões do Supremo Tribunal Federal, em variada ordem, que ressalta a possibilidade de se adotarem critérios diversos. Isso faz parte, inclusive, da velha fórmula que era decantada já por Rui Barbosa: de tratar igualmente a iguais e desigualmente a desiguais. Ou, na crítica de Anatole France, que dizia: a igualdade formal assegurava a pobres e ricos. Mas a referência, aqui, era a pobres e ricos, o direito inclusive de dormir sobre as pontes.

Então, é preciso ter atenção para esse aspecto. Este ponto me parece um ponto crítico do modelo. Eu poderia, também, eu não estranharia a possibilidade, Presidente, de se falar, em princípio, da necessidade de alguma baliza ou parâmetro legal, mas, tendo em vista inclusive essas singularidades, não me parece inconveniente que instituições com essa dose de autonomia possam fazer a modelagem de seus tipos a fim de buscar uma maior efetividade. Mas a mim me parece - e acredito que há um esforço nesse sentido quando nós vemos, será debatido no caso do ProUni, inclusive a questão da lei complementar para fins de isenção ou imunidade, ou também das regras do Estatuto da Igualdade Racial -, mas, a mim me parece que, num país com tantas diversidades, e com tantas instituições dotadas de autonomia, aí as próprias universidades estaduais, federais e, também, as particulares, que estão submetidas a regras básicas, não seria estranho que houvesse pelo menos aquele tipo de lei moldura, de lei quadro, que permitisse balizar os critérios. Mas vamos de novo destacar: o modelo da UnB nas universidades federais tem a virtude e obviamente os eventuais defeitos de um modelo pioneiro feito sem paradigmas anteriores. Então, esse é um ponto importante, não se pode negar a importância de ações que levem a combater essa crônica desigualdade.

(...)

Quando se apontam as distorções, e elas são sérias, tanto a possibilidade de cooptação, ricos que se aproveitam da cota, pervertendo, portanto, o sistema; ou decisões discricionárias ou até arbitrárias de servidores das universidades nesse órgão de seleção racial; já a ideia do tribunal racial evoca a memória de coisas estranhas, Presidente, não é? Enfim, não é um bom modelo, especialmente numa sociedade miscigenada; quer dizer, há uma dificuldade muito grande em relação a isso.

Posteriormente a questão das cotas para negros foi revisitada pelo plenário do STF, agora na perspectiva da reserva de vagas no serviço público. Trata-se da ADC 41/DF, cujo objeto era a Lei 12.990/2014, que reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta.



Como não poderia ser diferente, a Corte assentou a constitucionalidade da norma e, no aspecto que interessa ao presente caso, reafirmou a constitucionalidade do sistema de heteroidentificação, que desta feita integrou a tese do julgamento, que é a seguinte: “É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa”.

Ora, assentado que o critério de heteroidentificação é constitucional, não há como censurar a UFMG por adotá-lo em seu processo seletivo, uma vez que se trata de matéria afeta à autonomia das universidades.

Cabe acrescentar que os indícios de que impetrante possui ascendência parda, manifestada no atestado de óbito do avô materno, não se sobrepõem à decisão da comissão de heteroidentificação da UFMG, uma vez que o critério adotado pela instituição para o acesso de candidatos pelo sistema de cotas raciais não é do genótipo, mas sim do fenótipo.

Penso hoje como pensava ontem, sendo que as informações da autoridade impetrada, a manifestação da UFMG e o parecer do MPF apenas reforçaram minha convicção em relação à matéria.

Por conseguinte, impõe-se a denegação da segurança.

### III — DISPOSITIVO

Diante do exposto, DENEGO A SEGURANÇA extinguindo o feito com resolução de mérito, nos termos do art. 487, I do CPC.

Sem honorários advocatícios, em face do disposto no artigo 25, da Lei 12.016/09.

Custas pelo impetrante, que é isento em razão da concessão da AJG.

Caso interposto recurso, intime-se a contraparte para contrarrazões e encaminhe-se o processo ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Ciência ao MPF.

Juiz Federal MÁRCIO CRISTIANO EBERT

**PROCEDIMENTO COMUM****5014530-68.2019.4.03.6100**

Autora: LOURDES CASTILHO CECCOLINI

Ré: UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 26ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Juíza Federal: SÍLVIA FIGUEIREDO MARQUES

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/09/2019

**SENTENÇA**

Vistos etc.

LOURDES CASTILHO CECCOLINI, qualificada na inicial, propôs a presente ação contra a União Federal, pelas razões a seguir expostas:

Afirma, a autora, que é Auditora Fiscal da Receita Federal do Brasil, desde 12/01/1981, tendo se aposentado em 19/10/2009.

Afirma, ainda, que obteve o direito de se aposentar em junho de 2004, nos termos da Emenda Constitucional n. 20/98.

Alega que, no ano de 2011, foi instaurado o PAD nº 16302.000153/2011-53, para apuração de fato ocorrido no período compreendido entre 2008 e 2010. Deste, resultou a cassação de sua aposentadoria.

Sustenta que o PAD em discussão é nulo, já que a comissão foi composta por servidores não estáveis, no período em que atuaram, e que a estabilidade dos mesmos somente foi conferida no ano de 2016, após o encerramento do PAD.

Acrescenta que o fato de a portaria, que conferiu a estabilidade, ter indicado que os efeitos eram retroativos não retira tal nulidade.

Sustenta, ainda, que ela já tinha conquistado o direito de se aposentar (contribuição e idade), em junho de 2004, e que os supostos atos praticados são posteriores ao direito adquirido à aposentadoria, assim como a instalação do PAD.

Pede que a ação seja julgada procedente para declarar nulo o PAD n. 16302.000153/2011-53 ou, caso não seja esse o entendimento do juízo, para declarar a nulidade da cassação da aposentadoria da autora. Pede, ainda, que a ré seja condenada ao pagamento de todos os valores dos proventos de aposentadoria, relativos aos últimos cinco anos.

A autora emendou a inicial para excluir o pedido de pagamento dos valores anteriores ao ajuizamento da ação. Comprovou, ainda, a data na qual foi reconhecido seu direito à aposentadoria.

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi deferido (id 20898579). Contra esta decisão, a ré interpôs agravo de instrumento.

A União Federal contestou o feito (id 21996112). Apresenta esclarecimentos sobre o PAD. Informa que ao final do mesmo foi aplicada a penalidade de cassação da aposentadoria, por intermédio da Portaria n. 385, de 2017, pela prática de ato de improbidade administrativa e por ter-se, a autora, valido do cargo para obter proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com fundamento no artigo 132, IV e XIII, este último combinado com o artigo 117, IX da Lei n. 8.112/90, com restrição de retorno ao serviço público federal, nos moldes do artigo 137, parágrafo único, do mesmo diploma legal. Quanto às alegações da

autora, afirma que os servidores designados para compor a comissão processante têm que ter estabilidade no serviço público, não nos cargos ocupados. E tal requisito foi cumprido. Afirma, ainda, que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre a constitucionalidade da pena de cassação da aposentadoria. Salienta que a perda da aposentadoria não impede que o apenado leve o tempo de contribuição para o Regime Geral da Previdência Social. Pede que a ação seja julgada improcedente.

As partes não requereram a produção de provas. Mas a autora apresentou impugnação à contestação.

É o relatório. Passo a decidir.

Do exame dos documentos existentes nos autos, verifico que a autora preencheu os requisitos legais para aposentadoria em março de 2003, tendo permanecido em atividade, com recebimento do abono de permanência, até sua efetiva aposentadoria, que ocorreu em 19/10/2009, com proventos integrais (Id 20883984).

Verifico, ainda, que o PAD nº 16302.000153/2011-53 foi instaurado para apurar a prática de atos de corrupção e violação de sigilo fiscal, ocorridos no período de junho de 2008 a setembro de 2010. É o que consta do relatório da decisão proferida (Id 20532322).

Ora, os atos tidos como praticados pela autora ocorreram após a aquisição de seu direito de aposentadoria. Em consequência, a cassação da aposentadoria, em razão desses atos posteriores à aquisição do direito, viola o direito adquirido da autora, o que não pode ser admitido.

Com efeito, a Constituição da República, em seu art. 5º, XXXVI, garante o direito adquirido até mesmo contra a Lei nova. A segurança jurídica é um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

O Colendo STF, ao editar a Súmula 359, estabeleceu que há direito adquirido quando preenchidos os requisitos legais necessários à aposentadoria. Confira-se:

“Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários.”

É de se ter em mente, ainda, que a aposentadoria do servidor depende de ter havido contribuição por parte dele durante um determinado período de tempo. Não se trata, pois, de um favor da Administração ao servidor, mas de um direito que ele adquire após cumprir os requisitos previstos na Constituição da República e na Lei. Assim, uma vez que o servidor cumpriu sua parte, a Administração está obrigada a cumprir a dela. Se, depois disso, o servidor praticar crime, responderá por ele perante a Justiça Criminal. Mas não pode perder a aposentadoria por esta razão.

Esse também é o entendimento do Colendo STJ. Confira-se:

DIREITO SANCIONADOR. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. EX-SERVIDOR PÚBLICO. AGENTE DA POLÍCIA FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO. IMPUTAÇÃO DE ATOS INCOMPATÍVEIS COM A ATIVIDADE POLICIAL TAMBÉM CAPITULADOS COMO CRIMES. SANÇÃO DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. INCOMPATIBILIDADE DA LEGISLAÇÃO QUE A ESTABELECE COM O ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL POSTERIOR À EC 20/98. INTERPRETAÇÃO CONFORME DO ART. 134 DA LEI 8.112/90, SEM PRONUNCIAMENTO DE SUA INCONSTITUCIONALIDADE. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. SEGURANÇA DENEGADA, COM RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR.

(...)

3. Sob outro enfoque, diante da transformação em contributiva da aposentadoria do Servidor Público, por alteração das disposições jurídico-constitucionais regentes de sua concessão, inseridas na Carta Magna pela EC 20/98 e seguintes, o entendimento jurisprudencial de que é possível a imposição da sanção de cassação da aposentadoria do ex-Servidor Público que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão, apurada em processo administrativo disciplinar, carece de atualização em sua interpretação, a fim de que seja redefinida a própria natureza jurídica da aposentadoria.

4. Antes da EC 20/98, a aposentadoria era reconhecida como um direito concedido ao Servidor, custeado ou bancado pelo Erário, em razão de haver ele alcançado determinado período de tempo na prestação de serviço público. A EC 20/98, dentre outras alterações, extinguiu a aposentadoria por tempo de serviço e criou a aposentadoria por tempo de contribuição: o benefício da aposentadoria perdeu a característica de simples mudança da situação funcional de ativo para inativo, resgatando a característica inerente a qualquer benefício de natureza previdenciária, qual seja, o recolhimento de contribuições para sua efetivação e custeio pelo Servidor em atividade.

5. Assim, a legislação que estabelece a pena de cassação de aposentadoria mostra-se incompatível com o atual ordenamento constitucional positivo, vigente após a edição da EC 20/98, dada a natureza contributiva do direito à inativação, não mais custeado ou bancado pelo Erário.

6. O colendo STF, realmente, não proclamou a inconstitucionalidade da sanção de cassação de aposentadoria do ex-Servidor, prevista no art. 134 da Lei 8.112/91, mas as decisões até então proferidas, no entanto, não analisaram a mudança de natureza da aposentadoria, o que se deu, frise-se, apenas após a vigência da EC 20/98.

7. *Não se deve perder de vista, ainda, que a sanção de cassação da aposentadoria fere o direito adquirido do ex-Servidor Público, além do ato jurídico perfeito, tal como definido nos arts. 60., § 10. da LDB, 186, I, § 10. da Lei 8.112/90, 50., XXXVI e 40, § 10., I da Constituição Federal. Assim, a aposentadoria, sendo efetivada em conformidade com os ditames normativos vigentes à época de sua concessão, incorpora-se ao patrimônio do indivíduo, apenas podendo ser revogada por vício detectado no próprio contexto do ato de sua concessão, o que não se observa no presente caso.*

8. Ademais, a aplicação da sanção de cassação da aposentadoria viola o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que não se pode conceber como justa uma reprimenda que retira a fonte de subsistência do cidadão aposentado. Na verdade, a sanção de cassação de aposentadoria encerra maior dureza que a demissão, pois, além de privar o ex-Servidor dos proventos, o faz quando praticamente é impossível a reinserção no seletivo mercado de trabalho, reduzindo a pó as contribuições e investimentos por ele depositados no decorrer de toda a vida profissional.

9. Acrescente-se aqui, que o egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina já havia assentado esta diretriz, em importante julgado de relatoria do douto Desembargador NEWTON TRISOTTO, do qual se extrai que a pena de cassação da aposentadoria importa em violação não só aos princípios do direito adquirido e, eventualmente, ao princípio da intangibilidade do ato jurídico perfeito, mas também aos princípios da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana (Recurso de Decisão 2009.022346-1, DJU 24.2.2012).

10. No mesmo sentido da orientação firmada no julgado retro citado, confirmam-se, ainda, estes importantíssimos precedentes: TJSP-MS 1.237.774-66.2012.8.26.0000, Rel. Des. PAULO DIMAS MASCARETTI, DJU 18.9.2013; TJPR-7a. Cívél - AC - 14.76.580-7 - Curitiba - Rel. ANA PAULA KALED ACCIOLY RODRIGUES DA COSTA - Unânime - J. 9.8.2016 e TJSC-Agravo de Instrumento 2015.004902-2, da Capital, Rel. Des. PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA, j. 27.10.2015.

11. Comungo às inteiras com o entendimento acima exposto, mas curvo-me ao posicionamento da 1a. Seção do Superior Tribunal de Justiça, já manifestado em outras oportunidades, quanto à constitucionalidade da pena aplicada, conforme atestam recentes

precedentes. A orientação que hoje prevalece no STJ é a de que é legal a sanção de cassação de aposentadoria (MS 20.470/DF e MS 20.936/DF), de modo que a divergência tem valia apenas como ponto de vista doutrinário minoritário, não suficiente, por enquanto, para servir de fundamento de decisões judiciais.

12. Segurança denegada, com ressalva do ponto de vista deste Relator.”

(MS 19311, 1ª Seção do STJ, j. em 23/11/2016, DJE de 02/02/2017, Relator: Napoleão Nunes Maia Filho - grifei)

Entendo, portanto, que a autora tem razão.

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE A AÇÃO para anular o ato que cassou a aposentadoria da autora, confirmando expressamente a tutela anteriormente concedida.

Condeno a ré ao pagamento de honorários advocatícios que arbitro em 10% sobre o valor dado à causa, devidamente corrigido.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

*Oficie-se ao Relator do Agravo de Instrumento tirado contra a decisão de tutela, informando a respeito desta sentença.*

Juíza Federal SÍLVIA FIGUEIREDO MARQUES







## Súmulas



## **SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO (\*)**

### **SÚMULA Nº 01**

Em matéria fiscal é cabível medida cautelar de depósito, inclusive quando a ação principal for declaratória de inexistência de obrigação tributária.

### **SÚMULA Nº 02**

É direito do contribuinte, em ação cautelar, fazer o depósito integral de quantia em dinheiro para suspender a exigibilidade de crédito tributário.

### **SÚMULA Nº 03**

É ilegal a exigência da comprovação do prévio recolhimento do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços como condição para a liberação de mercadorias importadas.

### **SÚMULA Nº 04 (Revisada)**

A Fazenda Pública – nesta expressão incluídas as autarquias – nas execuções fiscais, não está sujeita ao prévio pagamento de despesas para custear diligência de oficial de justiça.

- Vide IUJ Ag nº 90.03.020242-7, publicado na RTRF3R 24/268 e Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.
- O Pleno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na sessão ordinária de 01 de julho de 1997, acolheu a Revisão da Súmula nº 04, a que se atribuiu o nº 11, tendo sido publicada nos DJU de 20/02/98, Seção II, págs. 151 e 152; DJU de 25/02/98, Seção II, pág. 215 e DJU de 26/02/98, Seção II, pág. 381.

(\*) N.E. - Enunciados de acordo com a publicação no Diário Oficial.

### **SÚMULA Nº 05**

O preceito contido no artigo 201, parágrafo 5º, da Constituição da República consubstancia norma de eficácia imediata, independentemente sua aplicabilidade da edição de lei regulamentadora ou instituidora da fonte de custeio.

- Vide PRSU nº 93.03.108046-7, publicado na RTRF3R 92/500.

### **SÚMULA Nº 06**

O reajuste dos proventos resultantes de benefícios previdenciários deve obedecer às prescrições legais, afastadas as normas administrativas que disponham de maneira diversa.

- Vide PRSU nº 93.03.108040-8, publicado na RTRF3R 92/478.

### **SÚMULA Nº 07**

Para a apuração da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição Federal de 1988, a correção dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição, anteriores aos últimos 12 (doze), deve ser feita em conformidade com o que prevê o artigo 1º da Lei 6.423/77.

- Vide PRSU nº 93.03.108041-6, publicado na RTRF3R 92/481.

### **SÚMULA Nº 08**

Em se tratando de matéria previdenciária, incide a correção monetária a partir do vencimento de cada prestação do benefício, procedendo-se à atualização em consonância com os índices legalmente estabelecidos, tendo em vista o período compreendido entre o mês em que deveria ter sido pago, e o mês do referido pagamento.

- Vide PRSU nº 93.03.108042-4, publicado na RTRF3R 92/485.

### **SÚMULA Nº 09**

Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação.

- Vide PRSU nº 93.03.113720-5, publicado na RTRF3R 92/503.

### **SÚMULA Nº 10**

O artigo 475, inciso II, do CPC (remessa oficial) foi recepcionado pela vigente Constituição Federal.

- Vide Relevante Questão Jurídica na AC nº 94.03.017049-2, publicada na RTRF3R 28/289.

### **SÚMULA Nº 11**

Na execução fiscal, a Fazenda Pública está obrigada a adiantar as despesas de transporte do oficial de justiça.

- Vide Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.

### **SÚMULA Nº 12**

Não incide o imposto de renda sobre a verba indenizatória recebida a título da denominada demissão incentivada ou voluntária.

- Vide IUJ AMS nº 95.03.095720-6, publicado na RTRF3R 40/338.

### **SÚMULA Nº 13**

O artigo 201, parágrafo 6º, da Constituição da República tem aplicabilidade imediata para efeito de pagamento de gratificação natalina dos anos de 1988 e 1989.

- Vide PRSU nº 93.03.108043-2, publicado na RTRF3R 92/489.

### **SÚMULA Nº 14**

O salário mínimo de NCz\$ 120,00 (cento e vinte cruzados novos) é aplicável ao cálculo dos benefícios previdenciários no mês de junho de 1989.

- Vide PRSU nº 93.03.108044-0, publicado na RTRF3R 92/493.

### **SÚMULA Nº 15**

Os extratos bancários não constituem documentos indispensáveis à propositura da ação em que se pleiteia a atualização monetária dos depósitos de contas do FGTS.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021024-5, publicado na RTRF3R 92/538.

### **SÚMULA Nº 16**

Basta a comprovação da propriedade do veículo para assegurar a devolução, pela média de consumo, do empréstimo compulsório sobre a compra de gasolina e álcool previsto no Decreto-lei nº 2.288/1986.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021039-7, publicado na RTRF3R 92/547.

### **SÚMULA Nº 17**

Não incide o imposto de renda sobre verba indenizatória paga a título de férias vencidas e não gozadas em caso de rescisão contratual.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021042-7, publicado na RTRF3R 92/555.

### **SÚMULA Nº 18**

O critério do artigo 58 do ADCT é aplicável a partir de 05/04/1989 até a regulamentação da Lei de Benefícios pelo Decreto nº 357 de 09/12/91.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021048-8, publicado na RTRF3R 92/596 e Despacho publicado na RTRF3R 102/782.



### **SÚMULA Nº 19**

É aplicável a variação do Índice de Reajuste do Salário Mínimo, no percentual de 39,67%, na atualização dos salários-de-contribuição anteriores a março de 1994, a fim de apurar a renda mensal inicial do benefício previdenciário.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021050-6, publicado na RTRF3R 92/614.

### **SÚMULA Nº 20**

A regra do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal abrange não só os segurados e beneficiários da Previdência Social, como também aqueles que pretendem ver declarada tal condição.

- Vide PRSU nº 2002.03.00.052631-4, publicado na RTRF3R 92/507.

### **SÚMULA Nº 21**

A União Federal possui legitimidade passiva nas ações decorrentes do empréstimo compulsório previsto no Decreto-lei nº 2.288/86.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021040-3, publicado na RTRF3R 92/550.

### **SÚMULA Nº 22**

É extensível aos beneficiários da Assistência Social (inciso V do artigo 203 da CF) a regra de delegação de competência do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal, sendo exclusiva a legitimidade passiva do INSS.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021046-4, publicado na RTRF3R 92/569.

### **SÚMULA Nº 23**

É territorial e não funcional a divisão da Seção Judiciária de São Paulo em Subseções. Sendo territorial, a competência é relativa, não podendo ser declinada de ofício, conforme dispõe o artigo 112 do CPC e Súmula 33 do STJ.

### **SÚMULA Nº 24**

É facultado aos segurados ou beneficiário da Previdência Social ajuizar ação na Justiça Estadual de seu domicílio, sempre que esse não for sede de Vara da Justiça Federal.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021045-2, publicado na RTRF3R 92/559.

### **SÚMULA Nº 25**

Os benefícios previdenciários concedidos até a promulgação da Constituição Federal de 1988 serão reajustados pelo critério da primeira parte da Súmula nº 260 do Tribunal Federal de Recursos até o dia 04 de abril de 1989.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021049-0, publicado na RTRF3R 92/601.

### **SÚMULA Nº 26**

Não serão remetidas aos Juizados Especiais Federais as causas previdenciárias e assistenciais ajuizadas até sua instalação, em tramitação em Vara Federal ou Vara Estadual no exercício de jurisdição federal delegada.

### **SÚMULA Nº 27**

É inaplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, em ação rescisória de competência da Segunda Seção, quando implicar exclusivamente em interpretação de texto constitucional.

## SÚMULA Nº 28

O PIS é devido no regime da Lei Complementar nº 7/70 e legislação subsequente, até o termo inicial de vigência da MP nº 1.212/95, diante da suspensão dos Decretos-leis nº 2.445/88 e nº 2.449/88 pela Resolução nº 49/95, do Senado Federal.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021038-5, publicado na RTRF3R 92/544.

## SÚMULA Nº 29

Nas ações em que se discute a correção monetária dos depósitos das contas vinculadas do FGTS, a legitimidade passiva é exclusiva da Caixa Econômica Federal - CEF.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021023-3, publicado na RTRF3R 92/534.

## SÚMULA Nº 30

É constitucional o empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica previsto na Lei 4.156/62, sendo legítima a sua cobrança até o exercício de 1993.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021041-5, publicado na RTRF3R 92/553.

## SÚMULA Nº 31

Na hipótese de suspensão da execução fiscal, com fundamento no artigo 40 da Lei 6.830/80, decorrido o prazo legal, serão os autos arquivados sem extinção do processo ou baixa na distribuição.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.016705-4, publicado na RTRF3R 92/524.

## SÚMULA Nº 32

É competente o relator para dirimir conflito de competência em matéria penal através de decisão monocrática, por aplicação analógica do artigo 120, § único do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal.

## SÚMULA Nº 33

Vigora no processo penal, por aplicação analógica do artigo 87 do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

## SÚMULA Nº 34

O inquérito não deve ser redistribuído para Vara Federal Criminal Especializada enquanto não se destinar a apuração de crime contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/86) ou delito de “lavagem” de ativos (Lei nº 9.613/98).

## SÚMULA Nº 35

Os efeitos penais do artigo 9º, da Lei nº 10.684/03 aplicam-se ao Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX.

- Vide Incidente de Uniformização de Jurisprudência Criminal nº 0014013-56.2006.4.03.6181, publicado no RTRF3R 107/161.

## SÚMULA Nº 36

É incabível a redistribuição de ações no âmbito dos Juizados Especiais Federais, salvo no caso de Varas situadas em uma mesma base territorial.

- Vide CC nº 0011900-67.2014.4.03.0000, publicado na RTRF3R 124/95.

## SÚMULA 37

Compete à 3ª Seção julgar as ações referentes à devolução dos valores recebidos indevidamente a título de benefício previdenciário, independentemente do tipo de ação proposta.

- Vide CC nº 0012712.41.2016.4.03.0000 e CC nº 0012713-26.2016.4.03.0000 publicados na RTRF3R 134/85 e 134/93, respectivamente.

## **SÚMULAS DA TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUÍZADOS ESPECIAIS FEDERAIS DA 3ª REGIÃO<sup>1</sup>**

### **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)

<sup>1</sup> **Súmulas 1 a 19** aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada nos dias 30 e 31 de março de 2015, renumeradas em Sessão de 03 de junho de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 109/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 17 de junho de 2015. **Súmulas 20 a 23** aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada no dia 28 de agosto de 2015, numeradas em Sessão de 22 de outubro de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 198/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 26 de outubro de 2015.

### **SÚMULA Nº 4**

A renda mensal “per capita” correspondente a 1/4 (um quarto) do salário mínimo não constitui critério absoluto de aferição da miserabilidade para fins de concessão de benefício assistencial. (Origem: Enunciado 01 do JEFSP; Súmula nº 05 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

### **SÚMULA Nº 5**

A comprovação de tempo de serviço rural ou urbano depende de início de prova material da prestação de serviço, nos termos do artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91. (Origem: Enunciado 07 do JEFSP; Súmula nº 07 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

### **SÚMULA Nº 6**

Nos benefícios concedidos a partir de 01.03.94, na hipótese do salário de benefício exceder ao limite previsto no artigo 29, § 2º, da Lei nº 8.213/91, aplica-se o disposto no artigo 21, § 3º, da Lei nº 8.880/94. (Origem: Enunciado 12 do JEFSP; Súmula nº 10 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

### **SÚMULA Nº 7**

Em caso de morte de filho segurado, os pais têm direito à pensão por morte, se provada a dependência econômica, ainda que não seja exclusiva. (Origem: Enunciado 14 do JEFSP; Súmula nº 11 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

### **SÚMULA Nº 8**

Para a concessão de aposentadoria por idade, desde que preenchidos os requisitos legais, é irrelevante o fato de o requerente, ao atingir a idade mínima, não mais ostentar a qualidade de segurado. (Origem: Enunciado 16 do JEFSP; Súmula nº 12 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

## SÚMULA Nº 9

Em matéria de comprovação de tempo de serviço especial, aplica-se a legislação vigente à época da prestação de serviço. (Origem: Enunciado 17 do JEFSP; Súmula nº 13 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

## SÚMULA Nº 10

É possível a expedição de precatório no Juizado Especial Federal, nos termos do artigo 17, § 4º, da Lei nº 10.259/2001, quando o valor da condenação exceder 60 (sessenta) salários mínimos. (Origem: Enunciado 20 do JEFSP; Súmula nº 16 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

## SÚMULA Nº 11

A qualidade de segurado, para fins de concessão de auxílio-doença e de aposentadoria por invalidez, deve ser verificada quando do início da incapacidade. (Origem: Enunciado 23 do JEFSP; Súmula nº 18 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

## SÚMULA Nº 12

Incide a contribuição previdenciária sobre o 13º salário nos termos do § 2º do artigo 7º da Lei nº 8.620/93. (Origem: Enunciado 33 do JEFSP; Súmula nº 27 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

## SÚMULA Nº 13

Os requisitos para concessão do benefício de aposentadoria por idade não precisam ser cumpridos simultaneamente. (Origem: Súmula 05, do JEFMS; Súmula nº 28 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

## SÚMULA Nº 14

O valor do benefício equivalente a um salário mínimo, concedida a idoso, a partir de 65 anos, também não é computado para fins do cálculo da renda familiar a que se

refere o artigo 20, § 3º da Lei nº 8.742/93. (Origem: Súmula 12 do JEFMS; Súmula nº 30 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

## SÚMULA Nº 15

O recolhimento de 1/3 (um terço) do número de contribuições, relativo à carência do benefício pretendido, permite a contagem de todas as contribuições anteriores, ainda que correspondentes a períodos descontínuos. (Origem: Súmula 15 do JEFMS; Súmula nº 31 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

## SÚMULA Nº 16

É devida a correção monetária nos pagamentos administrativos de valores em atraso desde a data do início do benefício e a partir do vencimento de cada parcela. (Origem: Súmula 01 do JEFAME; Súmula nº 32 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

## SÚMULA Nº 17

É quinquenal a prescrição para pleitear a correção do saldo de contas vinculadas de PIS-PASEP. (Origem: Súmula 02 do JEFAME; Súmula nº 33 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

## SÚMULA Nº 18

A garantia constitucional de reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, inserta no § 4º do art. 201 da Constituição Federal de 1988, não confere ao Judiciário o poder de modificar critérios de reajustamento eleitos pelo legislador, substituindo-os por outros que entenda mais adequados para repor as perdas geradas pela inflação, sob pena de ingerência indevida de um Poder na esfera do outro. (Origem: Súmula 08 do JEFAME; Súmula nº 35 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

### **SÚMULA Nº 19**

A regra definidora do período de carência para fins de concessão do benefício de aposentadoria por idade do filiado ao Regime Geral Previdenciário antes de 24/07/1991 é a do art. 142 da Lei 8.213/91, ainda que tenha havido perda da qualidade de segurado. (Origem: Enunciado nº 06 da Turma Recursal da Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul)

### **SÚMULA Nº 20**

Não cabe mandado de segurança no âmbito dos juizados especiais federais. Das decisões que põem fim ao processo, não cobertas pela coisa julgada, cabe recurso inominado. (Origem: processo 0000146-33.2015.4.03.9300; processo 0000635-67.2015.4.03.9301)

### **SÚMULA Nº 21**

Na concessão do benefício assistencial, deverá ser observado como critério objetivo a renda *per capita* de 1/2 salário mínimo gerando presunção relativa de miserabilidade, a qual poderá ser infirmada por critérios subjetivos em caso de renda superior ou inferior a 1/2 salário mínimo. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300, 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

### **SÚMULA Nº 22**

Apenas os benefícios previdenciários e assistenciais no valor de um salário mínimo recebidos por qualquer membro do núcleo familiar devem ser excluídos para fins de apuração da renda mensal *per capita* objetivando a concessão de benefício de prestação continuada. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300, 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

### **SÚMULA Nº 23**

O benefício de prestação continuada (LOAS) é subsidiário e para sua concessão não se prescinde da análise do dever legal de prestar alimentos previsto no Código Civil. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300, 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)





JUSTIÇA FEDERAL  
Tribunal Regional Federal da 3ª Região